

UNIVERSITÉ PARIS OUEST NANTERRE LA DÉFENSE
École Doctorale de Sciences Juridiques et Politiques

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT

Spécialité Droit International Public

Alina MIRON

LE DROIT DÉRIVÉ
DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES DE COOPÉRATION
DANS LES ORDRES JURIDIQUES INTERNES

Thèse dirigée par M. le Professeur Alain PELLET

présentée et soutenue publiquement

le 9 décembre 2014

Jury :

S. Exc. M. Ronny ABRAHAM, Juge à la Cour internationale de Justice

Mme Geneviève BASTID-BURDEAU, Professeure à Université de Paris I, Panthéon
Sorbonne, *Rapporteuse*

M. Carlo SANTULLI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), *Rapporteur*

M. Jean-Marc THOUVENIN, Professeur à Université Paris Ouest Nanterre La Défense

M. Alain PELLET, Professeur à Université Paris Ouest Nanterre La Défense, *Directeur*

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents

À mon oncle Mihai, sans qui cette aventure serait restée un mirage

Remerciements

Une des grandes satisfactions qui accompagnent l'aboutissement de ce travail est de pouvoir enfin exprimer ma gratitude envers le Professeur Alain Pellet, qui, bien plus qu'un directeur de thèse, a été un mentor et un modèle. Il n'y a peut-être pas d'école pelletienne, car tel Ménalque d'André Gide, Alain Pellet ne veut pas de disciples. Du reste, nombre de ces pages s'écarte sensiblement des enseignements reçus de lui. Mais quel meilleur hommage que celui de notre contradiction, quand, bien loin de les trahir, elle prolonge les réflexions de nos professeurs ?

Merci aussi à mes amis, Romain, Franck, Manu, Antoine, Dragoş et Pierre, dont les conseils et les critiques m'ont souvent permis de sortir de l'impasse.

Merci à Benjamin, grâce à qui l'esprit de solidarité syndicale vit une seconde jeunesse, à Jean-Rémi, qui n'a pas reculé durant l'hystérie finale, à Daniel, mon compagnon de route durant toutes ces années et, je l'espère, au-delà.

Merci tout particulièrement à Nico, qui a sacrifié bien de nuits et de week-ends sur l'autel de l'amitié, pour relire avec minutie l'ensemble de cet opus, dont le langage desséché a dû lui sembler bien barbare.

Merci, enfin, à Ulaş, grâce à qui je n'ai jamais été seule face à la thèse et qui, avec patience et dévouement, m'a portée au bout de ce projet.

Résumé

Le droit des organisations internationales a été le lieu d'une belle querelle d'école entre les détracteurs et les adeptes de la normativité relative. Il en va de même des rapports de systèmes, qui divisent la doctrine entre les monistes (en voie de disparition), les dualistes et les non-alignés. Aborder le thème du traitement du droit dérivé par les ordres juridiques internes c'est prendre le risque de s'égarer dans ces tourbillons doctrinaux. Si l'on accepte que le point de vue du juge interne est pertinent pour la détermination de la force normative du droit dérivé, on comprend que le premier débat semble dépassé : le juge admet que le droit institutionnel est du droit, qu'il soit obligatoire ou non. Se pose dès lors la question de la capacité de ce droit à être source de droits et obligations dans l'ordre interne. On remarque qu'à cette fin, l'ensemble des ordres juridiques examinés exige l'incorporation des actes institutionnels, mais aussi que les juges internes accordent de la place à des formes de reconnaissance des effets des actes institutionnels déconnectées de l'incorporation. Ces tendances convergentes démontrent à la fois que le clivage monisme/dualisme n'est pas décisif, mais aussi que la pensée dualiste ne reflète pas fidèlement les modalités d'interaction entre les ordres juridiques dans le monde pluraliste. La reconnaissance participe d'un principe de coordination et non pas de séparation des ordres juridiques, qui se prolonge par ailleurs dans les solutions aux conflits normatifs, ainsi que dans les modalités et les effets du contrôle, par les juges internes, des normes institutionnelles.

DESCRIPTEURS : FORCE NORMATIVE, *SOFT LAW*, SOURCE DE DROIT, RAPPORTS DE SYSTEMES, EFFET DIRECT, INCORPORATION, PRISE EN CONSIDERATION, RECONNAISSANCE, CONFLITS DE NORMES, INTERPRETATION CONFORME, HIERARCHIES, CONTROLE DE LEGALITE, PLURALISME

The law of international organisations has been the theatre of passionate academic debate between the detractors and the disciples of the relative normativity. The same can be said about the relations between the legal orders, which divide the doctrine into monists, dualists and non-aligned. Analysing the topic of the place of institutional law in domestic legal orders is taking the risk of losing one's way in these doctrinal whirls. If we take for granted that the point of view of the domestic judge is relevant for appreciating the normative force of institutional law, we may say that the first debate seems outdated : the domestic judge recognizes that the law produced by international organisations is law, whether is binding or not. The following question is to what extent the norms thus produced may be source of rights and obligations in the internal legal orders. The entire range of legal orders examined requires for institutional law to be incorporated for that purpose. The domestic judges leave nonetheless the door opened to other forms for taking into account some of the legal effects of institutional acts. These convergent tendencies show both that the monist/dualist divide is immaterial for the legal status of these acts and that the dualist doctrine does not accurately reflect the modalities of interaction between the legal systems in the world of pluralism. The recognition of unincorporated legal norms, which triggers consequences in terms of conflict of norms and judicial review of institutional law, stands in favour of a model of coordination and not of separation of the legal orders.

KEY-WORDS : NORMATIVE FORCE, *SOFT LAW*, SOURCE OF LAW, RAPPORTS DE SYSTÈMES (RELATIONS BETWEEN LEGAL ORDERS), SELF-EXECUTING, INCORPORATION, PRISE EN CONSIDÉRATION (CONSIDERATION) RECOGNITION, NORMATIVE CONFLICTS, CONSISTENT INTERPRETATION, HIERARCHIES, CONTROL OF LEGALITY, PLURALISM

Sommaire

INTRODUCTION	9
<i>Première partie – La portée normative du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes</i>	59
TITRE 1. La détermination de la force normative du droit institutionnel par les juges internes	61
Chapitre 1. L’approche classique – la force normative du droit institutionnel à l’épreuve du consentement étatique	63
Chapitre 2. L’approche dynamique : la force normative du droit institutionnel à l’aune des enchevêtrements normatifs	139
TITRE 2. L’efficacité du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes	197
Chapitre 3. L’incorporation du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes	201
Chapitre 4. La prise en considération des actes institutionnels déconnectée de l’incorporation	287
<i>Seconde partie – La situation du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes</i>	353
TITRE 3. Les solutions aux conflits entre le droit interne et les normes institutionnelles	355
Chapitre 5. L’évitement des conflits potentiels par le biais de l’interprétation	361
Chapitre 6. Les principes régissant les conflits déclarés de normes	425
TITRE 4. Le contrôle juridictionnel des normes institutionnelles	511
Chapitre 7. La nature du contrôle des normes institutionnelles par les juges internes	517
Chapitre 8. La portée du contrôle juridictionnel à l’aune de l’office du juge interne dans les rapports de systèmes	561
Conclusion générale	593
Index de jurisprudence	601
Bibliographie	619
Table des matières	669

Principales abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
AFDI	Annuaire français de droit international
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AHJUCAF	Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français
AIEA	Agence internationale de l'énergie atomique
AIR	All India Reporter
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
ALBA	Alliance bolivarienne pour les Amériques
ALJR	Australian Law Journal Reports
ALK	Armée de libération du Kosovo
ALR	Australian Law Reports
AOF	Afrique-Occidentale française
AQO	Al-Qaida and Taliban Order
ATNUTO	Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental
BCE	Banque centrale européenne
BGBI	Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette, Germany)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Swiss Federal Court)
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
BIT	Bureau international du travail
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BvR	Case-numbers of the Bundesverfassungsgericht
BWV	Berliner Wissenschafts-Verlag
BYIL	British Yearbook of International Law

Cah. dr. europ.	Cahiers de droit européen
CAHDI	Comité des conseillers juridiques sur le droit international public
CBI	Commission baleinière internationale
CC	Conseil constitutionnel
CDI	Commission du droit international
CE	Communautés européennes
CE	Conseil d'Etat
CEE	Communauté économique européenne
CELAC	Communauté d'États latino-américains et caraïbes
CERI	Consolidated Eligibility and Registration Instructions
CF	Cour fédérale
CICTA	Commission internationale pour la conservation des thonidés de l'Atlantique
CIJ	Cour internationale de Justice
Cir.	Circuit
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CITES	Convention on International Trade in Endangered Species
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLR	Commonwealth Law Reports
CM	Conseil des Ministres
CMLR	Common Market Law Report
CMS	Convention on Migratory Species
CMV	Comité des médicaments vétérinaires
CNDA	Cour nationale du droit d'asile
Coll.	Collection
Concls.	Conclusion
COP	Conférence des Etats Parties

CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CrEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CSC	Cour suprême du Canada
CSNU	Conseil de sécurité des Nations Unies
CUP	Cambridge University Press
CV	Convention de Vienne
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
CvEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
EC	European Community
ECJ	European Court of Justice
EDNY	Eastern District of New York
EHCR	European Convention on Human Rights
EJIL	European Journal of International Law
EU	European Union
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	High Court of England and Wales
FAO	Food and Agriculture Organization
FIPOL	Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures
FMI	Fonds Monétaire International
FNUCHYP	Force des Nations unies chargée du maintien de la paix à Chypre
FORPRONU	Force de protection des Nations Unies
FRY	Federal Republic of Yugoslavia
FSIA	Foreign Sovereign Immunities Act
GA	General Assembly
GAFI	Groupe d'Action Financière

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GISTI	Groupe d'information et de soutien des immigrés
GPWS	Ground Proximity Warning System
Grde. Ch.	Grande Chambre
GYIL	German Yearbook of International Law
HCA	High Court of Australia
HCJ	High Court of Justice
HCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
HKCFA	Hong Kong Court of Final Appeal
HKCFAR	Hong Kong Court of Final Appeal Reports
HKLRD	Hong Kong Law Reports and Digest
HMG	Her/His Majesty's Government
HRC	Human Rights Commission
IAC	Iraqi Airways Company
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICJ	International Court of Justice
ICJR	International Court of Justice Reports
ICLQ	International Comparative Law Quarterly
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IDI	Institut de droit international
ILA	International Law Association
ILDC	International Law in Domestic Court
ILO	International Law Organisation
ILR	International Law Review
IMCO	Internal Market and Consumer Protection
IMO	International Maritime Organization

ISAF	International Security and Assistance Force
ISO	Organisation internationale de normalisation
IYIL	Italian Yearbook of International Law
JCI	JurisClasseur
JCMS	Journal of Common Market Studies
JDI	Journal du Droit International
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
KAC	Kuwait Airways Corporation
KFOR	Kosovo Peacekeeping Force
Leb.	Lebon
Lebon T.	Mentionné aux tables du Recueil Lebon
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LJN	Landelijk Jurispr Nr
MAE	Ministère des Affaires étrangères
MANUI	Mission d'assistance des Nations Unies pour l'Irak
MARPOL	International Convention for the Prevention of Pollution from Ships
MAS	Monetary Authority of Singapore
MINUK	Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NGO	Non-governmental organization
NHCR	National Human Rights Commission
NYU	New York University
NZLR	New Zealand Law Reports
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale

OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OFPRA	Office français de protection des réfugiés et apatrides
OIT	Organisation Internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMD	Organisation mondiale des douanes
OMI	Organisation maritime internationale
OMP	Opération de maintien de la paix
OMS	Organisation mondiale de la Santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD	Organe de règlement des différends
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
OUP	Oxford University Press
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PGD	Principes généraux du droit
PLO	Palestine Liberation Organisation
QB	Queen's Bench
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RCS	Royal Commonwealth Society of Canada
RDP	Revue du droit public
Rec.	Recueil
Règl.	Règlement
Rés.	Résolution
RFDA	Revue française de droit administratif
RGA	Revue générale d'administration

RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RMCUE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
RQDI	Revue québécoise de droit international
RSA	Recueil des sentences arbitrales
RSI	Réglement sanitaire international
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTNU	Recueil des Traités des Nations Unies
RU	Royaume-Uni
SC	Security Council
SCC	Supreme Court Cases (Inde)
SCR	Security Council Resolution
SdN	Société des Nations
SFDI	Société française pour le droit international
TC	Tribunal des conflits
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
TLFi	Trésor de la Langue Française informatisé
TO	Terrorism Order
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TUE	Traité sur l'Union européenne
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UE	Union européenne

UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKPC	United Kingdom Privy Council
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UN	United Nations
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture
UNGA	United Nations General Assembly
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNO	United Nations Organization
UNPA	United Nations Participation Act
UNPROFOR	United Nations Protection Force
UNRWA	United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East
UNSC	United Nations Security Council
UNSCR	United Nations Security Council Resolution
URSS	Union des Républiques Socialistes Soviétiques
US	United States
WHA	World Health Assembly
WHO	World Health Organisation
WL	Westlaw
WTO	World Trade Organization
YCA	Yearbook Commercial Arbitration
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

INTRODUCTION *

1. Cette étude porte sur le traitement réservé au droit dérivé des organisations internationales de coopération par les juges des ordres juridiques internes. Elle aurait aussi bien pu avoir pour sous-titre : « Un projet insensé de réduire à l'unité d'irréductibles diversités ».

2. La diversité se manifeste d'abord dans la richesse des organisations créatrices de droit dérivé. Les manuels de droit international public abandonnent généralement l'ambition de traiter d'une manière approfondie les actes des organisations internationales parmi les sources du droit international public, au motif que « le mode institutionnel [de création du droit] est inséparable d'une théorie générale des organisations, dont les actes tirent leurs caractéristiques et leur statut. La place manque dans un manuel d'enseignement général pour leur consacrer un examen spécifique »¹. En effet, la valeur et la portée normatives du droit dérivé sont étroitement dépendantes du traité constitutif de l'organisation ; par conséquent, leur spectre de normativité est potentiellement aussi large que le phénomène d'institutionnalisation des relations internationales est varié². Est-ce dès lors possible de proposer une vision unique du droit dérivé des organisations internationales dans les ordres juridiques internes ou ne serait-il pas plus sage d'aborder cette diversité en regroupant les organisations en fonction de leurs domaines matériels d'intervention et en suivant le sort des normes qui en émanent devant les juridictions des États membres ? Autrement dit, il faut choisir entre une théorie des rapports de systèmes, qui examine la réception du droit institutionnel en tant que source formelle du droit international, et une « approche axée sur

* Pour des raisons de commodité, la numérotation des paragraphes et des notes de bas de page reprend au début de chaque Titre. Sauf mention contraire, les renvois visent les numéros de paragraphe et de note au sein des Chapitres du Titre concerné.

¹ R. Rivier, *Droit international public*, Paris, PUF, 2012, p. 188. Dans le même sens, D. Alland, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 2014, p. 176 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^e éd., 2008, p. 404 ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2010, pp. 423-424. Dans l'« Introduction » du récent traité de droit des organisations internationales, E. Lagrange et J.-M. Sorel font le même constat : « Le phénomène institutionnel est si rebelle à une analyse générale qu'il s'avère impossible de l'enrober dans un droit 'de' l'organisation internationale et qu'il faut préférer – prudemment – l'expression droit 'des' organisations internationales. » (E. Lagrange et J.-M. Sorel, (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2014, p. 4).

² Sans prétendre à l'exhaustivité, le Code de droit des organisations internationales dénombre plus de 350 organisations, nombre qui inclut les organisations régionales d'intégration. (<http://www.sqdi.org/fr/revue-collection-code.html>).

l'articulation des normes, et non des sources »³, également imaginée comme une théorie de l'internormativité⁴.

3. La deuxième incontournable diversité est celle des ordres juridiques d'accueil et de leurs modalités d'interaction avec le droit international. Pour la délimiter, James Crawford s'est résolu, dans son *Cours général* à l'Académie du droit international, à étudier ses modalités uniquement dans quatre systèmes juridiques, en avertissant que :

*« the constitutional arrangements of each individual State will be determinative as to the process of implementation and application of international law in its own domestic sphere. There is no unanimity or standardization of approach in this respect – no two constitutions are the same – and it is unhelpful to speak in broad generalizations. »*⁵

Cette diversité ne rend-elle pas difficile toute étude qui se proposerait d'analyser le droit institutionnel en faisant abstraction des particularités constitutionnelles, qui déterminent au demeurant le statut interne du droit international ? Le clivage monisme/ dualisme, dominante classique des études des rapports de systèmes, peut-il encore fournir des lignes de partage structurantes ?

4. La troisième irréductible diversité est celle ayant trait à l'office du juge, tel qu'il est déterminé par l'ordre juridique du for, tel qu'il s'est forgé dans la tradition, mais aussi tel qu'il est soumis aux subjectivités individuelles. Si l'office du juge est « lié aux fonctions que lui reconnaît le système juridique et aux missions qui lui sont dévolues »⁶, est-il raisonnable de s'en remettre aux décisions des juridictions de nombreux ordres juridiques comme seule base d'étude, sans faire sa part à la compétence statutaire et politique ? Est-il dès lors nécessaire de faire une distinction entre les systèmes de *common law* et les systèmes romano-

³ M. Forteau, « Organisations internationales et sources du droit », in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 281.

⁴ Pour une esquisse qui transcende les rapports de systèmes, v. J. Carbonnier, « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, LGDJ, Paris, 2014, réédition, pp. 147-155 ; et F. Ost et M. van Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. p. 275.

⁵ J. Crawford, « Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 365, 2013, pp. 170-171. Dans le même sens, R. Abraham souligne que : « Il appartient à chaque État de définir le statut juridique dans l'ordre interne des normes d'origine internationale et c'est la raison pour laquelle il peut y avoir autant de solutions que d'États. » (« L'articulation du droit interne et du droit international », in *La France et le droit international*, G. Cahin, F. Poirat, S. Szurek (dir.), Paris, Pedone, 2007, p. 258).

⁶ J.-L. Bergel, « Introduction générale », in *L'office du Juge. Actes du colloque co-organisé au Sénat par l'UBO et Paris 13 Paris-Nord*, le 29 et 30 sept. 2006, Publications du Sénat, coll. « Les colloques du Sénat », 2008, p. 23, disponible en ligne : http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf.

germaniques, comme il est de coutume dans les manuels introductifs de droit ? Car il est entendu que :

« [L]’office du juge peut se concevoir différemment selon les systèmes juridiques et, plus particulièrement, dans les systèmes de ‘common law’ et dans les systèmes ‘romano-germaniques’. Tout dépend des sources du droit que l’on y privilégie, la jurisprudence ou la loi, et de la liberté que, en conséquence, l’on y concède au juge. »⁷

La question d’un possible clivage entre les systèmes de *common law* et les systèmes continentaux serait d’autant plus pertinente que le traitement du droit dérivé par les juges internes s’avère être, dans une très large mesure, le fruit de la jurisprudence.

5. Une telle diversité protéiforme aurait pu, à elle seule, décourager toute velléité d’analyse comparatiste du traitement réservé au droit institutionnel par les ordres juridiques internes. Car, si le différent l’emporte sur le commun, le sujet se dérobe à la synthèse. L’étude a été amorcée sur le pari que cette triple diversité ne faisait pas obstacle à une appréhension similaire du droit des organisations internationales. Cette intuition initiale s’est avérée correcte.

Section I. Les partis pris : la méthode, le champ et l’objet de l’étude

6. En 1981, Christoph Schreuer a publié une étude pionnière portant sur le même sujet : *Decisions of International Institutions before Domestic Courts*⁸. Dans la lignée d’une série de colloques organisés par l’*American Society of International Law* dans les années 1970⁹, il s’interrogeait sur la participation des juridictions internes à l’efficacité des organisations internationales, en testant en particulier le succès de leurs activités normatives dans certains domaines choisis. Il rejetait cependant la pertinence d’une approche fondée sur les sources du droit international, et ne distinguait par conséquent pas entre les actes conventionnels et actes unilatéraux¹⁰. Il y intégrait par ailleurs le droit des Communautés européennes, même si d’une manière incidente¹¹. Sa recherche était ouvertement « *policy-oriented* », et, de ce fait, le

⁷ *Ibid.*, pp. 14-15, notes de bas de page omises.

⁸ C. H. Schreuer, *Decisions of International Institutions Before Domestic Courts*, Londres, Oceana Publications, 1981, 407 pp.

⁹ V. S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Papers of a Conference of the American Society of International Law, and the Proceedings of the Conference, Dobbs Ferry, Oceana, 1971, 528 pp.

¹⁰ Il adoptait ainsi une approche fonctionnelle, basée sur « *a classification of activities of international institutions not by types of sources of law but by decisions functions* » (C. H. Schreuer, *op. cit.*, note 8, p. 12).

¹¹ *Ibid.*, p. 8.

champ d'investigation allait au-delà de la mise en évidence des mécanismes juridiques de réalisation interne du droit institutionnel, en enquêtant (ou en spéculant) sur les motivations politiques et sociologiques des décisions judiciaires. La visée de son étude n'était dès lors pas d'établir la condition interne du droit institutionnel, mais de savoir si les juridictions internes jouaient un rôle d'agent d'exécution de ce droit et, le cas échéant, de proposer des remèdes en cas de mauvaise exécution¹².

7. Les partis pris de la présente étude sont loin des prémisses de Christoph Schreuer. Ils consistent à tenter de dégager les tendances convergentes dans le traitement interne du droit des organisations internationales, sans adopter une approche normative, focalisée sur une ou quelques organisations particulières, regroupées en fonction de leur domaine d'intervention¹³ ; ni sur un ordre juridique interne spécifiquement – souvent, la matière jurisprudentielle première n'est d'ailleurs pas suffisamment abondante pour conduire à autre chose qu'à des constats circonstanciels¹⁴ ; ni encore en déparageant les systèmes juridiques en fonction de leurs traditions respectives – que ce soit en suivant le clivage monisme/dualisme ou encore *common law*/ systèmes romano-germaniques. Partant, l'angle choisi pour présenter le traitement du droit institutionnel par les juridictions internes est somme toute classique : il consiste à préciser la place réservée par les ordres internes à une source du droit international. Le seul accroc à la méthodologie consacrée vient du fait que le champ de l'étude n'est pas délimité par un ordre juridique interne unique, mais repose sur une comparaison des solutions dégagées dans plusieurs ordres juridiques internes (et celui de l'Union européenne est ici pris comme tel¹⁵). Pour cette raison, il serait d'ailleurs inexact d'intituler l'étude « Le *statut* du droit dérivé des organisations internationales de coopération

¹² La conclusion est tout en nuances : « *The behavior of courts only partly corresponds to the demand for the effectiveness of decisions of international institutions. In investigating the conditioning factors for the refusal of domestic courts to make decisions of international institutions controlling, we have distinguish between formal arguments and the true motives underlying decisions.* » (*ibid.*, p. 355).

¹³ Des thèses sectorielles ont ainsi été consacrées à certaines organisations, et ont traité à ce titre de l'application interne de leur droit dérivé : v. à titre d'exemple, pour le CSNU, A. Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council, Counter-measures against Wrongful Acts*, New York, OUP, 2011, 243 p. ; pour l'OACI et l'OMI : B. Trigeaud, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, soutenue à l'Univ. Paris II Panthéon-Assas, le 3 déc. 2013, 644 p.

¹⁴ Il est ainsi illustratif que les quatre pages consacrées par C. Santulli, dans son manuel, à l'application du droit institutionnel par le juge français s'intitulent « Les autres actes unilatéraux : l'opportunisme casuiste » (*Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, pp. 237-240).

¹⁵ Pour une justification, v. *infra*, pars. 18-21.

dans les ordres juridiques internes », tant le mot « statut » est associé à l'unicité de l'ordre juridique d'accueil¹⁶.

1. *Le champ de l'étude et la méthodologie choisie*

8. Le choix méthodologique relève d'un double parti pris. Le premier était de situer le point de départ de l'analyse dans la jurisprudence et, à partir de là, de suivre une méthode inductive. Le second était de faire en sorte que cette jurisprudence soit la plus représentative possible, d'un point de vue géographique et culturel. Il s'est soldé par la sélection de quelques 400 décisions provenant de 33 ordres juridiques internes, incluant la jurisprudence des juridictions de Luxembourg, et, de manière plus incidente¹⁷, celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸.

9. Qu'elle soit justifiée par la curiosité intellectuelle ou par l'indisponibilité d'un corps de jurisprudence suffisamment nourri relevant d'un seul ordre juridique interne, la méthode comparatiste semblait la plus appropriée pour rechercher de l'unité dans la diversité. Après tout, « les systèmes s'entremêlent dans le temps et dans l'espace, et il y a en quelque sorte un déterminisme de la comparaison et de l'influence »¹⁹. Cette intuition de la « circulation »²⁰ des solutions a été confirmée au-delà de l'espérance par les décisions judiciaires examinées, dont certaines n'hésitent pas à faire une référence explicite à la jurisprudence d'ordres juridiques tiers. Qu'on appelle cela « dialogue des juges », « *judicial comity* »²¹, circulation des idées, ou encore force persuasive d'un raisonnement éclairé, le mécanisme se traduit souvent par un recours au droit comparé, qui fait explicitement partie de la construction de l'arrêt. Quel que soit le nom qu'on lui donne – et l'on retient ici, par commodité de langage, celui de « dialogue des juges »²² – le phénomène aboutit à une réelle convergence des

¹⁶ Cf. la définition du Dictionnaire Salmon « ensemble de règles concernant la même institution juridique » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1052).

¹⁷ V. *infra*, pars. 18-21.

¹⁸ V. *infra*, par. 21.

¹⁹ R. Drago, « Droit comparé », in D. Allard, S. Rials, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 454.

²⁰ « La circulation désigne (...) l'ensemble des phénomènes qui permettent au juriste d'appréhender une situation dans un espace juridique autre que celui où elle a pris naissance. » (J.-S. Bergé, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, p. 5).

²¹ Ce sont les termes d'A.M. Slaughter, qui désigne par là les « *horizontal relations between national courts interacting across borders [a form of] judicial cooperation in resolving transnational disputes* » (« Judicial Globalization », *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 40, 2000, p. 1112).

²² C'est la conception retenue, par exemple, par J. Allard : « Le dialogue des juges ne suit aucune voie tracée d'avance, ni aucune hiérarchie judiciaire. Il peut être aussi bien horizontal que vertical, institutionnel qu'informel, national qu'international, international que transnational, bref, il est multidimensionnel. » (« Le

solutions aux problèmes communs, ce qui justifie à plus forte raison le recours à la méthode comparatiste.

10. Le choix de la méthode comparatiste n'est pas sans inconvénients, qu'ils soient techniques ou scientifiques. Parmi les premiers, un seul mérite mention : c'est l'identification de la matière première, à savoir les décisions judiciaires d'un panel aussi large que possible d'ordres juridiques internes. Du reste, cette difficulté est assez facilement surmontée, grâce essentiellement aux 155 volumes des *International Law Reports*, dont le premier remonte à 1922, ainsi qu'à la base de données de jurisprudence nationale, *International Law in Domestic Courts (ILDC)*, coordonnée par André Nollkaemper et Erika de Wet de l'Université d'Amsterdam. Ces recueils offrent un trésor inestimable de ressources, venant de nombreux États, et rendues pour la plupart accessibles en langue anglaise. D'autres bases de données, plus sectorielles²³, sont venues enrichir ce fond primaire. Par ailleurs, les sites internet des plus hautes juridictions internes – du moins ceux établis dans des langues compréhensibles à l'analyste²⁴ – ont par ailleurs été régulièrement consultés.

11. Les risques scientifiques sont, en revanche, plus conséquents. Pour les décrire, Jean-Sylvestre Bergé s'est servi de deux adages imagés : « Cette démarche comparative [écrit-il] soulève immédiatement deux objections qui peuvent être présentées sous la forme de deux métaphores : 'qui embrasse trop mal étreint' et 'le mariage de la carpe et du lapin' »²⁵. Le premier met en garde contre un traitement superficiel de la problématique posée, ici celle du droit dérivé, sans suffisamment d'égards pour les particularités de l'ordre juridique d'accueil. En effet, les raisonnements judiciaires, comme les solutions aux problèmes soulevés, peuvent se rapprocher ; en revanche les qualifications juridiques des situations restent propres à

dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des Juges*. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 78). Elle ne cadre évidemment pas avec la conception plus rigoureuse prônée par R. Abraham : « le dialogue des juges, c'est le processus par lequel la juridiction nationale et la juridiction internationale concourent à fixer l'interprétation, contribuent ensemble à fixer l'interprétation, d'une norme de droit international, dont l'une et l'autre, la juridiction interne et la juridiction internationale, sont appelées à peu près concomitamment à faire application. » (« Le juge administratif et le droit international et européen. Le dialogue des juges », in *Regards de la communauté juridique sur le contentieux administratif. Hommage à Daniel Chabanol*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2009, p. 34).

²³ V. Vlex Global, <http://vlex.com/> ; International Crimes Database, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/> ; Sources Juridiques relatives au Terrorisme International, <https://www.unodc.org/tldb/> ; International Training Center, <http://compendium.itcilo.org/ft/decisions-par-pays> ; Refworld, <http://www.refworld.org/type,CASELAW,,,,,0.html>.

²⁴ La méconnaissance de la langue allemande reste toutefois source de frustration, car les traductions des décisions pertinentes des juridictions allemandes sont assez rares et partielles et elles ne permettent pas toujours de saisir la subtilité du raisonnement mené.

²⁵ J.-S. Bergé, *L'application du droit national...*, op. cit., note 20, p. 43.

l'ordre du for. La difficulté est grande de saisir ce qui est commun sans trahir ces particularités. En revanche, il est également impossible d'en faire un exposé détaillé dans le cadre de d'une seule étude. Le second adage renseigne sur les risques des rapprochements entre objets juridiques qui ne se ressemblent pas, la recherche à tout prix de l'unité étant de nature à fausser les jugements. Il faut dès lors se résigner : il n'y a pas de remède garanti contre ces risques. Mais ce n'est pas parce que la forêt est semée de pièges qu'il faut renoncer à la promenade : il suffit, à chaque pas, de se rappeler de leur existence et de faire preuve de prudence.

2. *L'objet de l'étude*

12. L'étude porte sur le droit dérivé (alternativement désigné par les termes « droit institutionnel » et « actes institutionnels ») des organisations internationales de coopération. Les deux concepts demandent à être définis.

a) **Définition des organisations internationales de coopération**

13. Il s'agit ici des institutions internationales dotées d'un pouvoir normatif, entendu comme la compétence d'adopter des actes obligatoires ou recommandatoires²⁶. L'article 2 du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la CDI définit la notion d'organisation internationale comme « toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre »²⁷. Cependant, l'introduction du critère de la personnalité juridique internationale rend cette définition potentiellement trop restrictive pour la présente étude. En effet, à côté des organisations intergouvernementales classiques, dotées d'une structure permanente – les « organes communs » de la célèbre formule de Sir Gerald Fitzmaurice²⁸ – il existe aujourd'hui des formes non institutionnalisées, organisées sous l'égide de certains régimes conventionnels (à l'instar des Conférences des Parties (COP) mis en place par les

²⁶ Pour une explication des contours du pouvoir normatif institutionnel, v. aussi *infra*, pars. 41-50.

²⁷ CDI, Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, Ann. CDI, 2011, vol. II (2), p. 52, art. 2, a).

²⁸ Une organisation internationale est une « association d'États constituée par traité, dotée d'une constitution et d'organes communs, et possédant une personnalité juridique distincte de celle des États membres » (G. Fitzmaurice, « Le droit des traités », A/CN.4/101, in *Ann. CDI*. 1956, vol. II, p. 106.

traités de protection de l'environnement), qui produisent du droit dérivé²⁹. Force est d'admettre que « [l]e droit dérivé constitue désormais une catégorie juridique commune aux organisations internationales et à divers systèmes conventionnels multilatéraux et (...) les problèmes qui se posent à ce sujet, de nature, de fondement et de portée, ne diffèrent guère selon que l'on se trouve dans le cadre d'une organisation internationale ou dans un cadre simplement conventionnel »³⁰.

14. Du reste, la jurisprudence interne ne fait pas de distinction entre ces différents mécanismes de production de droit dérivé. Sont en revanche exclues les « organisations internationales privées ou hybrides »³¹ comme le CICR et le CIO : n'étant pas constituées par des sujets du droit international public, ni soumises à celui-ci, la question de l'application de leurs normes dans les ordres internes ne se pose pas de la même manière que pour les organismes inter-gouvernementaux.

15. La distinction entre les organisations internationales de coopération et celles d'intégration est cependant plus difficile à saisir à travers un critère unique. Comme souvent en droit international, la qualification résulte de la conjugaison de plusieurs caractères spécifiques. « Sur la base du rôle général qui leur est assigné, on distingue les *organisations de coopération* ou de *coordination* et les *organisations d'intégration* ou d'*unification*. Dans une société internationale 'relationnelle', ces dernières restent exceptionnelles »³². Cette formulation de la taxinomie renvoie à deux aspects d'égale importance pour la distinction : d'une part, l'aspect organique, qui renseigne sur les relations entre les membres et au sein de l'organisation ; d'autre part, l'aspect normatif, qui concerne la portée du droit produit par l'organisation.

16. S'agissant du premier aspect, Michel Virally soulignait que :

« Les organisations dont la fonction est de coopération ne sont en prise qu'avec les appareils étatiques (les gouvernements) (...). Elles se présentent essentiellement comme des 'superstructures', dans le sens le plus précis du terme. (...) De ce fait, les organisations de coopération laissent intacte la structure fondamentale de la société internationale contemporaine, composée d'États souverains. Loin de mettre en cause

²⁹ V. la discussion détaillée du problème de la personnification de l'organisation par E. Lagrange, « La catégorie 'organisation internationale' », in E. Lagrange et J.-M. Sorel, *op. cit.*, note 1, pp. 35-50.

³⁰ G. Bastid-Burdeau, « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir, pouvoir de droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 168.

³¹ V. E. Lagrange, « La catégorie 'organisation internationale' », *op. cit.*, note 29, pp. 50-54.

³² P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *op. cit.*, note 1, p. 642-644, par. 377 (italiques dans l'original).

l'existence et le rôle de ces États, elles leur permettent de mieux s'acquitter de leurs fonctions sociales dans les domaines où la dimension des problèmes dépasse leur capacité d'action individuelle. »³³

À l'opposé, les organisations d'intégration, dont les organes ne sont pas tous formés par des représentants des États,

« ont pour mission de rapprocher les États qui les composent, en reprenant à leur compte certaines de leurs fonctions, jusqu'à les fondre en une unité englobante (...) dans le domaine de leur compétence. Cette fusion ira jusqu'à la substitution de la personnalité de l'organisation à celle de ses membres vis-à-vis des tiers. »³⁴

17. Quant à l'aspect normatif, les organisations d'intégration ont principalement pour vocation d'unifier le droit applicable dans les domaines de leur compétence. Partant, « les pouvoirs de l'organisation s'exercent immédiatement sans passer par l'intermédiaire des gouvernements nationaux au profit ou à la charge des particuliers, en modifiant directement les ordres juridiques nationaux »³⁵.

18. Cette portée normative particulière du droit des organisations d'intégration conduit à s'interroger sur une possible scission entre les modalités d'application interne de leur droit dérivé et celles réservées aux actes des organisations de coopération. En effet, l'application interne du droit international est dominée par le principe de l'autonomie constitutionnelle, entendue comme une « indifférence à peu près totale [du droit international] à l'égard de l'organisation constitutionnelle interne de l'État »³⁶. Pour autant que les rapports entre le droit interne et le droit international sont concernés, celui-ci connaît une triple déclinaison :

- « l'inexistence d'un *principe général d'incorporation immédiate* des normes internationales dans l'ordre interne ou même d'un principe général prescrivant aux États d'incorporer en droit interne les normes internationales »³⁷ ;
- « il n'est point de principe général obligeant les États à reconnaître d'*applicabilité directe* les normes internationales incorporées »³⁸ ; et

³³ M. Virally, « Définition et classification des organisations internationales », in G. Abi-Saab (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, p. 55. Comparer avec l'analyse de la structure institutionnelle des organisations internationales d'intégration, in E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, pp. 31-33.

³⁴ M. Virally, *ibid.*

³⁵ P. Reuter, *Organisations européennes*, Paris, PUF, 1965, p. 29.

³⁶ E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2011, p. 325. V. aussi P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *op. cit.*, note 1, pp. 475-478, par. 279, 3).

³⁷ E. Lagrange, *Ibid.*, p. 325 (nous soulignons).

³⁸ *Ibid.*, pp. 328-329 (nous soulignons).

- « [l']absence d'obligation de reconnaître *la primauté* au droit international dans l'ordre interne »³⁹.

Pour chacune de ces trois déclinaisons, Evelyne Lagrange relève la situation particulière de l'Union européenne : en effet, l'application immédiate, l'effet direct et la primauté sont consubstantiels à la réalisation de son droit dans les ordres juridiques des États membres et sont devenus des traits définissant la nature même de l'Union⁴⁰.

19. De la même manière, Henry Schermers et Niels Blokker constatent la distance qui sépare l'Union européenne des organisations internationales « classiques » :

*« Other international organizations generally follow traditional principles of international law, which do not require that rules of international law are applied directly within the national legal order or that these rules have priority over national law. Thus, the effect of decisions of the organization depends solely upon the national legal order in question, which has obvious consequences for the coherence of the legal order of the organization. »*⁴¹

20. Il faut déterminer si ce point de vue du droit international se vérifie dans la réception réservée par les ordres internes au droit dérivé des organisations internationales de coopération. Ces intuitions générales semblent néanmoins suffisamment ancrées pour expliquer le parti pris de la distinction entre organisations de coopération et organisations d'intégration, et l'exclusion de ces dernières de l'objet de l'étude.

21. En revanche, les particularités de l'application de l'autonomie constitutionnelle dans les relations avec le droit de l'Union européenne conduisent à *l'inclusion de la jurisprudence de Luxembourg dans le champ de l'étude*. Deux raisons justifient ce choix. La première est que, dans ses relations avec l'extérieur, l'Union européenne, et surtout ses juridictions, s'affichent comme des ordres juridiques internes. « [L]e droit de l'UE, compris comme un système juridique à part entière, [reçoit] en son sein les constructions du droit international »⁴². La seconde raison est le constat que l'ordre juridique de l'Union européenne

³⁹ *Ibid.*, p. 333 (nous soulignons).

⁴⁰ V. dans le même sens, A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », in E. Lagrange, J.-M. Sorel, *op. cit.*, note 1, pp. 204-205, spéc. par. 390.

⁴¹ H. G. Schermers, N. M. Blokker, *International Institutional Law*, Leiden, M. Nijhoff, 5th ed., 2011, p. 725, par. 1144.

⁴² J.-S. Bergé, « Introduction : approche méthodologique des rapports de systèmes : comparer, combiner, hiérarchiser le droit international et le droit européen », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 575.

et ses actes sont un vecteur privilégié d'incorporation de nombre d'actes institutionnels. Dès lors, les normes institutionnelles sont appliquées dans les ordres nationaux des États membres par le biais des actes de l'Union, avec les qualités – immédiateté, effet direct, primauté – qui s'attachent à eux. Quant aux décisions des juridictions de Luxembourg relatives à l'interprétation ou à la validité des actes européens d'incorporation, leur impact est, naturellement, automatique dans les ordres juridiques nationaux. Les actes de l'Union sont par conséquent exclus de l'objet de cette étude, alors que les décisions des juridictions de Luxembourg s'intègrent dans son champ.

22. Ce n'est pas au même titre que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont consultées. Cette juridiction n'ayant jamais affirmé l'autonomie d'un ordre de la CvEDH par rapport à l'ordre juridique international⁴³, ses décisions pertinentes examinées ne le sont pas en raison d'une traduction des rapports de systèmes, mais parce qu'elles illustrent un raisonnement juridique qui influence les juridictions nationales. Aussi, la jurisprudence de Strasbourg n'a-t-elle pas été examinée d'une manière systématique, mais seulement lorsqu'elle s'inscrivait visiblement dans le cadre du dialogue des juges.

b) Définition de la notion de « droit dérivé »

23. « Le droit dérivé forme (...) l'ensemble des actes que le traité institutif habilite les organes de l'organisation à adopter »⁴⁴. On distingue habituellement entre les actes autonormateurs et les actes hétéronormateurs :

« Il est admis unanimement que le droit interne des organisations internationales comprend deux aspects distincts : d'une part, les règles relatives au fonctionnement interne de l'organisation et d'autre part les normes destinées à orienter les comportements dans les domaines de compétence de l'organisation. (...) C'est cette seconde catégorie qui rejoint la notion de droit dérivé (...). À côté des droits et obligations découlant directement de la charte constitutive pour les États membres ou pour les personnes privées, apparaîtraient des obligations et des droits établis à

Pour les modalités d'interaction en fonction des différentes sources du droit international, v. les contributions qui leur sont consacrées dans le même ouvrage, pp. 575-735. V. également

⁴³ Au contraire, la Cour de Strasbourg remet la Convention dans l'ensemble international : « Considérant le caractère particulier de la Convention en tant que traité sur les droits de l'homme, elle doit aussi prendre en compte toute règle pertinente de droit international lorsqu'elle se prononce sur des différends concernant sa juridiction en vertu de l'article 49 de la Convention. » (CrEDH, Grde. Ch., 18 déc. 1996, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, par. 43). V. aussi P. Tavernier, « Le droit international dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : l'apport des arrêts *Loizidou c. Turquie* », in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme. Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 411-427.

⁴⁴ M. Forteau, « Organisations internationales et sources de droit », in E. Lagrange, J.-M. Sorel, *op. cit.*, note 1, p. 261.

l'initiative de l'organisation par le biais d'actes pris sur le fondement de la charte constitutive. »⁴⁵

24. Dans la mesure où la présente étude s'intéresse à l'application du droit institutionnel par les juridictions des États membres, il est naturel qu'elle se focalise sur les actes hétéronormateurs, car ce sont en principe ceux-là qui s'adressent aux États pour leur mise en œuvre. Outre le fait que la distinction n'est pas toujours aisée⁴⁶, il existe des situations où les actes autonormateurs seront pertinents dans un procès interne. C'est le cas, par exemple, des actes qui organisent les compétences des administrations territoriales onusiennes ou les opérations de maintien de la paix, dont les activités peuvent recevoir reconnaissance dans des ordres juridiques nationaux.

c) Définition de l'objet par exclusion

25. Sont en revanche entièrement exclues du champ de l'étude les conventions multilatérales conclues par les organisations internationales. Même si ce type d'activité normative a radicalement changé la fabrique du droit international⁴⁷, il n'en reste pas moins que

*« treaties concluded under the auspices of IOs remain in form multilateral treaties within the meaning of the Vienna Convention on the Law of Treaties. States, including members of the organization, ordinarily retain complete freedom of choice on whether to become parties to such agreements. Accordingly, (...) organizational treaty-making processes are not real law-making by international organizations, but rather the preparation of inter-state law-making within an international organization. »*⁴⁸

26. Sont également exclus de l'analyse les actes des juridictions internationales, bien que cette élimination recèle une part d'arbitraire. D'abord, parce que la délimitation de la catégorie « juridictions internationales » n'est guère aisée⁴⁹, et il faut souvent pencher soit

⁴⁵ G. Bastid-Burdeau, *op. cit.*, note 30, pp. 163-164. V. aussi P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *op. cit.*, note 1, pp. 405-413, pars. 242-244 ; J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, New York, OUP, 2005, pp. 143-145 ; J. Dehaussy, H. Ascensio, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *JCI Droit international*, fasc. 14, 2005, par. 6.

⁴⁶ J. Alvarez note à ce titre que « *most decisions made by IOs have both internal and external normative impacts....law-making blurs.* » (*ibid.*, pp. 144-145).

⁴⁷ Selon certains calculs, il apparaît que plus de la moitié des conventions internationales a été adoptée dans le cadre des Nations Unies (v. *ibid.*, p. 273).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 274, notes de bas de page omises. Pour une analyse détaillée du processus, v., J. E. Alvarez, les chapitres 5 « International Organizations as Treaty-Makers », et 6 « Have International Organizations Improved Treaty-making ? », in *ibid.*, pp. 273-400. V. aussi A. Boyle, C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford/New York, OUP, 2007, pp. 98-102.

⁴⁹ V. en ce sens C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *AFDI*, vol. 46, 2000. pp. 58-81 et « Les juridictions de l'ordre international : essai

pour une définition restrictive (par exemple, « l'organe dont la fonction est de mettre fin à un différend par une décision obligatoire résultant de l'application du droit »⁵⁰) soit, au contraire, une définition très large (« institution permanente, préconstituée par un acte international qui en définit la compétence et en règle l'organisation et le fonctionnement, avec une compétence déterminée de façon abstraite par référence à des catégories de différends »⁵¹). Cette exclusion part de la conviction qu'il existe une différence de nature entre l'autorité de la chose jugée dont sont dotés certains actes juridictionnels et l'autorité de la chose décidée dont bénéficient certains actes obligatoires des organisations internationales. L'autorité de la chose jugée et l'autorité de la chose décidée partagent leur caractère obligatoire. On définit en effet l'acte juridictionnel comme « un acte qui émane d'un organe international chargé de trancher, sur la base du droit, des différends par des décisions obligatoires et définitives »⁵². La décision juridictionnelle est dès lors sans appel et s'impose aux parties à la procédure. C'est tout le sens de l'adage *Res judicata pro veritate habetur*. Cependant, alors que « [p]ar sa décision, la juridiction constate (...) le droit qui était : si elle en transforme le statut par la force jugée attachée à son constat, la juridiction n'en altère pas la consistance. Elle ne pose jamais de droits nouveaux, elle n'attribue rien »⁵³, l'acte décisoire s'impose à ses destinataires, en modifiant cependant l'ordonnancement juridique, ainsi que leurs droits et leurs obligations subjectives.

27. La part d'arbitraire et le choix d'opportunité se révèlent dans le traitement des organes ou des activités hybrides. Ainsi, ni le caractère obligatoire, ni le degré d'institutionnalisation ne sont-ils décisifs de l'inclusion dans l'objet de l'étude. Sont dès lors exclues toutes les décisions juridictionnelles, qu'elles soient revêtues de l'autorité de la chose jugée, ou simplement des avis :

- les sentences arbitrales : bien évidemment, les tribunaux arbitraux ne sont pas des institutions permanentes, mais ce n'est pas cela qui justifie leur exclusion. C'est plutôt le fait que leurs décisions revêtent l'autorité de la chose jugée (même lorsqu'ils vont au-delà de la stricte application du droit pour décider en équité).

d'identification », *AFDI*, vol. 47, 2001. pp. 45-61. V. aussi A. Pellet, « Judicial Settlement of International Disputes », in R. Wolfrum et al. (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, OUP, 2012, vol. VI, pp. 526-546.

⁵⁰ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 4.

⁵¹ « Jurisdiction internationale », in J. Salmon (dir.), *op. cit.*, note 16, p. 628.

⁵² J.-P. Jacqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, Paris, LGDJ, 1972, p. 359.

⁵³ C. Santulli, *op. cit.*, note 50, p. 17. Ceci n'exclut pourtant pas le fait que le juge ait un certain pouvoir créateur de droit (v. *infra*, pars. 79-88).

- les décisions des panels de l'ORD ou de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale de commerce, dont le caractère juridictionnel est de moins en moins contesté⁵⁴.
- les décisions juridictionnelles des tribunaux pénaux internationaux et de la Cour pénale internationale. Cependant, les décisions administratives de ces institutions – comme celles relatives aux demandes de communication d'informations ou aux demandes de transfèrement – sont prises en compte⁵⁵.
- les actes juridictionnels non obligatoires (comme les avis consultatifs de la CIJ⁵⁶). En même temps, l'étude inclut certains actes des comités ayant la charge de la surveillance de l'application de conventions multilatérales⁵⁷, dont le caractère obligatoire n'est pas établi (on pourrait ainsi considérer qu'elle bénéficie d'une autorité de la chose recommandée). Cette inclusion ne se justifie pas tant par la nature des prononcés de ces comités – en particulier lorsqu'ils sont saisis sur le fondement du mécanisme des plaintes individuelles, ils jouent des rôles quasi juridictionnels – mais par le fait que leur autorité normative n'est pas perçue comme propre, mais est jaugée par les juridictions internes à la lumière des traités dont ces organes sont les gardiens.

28. Plus que leur caractère obligatoire, c'est la nature définitive des prononcés qui conduit à séparer l'autorité de la chose jugée et l'autorité de la chose décidée ou recommandée. Même si ce critère est nuancé, on peut considérer, avec Jean Matringe, que :

⁵⁴ H. Ruiz Fabri, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 3, pp. 881-947 ; G. Bastid-Burdeau, « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », *Archives de philosophie du droit*, vol. 50, 2007, pp. 289-304, *passim*.

⁵⁵ La CPIJ avait du reste reconnu qu'un organe juridictionnel pouvait et d'ailleurs devait le plus souvent exercer également des activités de nature administrative, qui pouvaient se traduire par des actes normatifs. Ainsi, dans l'avis du 28 août 1928, *Interprétation de l'accord Gréco-Turc du 1^{er} décembre 1926 (Protocole final, Article IV)*, elle s'était attachée à analyser la nature de ces actes : « L'article 12 de la Convention (...) exprime la règle générale gouvernant les attributions de la Commission : celles-ci consistent principalement à surveiller et à faciliter l'émigration et à procéder à la liquidation des biens mobiliers et immobiliers prévue aux articles 9 et 10 (alinéa premier). Il s'ensuit que la fonction principale de la Commission mixte est de nature essentiellement administrative. A côté de cette fonction, cependant, la Commission est investie, d'une part, du pouvoir de fixer les modalités de l'émigration et celles de la liquidation (alinéa 2), et, d'autre part, du pouvoir de régler définitivement toutes les contestations relatives aux biens, droits et intérêts à liquider (alinéa 5) ; de même, et d'une façon générale, elle a tous pouvoirs de prendre les mesures que nécessite l'exécution de la Convention et de décider toutes les questions auxquelles celle-ci peut donner lieu (alinéa 3).

La première partie de ces attributions accessoires, ayant trait à des mesures générales que la Commission mixte est autorisée à édicter, est de la nature d'une fonction réglementaire ou législative dans le sens matériel du mot, tandis que la seconde partie de ces attributions constitue indubitablement une fonction juridictionnelle ou judiciaire. » (Série B, n° 16, pp. 17-18, (nous soulignons)).

⁵⁶ Pour une justification de leur classement au sein de la catégorie « jurisprudence internationale », v. G. Bastid-Burdeau, *op. cit.* note 54, p. 293.

⁵⁷ Ce sont surtout les organes chargés des droits de l'homme qui sont concernés ; pour des catégories v. <http://www.ohchr.org/FR/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>.

« Le droit international attache à l'interprétation arbitrale au fond un caractère de dernier ressort. (...) Le plus souvent, cette autorité est la conséquence d'un abandon exprès (...) du pouvoir d'auto-interprétation par les parties [à la procédure] (...). Cela résulte de l'établissement d'une règle coutumière gouvernant la fonction arbitrale selon laquelle, en soumettant un différend à un tribunal, les parties reconnaissent le caractère légalement incontestable de sa décision sur le fond du différend. L'avènement d'une telle règle particulière par rapport au droit international général suffit à paralyser la présomption de liberté des États. Il n'est plus nécessaire que les États attribuent expressément un pouvoir d'interprétation en dernier ressort à chaque tribunal, le transfert devenant la règle en la matière. (...) L'acte juridique international n'est légalement incontestable que si les États ont (...) abandonné leur pouvoir d'autoappréciation. Cet abandon n'est réalisé que par attribution à une entité du pouvoir d'interprétation en dernier ressort, *i.e.* du pouvoir d'énoncer ses interprétations dans des actes obligatoires *et* définitifs. »⁵⁸

Ses propos concernent les décisions arbitrales, mais ils résument bien l'essence de l'autorité de la chose jugée dans son ensemble, quelle que soit l'autorité qui la prononce.

29. Certes, il n'est pas établi que les ordres juridiques internes accueillent différemment l'autorité de la chose jugée et l'autorité de la chose décidée, ou encore les actes juridictionnels non obligatoires et le droit recommandatoire des organisations internationales : mais c'est une question qui mériterait une thèse à elle toute seule.

Section II. Les repères théoriques de l'analyse

30. Les repères théoriques de l'analyse sont fournies par les réflexions de la doctrine au sujet de cinq grands thèmes :

- le pouvoir « législatif » des organisations internationales, une traduction passablement trompeuse de la terminologie consacrée en anglais, « *the law-making power* », les termes renvoyant ici à la capacité de créer le droit, au sens générique du terme, et non pas uniquement des textes obligatoires de portée générale, adoptés par un organe représentatif de la société et qui s'imposent à tous. Pour cette raison, le terme « normatif », plus neutre, sera généralement préféré dans le cadre de cette étude.
- afin de définir la normativité, question existentielle s'il en est, puisqu'elle teste les limites de ce qu'est le Droit, il faut d'abord évaluer la possibilité de délimiter et de systématiser les phénomènes susmentionnés (s'il s'agit bien du Droit), ainsi que celle de l'inclusion de la *soft law* parmi les normes que le juge est autorisé à prendre en

⁵⁸ J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les États membres*, thèse, Paris II, 2000, pp. 172-174 (italiques dans l'original).

compte. Eu égard à l'abondance de droit souple dans l'activité normative des organisations internationales, cette problématique revêt une importance conséquente.

- dans la mesure où le droit institutionnel, comme forme de production de droit, se distingue à la fois du mode conventionnel et du mode coutumier, se pose la question de l'existence d'une source formelle supplémentaire, non cataloguée par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Si le droit institutionnel s'affirme comme une source reconnue du droit international, sa reconnaissance par les ordres juridiques internes en est peut-être mieux assurée.
- les rapports entre le droit international et les ordres juridiques internes et l'éternel débat entre le dualisme et le monisme⁵⁹. Il serait illusoire et somme toute prétentieux de vouloir apporter des éclairages substantiels à cette « belle querelle d'école »⁶⁰. L'exposé de cette thématique dans l'*Introduction* a seulement pour but de justifier un parti pris qui se reflète dans le choix méthodologique – celui de ne pas aborder l'analyse par le prisme de la distinction entre les systèmes monistes et dualistes.
- l'office du juge dans la société interne, mais aussi internationale. Cette problématique transcende les ordres juridiques, et il n'est pas question ici de dresser un tableau sociologique ou philosophique. Cependant, si l'on prend pour parole d'évangile l'adage selon lequel les juges « ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁶¹, le risque est grand que la réalité de ce que font les juges internes (ou du moins certains d'entre eux) nous échappe, notamment lorsqu'ils sont confrontés au droit souple, ou lorsqu'ils décident de donner effet à du droit international qui ne répond pas aux conditions de reconnaissance posées par les ordres internes, ou lorsqu'ils s'affirment compétents pour juger de la légalité des normes institutionnelles. Dès lors, il semble nécessaire de remettre en perspective, ne fût-ce que superficiellement, la fonction judiciaire.

⁵⁹ Nombre d'auteurs soulignent que le terme « pluralisme » serait plus adapté (v. A. Verdross, « Le fondement du droit international », *RCADI*, vol. 16, 1927-1, p. 289 ; A. Pellet, « Vous avez dit 'monisme'? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française » in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 827-857 ; G. Gaja, « Dualism – a Review », J.E. Nijman et A. Nollkaemper (dir.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 53). Cependant, on remarque avec D. Alland que « [a]ucun argument rationnel n'a jamais été en mesure de corriger l'engouement définitif pour le couple monisme/dualisme. Laissons donc les questions terminologiques de côté et soumettons-nous à l'usage. » (*Anzilotti et le droit international public*, Paris, Pedone, 2012, p. 75).

⁶⁰ M. Virally, « Sur un pont aux ânes », in *Le droit international en devenir*, Genève, 1990, p. 103, publié originellement in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, 1964.

⁶¹ Montesquieu, *Œuvres. L'esprit des Lois*, Paris, A. Belin, 1817, p. 136.

1. *Le droit institutionnel, une forme de « législation » internationale*

a) **Le droit institutionnel comme droit unilatéral, dérivé du traité constitutif**

31. « [L]’acte juridique unilatéral est [habituellement défini comme] une manifestation de volonté d’un seul sujet de droit et créatrice d’effets juridiques »⁶². À la lumière de cette définition, le droit institutionnel apparaît comme la somme des actes unilatéraux institutionnels, manifestations de volonté du sujet de l’ordre international qu’est l’organisation de coopération. Dès lors, la tentation est grande d’y voir une forme de « législation internationale ». Pour reprendre l’analyse d’Edward Yemin, en ouverture d’un classique du droit institutionnel, *Legislative Powers in the United Nations and Specialized Agencies* :

*« International society has traditionally been, and for the most part remains, a society of juxtaposed sovereign states each of which is subject to no superior political or legal authority. Its legal structure consequently reflects almost complete legal relativism, with each state largely master of the creation, interpretation and application of its international rights and obligations. It is now, however, widely recognized that the establishment of a number of intergovernmental organizations during approximately the last one hundred years has modified this traditional structure in some respects, even if it has not transformed that structure in its essentials. Not only has this development added alongside states new subjects of international law having special characteristics – entities legally separate from the member states composing them – but these international organizations have been endowed with some role (usually a quite restricted one) in respect of one or the other of the functions of creation, interpretation and application of international law. In those limited spheres in which international organizations have been given significant power to fulfill one of these functions for states a radical transformation of the decentralized constitutional structure of international society is to that extent involved. The present study is devoted to a consideration of such developments with respect to the law-making fonction in international law. »*⁶³

32. Sous l’angle normatif, cette transformation structurelle conduit à s’interroger sur l’acceptation de l’organisation comme étant la volonté créatrice de droit, donc sur

⁶² F. Rigaldiès, « Contribution à l’étude de l’acte juridique unilatéral en droit international public », *Thémis*, n° 3, 1980-1981, p. 417. V. aussi Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. I, 1982, pp. 361 et s., et t. II, 1983, pp. 181 et s ; J. Dehaussy, « Les actes juridiques unilatéraux en droit international public : à propos d’une théorie restrictive », *JDI*, 1965, p. 41 s. ; J.-P. Jacque, *Éléments pour une théorie de l’acte juridique en droit international public*, LGDJ, 1972, pp. 321 s.

⁶³ E. Yemin, *Legislative Powers in the United Nations and Specialized Agencies*, Leyden, Sijthoff, 1969, p. 1.

l'imputabilité des actes institutionnels à cette personnalité juridique distincte des États membres, mais aussi sur l'opposabilité de ces actes aux membres de l'organisation⁶⁴.

33. L'aspect « unilatéral » a pu en effet être contesté, dans la mesure où le droit institutionnel est le produit d'un organe collectif, composé d'entités souveraines (du moins lorsque ces entités sont les États ; la qualification prêterait sans doute à confusion à l'égard de l'Union européenne, qui est elle-même membre de quelques organisations de coopération⁶⁵). Certains auteurs « considèrent ainsi que pour qu'il y ait acte authentiquement unilatéral, la volonté de l'auteur doit être 'autonome' par rapport à d'autres manifestations de volonté »⁶⁶. La volonté de l'organisation peut-elle être « autonome » si elle n'existe que grâce au traité constitutif de l'organisation, et donc à la volonté des États de le ratifier ? L'autonomie n'est-elle pas par ailleurs illusoire eu égard aux procédures d'adoption des actes institutionnels, lors desquelles c'est la volonté étatique qui s'exprime, à travers les votes ? L'autonomie n'est-elle pas fatalement mise à mal par les mécanismes d'*opting in* et d'*opting out* qui accompagnent très souvent la reconnaissance d'un pouvoir normatif propre de l'organisation ?

34. La première objection est rapidement dépassée dès lors que l'on accepte que l'organisation internationale possède une personnalité juridique distincte de celle des États membres⁶⁷, question par ailleurs superbement tranchée par la CIJ dans son célèbre avis, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*⁶⁸. Ce n'est pas parce que l'organisation doit sa naissance à la volonté des États que son existence n'est qu'une forme d'expression médiate de cette même volonté. Il convient en effet de garder à l'esprit les enseignements du Doyen Maurice Hauriou :

« Les institutions naissent, vivent et meurent juridiquement ; elles naissent par des opérations de fondation qui leur fournissent leur fondement juridique en se continuant ; elles vivent d'une vie à la fois objective et subjective, grâce à des opérations juridiques de gouvernement et d'administration répétées, et, d'ailleurs, liées par des procédures ; enfin, elles meurent par des opérations juridiques de dissolution

⁶⁴ J. Dehaussy et H. Ascensio définissent « l'acte unilatéral comme l'acte juridique par lequel une seule 'partie' (ou un seul 'côté', du latin 'latus') crée des normes ayant pour objet de régir des rapports juridiques intéressant d'autres sujets de droit que celui ou ceux qui composent cette partie. » (*op. cit.*, note 45, par. 3)

⁶⁵ V. par exemple U. Candaş, « Les modalités de la participation de l'Union européenne à l'OMC », in M. Benlolo-Carobot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *op. cit.*, note 42, p. 471

⁶⁶ F. Rigaldiès, *op. cit.*, note 62, p. 420.

⁶⁷ Cf. *supra*, par. 13.

⁶⁸ CIJ, avis du 11 avr. 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Rec.*, 1949, p. 174, spéc. pp. 177-178.

ou d'abrogation. Ainsi, elles occupent juridiquement la durée et leur chaîne solide se croise avec la trame plus légère des relations juridiques passagères. »⁶⁹

Les actes normatifs sont donc imputables à l'organisation en tant que manifestations de sa volonté propre ; par ce biais, l'« Organisation [est] placée (...) en face de ses Membres »⁷⁰ et devient l'une des parties de la relation juridique qui s'instaure, l'autre étant l'État.

35. Il est en effet difficile de ne pas se ranger au point de vue selon lequel :

« [L]es actes des organisations, de par leur conception même, leur procédure de formation et les modalités de leur exécution, relèvent d'une technique qui ne peut être assimilée à celle appliquée pour la conclusion des traités. Ce sont des actes qui, juridiquement, émanent, non des États mais des organisations elles-mêmes, en tant que sujets de droit international. Ils ne sont donc pas conventionnels, les États n'y ayant point – même s'ils sont pris à l'unanimité – la position d'États contractants, mais unilatéraux, puisqu'ils sont l'œuvre de l'institution internationale. C'est pour cela, d'ailleurs, qu'on les nomme souvent actes institutionnels internationaux pour les différencier, notamment, des actes conventionnels internationaux. »⁷¹

36. La question est plus difficile en ce qui concerne le droit institutionnel produit par des formes non institutionnalisées, tels les COP. Des qualifications hybrides, comme « acte complexe » ou « acte unilatéral collectif », ont été proposées pour rendre compte des manifestations normatives où la volonté de l'organisation est moins visible⁷². À ce sujet, Michel Virally soulignait que la distinction entre les organisations dotées de personnalité juridique et les formes *ad hoc* de production du droit dérivé est pertinente non pas pour la compréhension des modalités de production du droit, mais éventuellement pour l'attribution des comportements normatifs, dans la perspective de l'engagement de la responsabilité :

« Évidemment, une organisation internationale est, très habituellement (mais peut-être pas toujours) dotée de la personnalité juridique internationale, ce qui n'est pas le cas d'une simple conférence internationale. On en déduit que la résolution peut être imputée à l'organisation dont elle émane, mais pas à la conférence qui l'a prise,

⁶⁹ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, facsimilé, 1933, p. 97, disponible sur Gallica : <http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-4725>. Une conception similaire est véhiculée par Santi Romano : « [L]e critère de distinction entre l'institution et le simple rapport [juridique] [réside dans le fait que] la première est une disposition durable d'une entité, le second, un contrat plus ou moins transitoire de plusieurs entités. » (in *L'ordre juridique*, trad. française de la 2^e éd. italienne par L. François et P. Gothot Paris, Dalloz, 2002, p. 51).

⁷⁰ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, préc. note 68, p. 179.

⁷¹ C. Economidès, « Nature juridique des actes des organisations internationales et leurs effets en droit interne », *Revue Hellénique du Droit International*, 1970, p. 228.

⁷² V. en ce sens R. Rivier, « L'utilisation d'autres formes d'« organisation internationale » », *RGDIP*, 2012-3, pp. 503-506.

puisque celle-ci n'a pas d'existence juridique indépendante. Dans le cas de la conférence, la résolution ne pourrait être imputée qu'aux États. »⁷³

37. Un acte institutionnel présenté comme acte collectif conserve sa force explicative si l'on appréhende le phénomène institutionnel sous l'angle de la responsabilité : à supposer qu'un acte institutionnel puisse être, *per se*, internationalement illicite ou qu'il soit à l'origine d'une violation du droit international par les États membres, la question de son attribution à l'organisation et/ou aux États devient fondamentale. Mais elle dépasse le cadre de cette étude et ne sera abordée que d'une manière très incidente, pour autant que les décisions judiciaires puissent jeter une lumière sur l'autorité normative du droit institutionnel. C'est souvent le cas lorsque les juges internes ou la juridiction de Strasbourg doivent se prononcer sur la responsabilité d'un État pour des faits accomplis dans le cadre de ses obligations institutionnelles.

38. Mais la qualification de « collectif » ne renseigne pas sur les conditions de production des actes normatifs, si celles-ci sont réglées au préalable par traité. En ce qui a trait à l'identification des sources du droit international et des rapports de systèmes, qui constituent les axes principaux de recherche de cette étude, la qualification de l'acte institutionnel comme acte unilatéral permet de mieux saisir les tensions fondamentales entre l'autorité normative (dérivée) de l'organisation et le sacro-saint principe du consensualisme. Comme le note José Alvarez,

*« [t]o the extent general rules of law are produced through such methods –by the actions of bureaucrats, dispute settlers, or political organs– this necessarily implies a shift of power to those making these decisions and a shift away from positivist state consent at the basis for all international obligations. »*⁷⁴

39. *In fine*, les modalités d'adoption des actes ne fournissent pas non plus une base solide pour écarter la qualification d'« acte unilatéral », car celui-ci « peut résulter d'un concours de volonté, aussi bien que d'une manifestation de volonté individuelle : il suffit que les sujets de droit auteurs de l'acte constituent un 'côté', une 'partie' unique, vis-à-vis de ceux dont les rapports juridiques seront régis par les normes posées, bien qu'ils n'aient pas contribué à la

⁷³ M. Virally, « Résolution et accord international », in J. Makarczyk (dir.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Institut de l'État et de droit de l'Académie polonaise des sciences, The Hague/Boston, M. Nijhoff, 1984, p. 300.

⁷⁴ J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, *op. cit.*, note 45, p. 600.

formation de l'acte »⁷⁵. En effet, le vote n'est pas en soi créateur d'effets juridiques ; pris *ut singuli*, il n'est pas déterminant pour l'entrée en vigueur de l'acte.

b) Le rapport dialectique entre le droit institutionnel et le consentement étatique

40. C'est bien le critère de l'entrée en vigueur qui permet d'apprécier correctement le rôle du consentement étatique dans le cadre de l'adoption du droit institutionnel et aussi de délimiter avec plus de précision le mode conventionnel et le mode institutionnel de production de droit international. L'entrée en vigueur est :

« [le] point de départ de l'application d'un acte juridique – traité, résolution, engagement unilatéral – à partir duquel ce texte recevra la plénitude de son efficacité juridique, du fait de la réunion des conditions prévues à cet effet dans cet acte – ou dans un acte annexe – ou par le régime juridique propre de cet acte. »⁷⁶

41. C'est à partir de son entrée en vigueur qu'un acte juridique modifie l'ordonnement juridique international (autrement dit, le droit objectif⁷⁷). Si l'entrée en vigueur de l'acte institutionnel est simplement déterminée par les conditions objectives énoncées dans le traité constitutif (étant souvent concomitante à l'adoption ou après un délai de notification, établi dans l'acte lui-même), le consentement étatique n'est ni le fondement de sa normativité, ni la justification de son opposabilité à l'État. L'acte institutionnel est donc un acte unilatéral car « [c']est une décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires. »⁷⁸

42. Cette approche implique un dépassement du volontarisme comme explication unique de l'opposabilité des actes des organisations internationales aux États⁷⁹. Ce dépassement semble acquis pour la coutume – du moins selon le courant sociologique de la doctrine⁸⁰. Mais il vaut également pour les actes institutionnels. Avec un pragmatisme tout anglais,

⁷⁵ J. Dehaussy, H. Ascensio, « Actes unilatéraux et action normative... », *op. cit.*, note 45, par. 3. Dans le même sens, P. Reuter notait que « ces actes [unilatéraux dans les rapports d'autorité] apparaissent lorsque l'on passe de l'acte collectif imputé à plusieurs États à l'acte imputé à un organe ou à une organisation » (*Droit international public*, PUF, Paris, 1968, p. 94).

⁷⁶ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note 16, p. 433.

⁷⁷ Pour rappel, ce dernier se définit comme « l'ensemble des énoncés constituant un ordre juridique » (*ibid.*, p. 390).

⁷⁸ G. Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral », in *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 205.

⁷⁹ La tension entre la souveraineté étatique et le mode de production de droit institutionnel est ainsi résumé par J. Dehaussy et H. Ascensio : « le principe de souveraineté étatique est *a priori* incompatible avec l'idée qu'un acte juridique pourrait imposer à l'État (...) l'observation de normes de comportement dont les autorités de l'État ne seraient pas les auteurs ou, du moins, les coauteurs. » (*op. cit.*, note 45, par. 1).

⁸⁰ V. E. Jouannet, « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *AFDI*, vol. 46, 2000, p. 37.

Rosalyn Higgins considère que : « [L]es États ne peuvent pas toujours éviter d'être juridiquement liés par des règles auxquelles ils n'ont pas donné leur accord »⁸¹. Il n'est cependant pas aisé de détacher complètement la question de l'opposabilité des actes institutionnels de la volonté étatique, à la fois parce que le consentement initial, exprimé à travers la ratification du traité constitutif, viendrait conforter, ne fût-ce qu'en tant que fiction, la thèse volontariste, mais aussi parce que le même traité peut prévoir la possibilité que le consentement étatique s'exprime d'une manière ponctuelle à l'égard de certains actes institutionnels spécifiques, en laissant l'État libre *to « opt out »*.

43. Plusieurs théories rivalisent pour expliquer l'opposabilité du droit dérivé des organisations internationales aux États membres. Jan Klabbers en dénombre trois :

- l'analogie conventionnelle (*the treaty-analogy*), qu'il décrit ainsi :

« *Decisions of international bodies, if and where they require unanimity, can be considered as analogous to treaties, formulating the combined will of the participating States.* »⁸²

Et il rajoute:

« *Nowadays [this] theory (...) is largely discarded, mainly because the theory is unable to explain the binding nature of majority decisions.* »⁸³

- la théorie de la délégation :

« *In this view, the member states, when consenting to be bound to the constitution of an organization, may or may not give that organization the power to create binding rules of law. If and when they do, they can be seen to have delegated some law-making powers to that particular organization.* »⁸⁴

- la théorie de la législation, définie comme :

« *the theory that some acts of international organizations can be explained, rather controversially, as instances of international legislation. The basic idea behind this*

⁸¹ R. Higgins, « Interprétations occidentales du concept d'organisation internationale (d'après les auteurs spécialisés) », in G. Abi-Saab (dir.), *op.cit.*, note 33, p. 214.

⁸² J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, CUP, 2^e éd., 2009, p. 185. À titre d'exemple, la CIJ a récemment considéré que « [L]es recommandations [de la Commission baleinière internationale], adoptées sous forme de résolutions, n'ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé. » (CIJ, 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants))*, par. 46). L'adoption à l'unanimité ou par consensus ne rend pas l'acte obligatoire (même si sa force normative peut s'exprimer en relation avec son environnement conventionnel).

⁸³ J. Klabbers, *ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

notion is that the consent of States need not always be decisive, and may at times be overruled for the sake of the interests of the mankind. »⁸⁵

44. Aucune de ces trois théories n'appréhende le phénomène du droit institutionnel dans son intégralité : comme Jan Klabbers le note, l'analogie conventionnelle n'a de force explicative que pour les actes obligatoires adoptés à l'unanimité. Elle est doublement insuffisante : d'une part, elle ne concerne que les actes institutionnels obligatoires ; d'autre part, l'hypothèse des votes à l'unanimité est aujourd'hui exceptionnelle et réservée aux organisations à composition restreinte⁸⁶. Pour les organisations universelles, le vote à la majorité est devenu la règle.

45. La théorie de la délégation n'a d'autre ambition que l'explication du fondement du droit obligatoire. Elle aussi est doublement insuffisante, car la même organisation peut être investie d'un pouvoir de décision et d'un pouvoir de recommandation. Cette théorie ne tient compte que du premier, et se désintéresse du second, alors même que les lignes de séparation entre les deux ne sont ni claires, ni stables.

46. La théorie de la législation, telle que formulée par Jan Klabbers, tient plus du vœu pieux que de l'observation empirique : elle ne rend pas justice à l'histoire du droit international – où l'État est non seulement le créateur des normes, mais aussi le géniteur des sujets que sont les organisations internationales – mais ignore, de plus, un point élémentaire du droit institutionnel, qui est la théorie des compétences d'attribution des organisations internationales. Les organisations internationales ne sont pas les gardiennes de l'intérêt collectif de la communauté internationale et ne peuvent, à ce titre, « *overrule [State consent] for the sake of the interests of the mankind* »⁸⁷. Les États les ont investies d'une mission, par le biais du traité constitutif, parfois même d'une « mission politique d'un caractère très important et à domaine très large »⁸⁸. Mais le pouvoir normatif des organisations

⁸⁵ *Ibid.*, p. 186.

⁸⁶ V. par exemple les actes constitutifs de l'OPEP (art. 11, C)), de la Banque africaine de développement (art. 60, par. 2), de la Banque asiatique de développement (art. 59 par. 2), de la Banque inter-américaine de développement (art. XII, b)), du Conseil de l'Europe (art. 20) ; v. aussi J. d'Aspremont et D. Ventura, « La composition des organes et le processus décisionnel », in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 423, par. 832.

⁸⁷ V. J. Klabbers, *supra*, par. 43.

⁸⁸ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, préc. note 68, p. 179.

internationales est limité par ce cadre institutionnel, qu'elles ne peuvent dépasser, même au nom de la défense d'un intérêt général⁸⁹.

47. Selon Jan Klabbers, la théorie de la législation « *is more often invoked to add legal force to the type of instruments which, according to the constituent instruments from which they derive their authority, are non-binding* »⁹⁰. Si son évocation sous cet angle met en exergue la nécessité de préciser la portée des actes institutionnels non obligatoires, il est toutefois vain et trompeur de chercher une théorie qui métamorphose une recommandation en décision. D'abord parce qu'il n'y a pas de Saint-Esprit de la normativité qui insuffle l'obligatorité à la *soft law*. Ensuite parce que, en cherchant l'obligatoire à tout prix, on prive le droit dérivé de la richesse des effets engendrés par la *soft law*, ou plutôt, les analystes se privent de la possibilité de saisir et comprendre la palette inouïe de ces effets.

48. On peut se demander si le concept d'engagement institutionnel (ou le *membership*)⁹¹, distinct du consentement, n'est pas plus approprié pour désigner l'opposabilité des actes institutionnels aux États membres. Certes, il est toujours loisible de remonter à la ratification du traité constitutif pour identifier le fondement volontariste de l'opposabilité des actes institutionnels⁹². Mais, à moins de vider la notion de consentement de sa substance, il est trompeur de prétendre que l'État a, du fait de la ratification, consenti à tous les actes unilatéraux adoptés ultérieurement par l'organisation. C'est notamment pour cette raison que les traités constitutifs sont métaphoriquement nommés un « piège des volontés étatiques »⁹³.

⁸⁹ Dans le même sens, la CIJ a souligné au sujet du droit dérivé de la CBI : « Les modifications apportées au règlement et les recommandations adoptées par la CBI peuvent mettre l'accent sur tel ou tel des objectifs poursuivis par la convention, mais elles ne sauraient en modifier l'objet et le but. » (CIJ, arrêt, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, préc., note 82, par. 56).

⁹⁰ J. Klabbers, *An Introduction...*, *op. cit.*, note 82, p. 186.

⁹¹ Le terme n'a d'ailleurs rien d'audacieux, puisque l'on parle bien d'engagement conventionnel et d'engagement unilatéral : v. J. Charpentier « Engagements unilatéraux et engagements conventionnels : différences et convergences », in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 367-380. De la même manière, C. Santulli propose l'expression « engagement juridictionnel », en expliquant qu'elle « porte l'ambiguïté du mot 'engagement' ». Elle est utilisée dans deux sens différents : tantôt désigne-t-elle l'acte qui attribue à l'organe le pouvoir de juger, tantôt elle renvoie à ce qui résulte de l'acte (son produit légal), c'est-à-dire la dévolution du pouvoir juridictionnel. » (*op. cit.*, note 50, p. 105).

⁹² « *The most common – and most convenient – way of explaining the binding force of legal resolutions adopted against the will of a member State of an international organization is to point to the act of will by which the treaty was accepted. It is true (...) that a treaty cannot be imposed on a State that simply refuses to ratify it.* » (Ch. Tomuschat, « Obligations Arising for States without or against their Will », *RCADI*, vol. 241, 1993, pp. 326-327).

⁹³ V. A. Pellet, « Cours général : Le droit international entre souveraineté et communauté internationale – La formation du droit international », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, pp. 12-75,

Un consentement valide est un consentement éclairé. Un consentement éclairé est un consentement conscient⁹⁴ de la consistance et de l'étendue des obligations assumées. Comme le remarque Daniel Bodansky, « [a] common misconception is to equate acceptance with consent, but the two are not equivalent. Consent involves a conscious decision, often expressed through some kind of action such as signing a document or submitting an instrument of ratification »⁹⁵. Donc la notion de « consentement » apparaît comme inapte à rendre compte de l'extraordinaire richesse des conséquences entraînées par l'acte de ratification d'un traité constitutif d'une organisation internationale, *a fortiori* lorsque l'organisation a la capacité de créer de nouvelles normes juridiques⁹⁶.

49. Il est dès lors nécessaire de faire une distinction entre, d'une part, le consentement, exprimé à travers la ratification du traité constitutif – qui déploie ses effets instantanément – et, d'autre part, l'engagement en qualité de membre d'une organisation, qui se traduit par la participation de l'État à la vie institutionnelle. Le concept d'engagement institutionnel semble plus approprié car :

- il souligne que le consentement étatique est le fondement non pas du droit dérivé, mais de la participation de l'État à la vie institutionnelle ; cette participation implique notamment la mise en œuvre des actes institutionnels (entre autres, dans les ordres juridiques internes) ;
- il a le mérite de projeter le consentement initial dans la durée et dans la vie institutionnelle. Il permet ainsi de rendre compte de la dynamique créée par le traité constitutif⁹⁷, qui est riche en effets normatifs. C'est au nom de cette dynamique que les

reproduit in A. Pellet, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, pp. 157-167.

⁹⁴ La conscience est définie par le dictionnaire du Centre de recherche pour un Trésor de la langue française, le *Trésor de la Langue Française* en ligne (<http://www.cnrtl.fr/definition/>) comme une « connaissance immédiate et directe, plus ou moins complète et claire, de quelque chose ».

⁹⁵ D. Bodansky, « Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms », in M. H. Arsanjani *et al.* (dir.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, M. Nijhoff, 2010, p. 123, notes de bas de page omises.

⁹⁶ La résolution 1373 (2001) du CSNU offre ainsi un exemple à la fois extrême et topique d'imprévisibilité des effets normatifs du droit institutionnel. On a en effet souligné à son sujet qu'« [e]n légiférant de la sorte, le Conseil de sécurité rend obligatoire pour les États le respect de dispositions figurant dans des conventions qu'ils n'ont pas forcément ratifiées, notamment celle de 1999 pour la répression du financement du terrorisme à l'égard de laquelle nombre de gouvernements, à commencer par celui des États-Unis, avaient manifesté une grande défiance. Ainsi se trouve contourné le principe fondamental selon lequel les traités internationaux ne lient les États que lorsqu'ils les ont ratifiés. » (A. Pellet, *op. cit.*, note 93, p. 165, nous soulignons).

⁹⁷ V. en ce sens, A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation... », *op. cit.*, note 40, pp. 206-207, par. 393-394, p. 220, par. 420. C'est dans cet esprit qu'il faut lire l'appréciation de la CIJ dans l'affaire de la *Chasse à la baleine* : « A la différence des traités de 1931 et de 1937, le texte de la convention de 1946 ne contient pas de dispositions de fond régissant la conservation des stocks de baleines ou la gestion de l'industrie

obligations institutionnelles (au sens large) l'engagent, même lorsque le droit dérivé dépasse le cadre des compétences imaginé par les auteurs du traité constitutif⁹⁸.

- il permet d'affirmer l'opposabilité des décisions institutionnelles adoptées sans, voire contre la volonté d'un État, ce qui n'est pas négligeable lorsque les États n'ont pas à leur disposition un mécanisme d'*opting out* (cf. article 25 de la Charte des Nations Unies).
- Finalement, et pour toutes ces raisons, le concept d'engagement institutionnel conduit à objectiver la relation entre l'État membre et l'organisation. Afin d'expliquer le fondement du droit institutionnel, il met l'accent sur le processus institutionnel et non pas sur la volonté individuelle d'un État :

« Sans doute, la force obligatoire des décisions des organisations internationales (comme d'ailleurs la valeur 'recommandatoire' de leurs recommandations) trouve-t-elle son origine lointaine dans le consentement initial des États membres qui, en devenant parties à l'acte constitutif, concluent une sorte de 'contrat social' fondateur. Mais celui-ci n'a pas plus de valeur explicative du caractère obligatoire (ou recommandé) du droit dérivé. »⁹⁹

50. Certes, les juges internes ne sont pas appelés à trancher entre ces différentes théories. Il n'en reste pas moins que la question du fondement de la normativité des actes institutionnels et celle de leur opposabilité à l'État du for ont été posées en pratique. Lorsque les juges internes les abordent, ils se positionnent explicitement du point de vue du droit international. Dès lors, ces questionnements sont pertinents pour une meilleure compréhension de la jurisprudence interne examinée.

baleinière. C'est dans le règlement qui lui est annexé, et qui, ainsi qu'énoncé au paragraphe 1 de l'article premier de la convention, 'en fait partie intégrante', que l'on trouve de telles dispositions. Le règlement peut faire l'objet de modifications, dont l'adoption est du ressort de la commission. Cette commission, créée en vertu du paragraphe 1 de l'article III de la convention, s'est vu confier un rôle important dans la réglementation de la chasse à la baleine. Elle 'se compose d'un membre par Etat contractant'. L'adoption de modifications au règlement requiert la majorité des trois-quarts de ses membres votants (art. III, par. 2). Tout État partie est lié par une modification, à moins qu'il n'y fasse objection, auquel cas la modification n'entre en vigueur à son égard que lorsqu'il retire son objection. La commission a modifié le règlement à de nombreuses reprises. *Du fait des fonctions conférées à cette instance, la convention est un instrument en constante évolution.* » (par. 45, nous soulignons).

⁹⁸ Sur la problématique de la pratique modificatrice et les éventuelles tensions qu'elle engendre, v. A. Peters, *ibid.*, pp. 216-218, pars. 411-415 et pp. 243-244, par. 473.

⁹⁹ A. Pellet, « Cours général... », *op. cit.*, note 93, p. 161.

2. *Le droit institutionnel et la théorie de la normativité relative*

a) **La normativité de la *soft law***

51. L'expression « *soft law* », dont la parenté est généralement attribuée à Lord McNair¹⁰⁰, connaît de multiples traductions en langue française : si la notion de *soft law* demeure très usitée, elle est concurrencée par d'autres expressions, comme « droit assourdi »¹⁰¹, « droit mou », « droit doux », voire par des métaphores dédaigneuses, comme « droit à l'état gazeux »¹⁰². Le terme « droit souple » semble s'imposer néanmoins dans la littérature juridique française¹⁰³, et ce choix va de pair avec une acceptation croissante de la juridicité de la *soft law*, qu'elle soit d'origine internationale ou interne¹⁰⁴ :

« L'appellation [de droit souple] n'est bien sûr pas neutre ; elle a été préférée à celle, encore couramment employée, de 'droit mou', en raison des connotations péjoratives de cette dernière. (...) Le passage des termes de 'droit mou' à ceux de 'droit souple' traduit (...) un élargissement de l'approche : il s'agit d'étudier les instruments non contraignants, de reconnaître leur utilité potentielle, distincte et complémentaire de celle du droit dur (...). »¹⁰⁵

52. Ces débats terminologiques traduisent les affrontements dogmatiques au sujet de la juridicité de la *soft law*, dont l'internationaliste est familier. Le débat a des résonances hamletiennes, puisqu'il s'agit de savoir si la *soft law* est bien du droit ou non. Le Professeur Prosper Weil – dont le célèbre article, « Vers une normativité relative en droit international? »¹⁰⁶, a durablement nourri le débat sur la juridicité du droit institutionnel – considère que le normatif se confond lui-même avec le juridique, qui est synonyme d'obligatoire :

« Le terme de *soft law* (...) est aussi parfois [utilisé] pour évoquer la valeur pré-juridique de certains actes non normatifs, telles certaines résolutions des organisations internationales, l'Acte final d'Helsinki ou la Déclaration de Stockholm sur

¹⁰⁰ G. Abi-Saab, « Éloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 60.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Pour références, v. B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 27.

¹⁰³ C'est en tout cas l'expression recommandée par la Commission de terminologie et de néologie en matière juridique, présidée par le Professeur F. Terré, *Les Annonces de la Seine*, 2008, n° 20, p. 4.

¹⁰⁴ On observe en effet des manifestations de la *soft law* en droit interne ou européen (v. Conseil d'État, *Le droit souple*, Etude annuelle 2013, n° 64, Paris, La Documentation Française, 2013, p. 64 (également disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000280/0000.pdf>) ; B. Lavergne, *op. cit.* note 102).

¹⁰⁵ Conseil d'État, *ibid.*, p. 21.

¹⁰⁶ P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, vol. 86, n° 1, 1982, pp. 5-47.

l'environnement (...). Mieux vaut, semble-t-il, réserver l'appellation de *soft law* aux règles peu contraignantes, car *les obligations pré-juridiques ne sont ni de la soft law ni de la hard law : elles ne sont tout simplement pas law du tout.* »¹⁰⁷

53. De nombreuses études et analyses ont contesté cette conception restrictive, qui confine tout un pan du droit international à la sphère de la non-juridicité. Il serait impossible d'en rendre compte ici d'une manière satisfaisante ; aussi faut-il se résigner à en dresser un tableau rapide et superficiel. Nombre de ces études se concentrent sur la conceptualisation de la « norme », en tant qu'unité primaire, cellule souche du Droit. Elles soulignent le fait que l'obligatoire n'est pas le seul mode de régulation des rapports sociaux¹⁰⁸, et que les régulations à travers des instruments non obligatoires appartiennent à la sphère du juridique. Ainsi, dans l'introduction d'un monumental recueil d'articles transdisciplinaires consacrés à la force normative¹⁰⁹, Catherine Thibierge relève-t-elle que :

« l'adjectif [normative] revêt au moins deux sens possibles. Et selon qu'on choisit l'un ou l'autre sens, le sujet de la 'force normative' s'en trouve compris différemment. Soit 'normatif' est entendu comme synonyme d'obligatoire. Ce qui est assez usuel dans le langage courant et dans celui des juristes. Soit 'normatif' est pris dans un sens plus large. Et cela, il est possible de le faire intuitivement ou étymologiquement. En ce dernier cas, l'adjectif nous invite à remonter aux origines du terme norme, et donc à la *norma*, équerre en forme de T bien connue des architectes. Au sens concret du terme, la *norma* est donc un *instrument de référence*, un modèle ou un guide pour tracer des lignes, droites ou perpendiculaires. Cette signification se transpose sans peine à l'abstrait, où la norme permet de tracer des lignes de conduite, ou plus largement des lignes pour l'action. Chacun de ces deux sens de l'adjectif amène à un sens particulier de la 'force normative'. Dans le premier sens, force normative signifierait '*force obligatoire*', alors que dans le second sens, plus large, elle serait synonyme de '*force*

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 8-9 (nous soulignons).

¹⁰⁸ Le rapport 2013 du Conseil d'État français identifie par ailleurs les raisons de l'omniprésence de la *soft law* dans la structure propre de l'ordre international : « Au-delà de ces manifestations anciennes, l'émergence du concept de droit souple en droit international s'explique sans doute aussi par les caractéristiques inhérentes à ce droit. Il n'existe pas en effet dans la société internationale d'autorité centrale susceptible d'imposer sa volonté. Les attributs de l'obligation et de la sanction, caractéristiques du droit dur, ne se présentent donc pas dans les mêmes termes qu'en droit interne. (...) Face à la difficulté de créer des obligations et de sanctionner de manière effective leur violation, on comprend aisément l'intérêt du droit souple dans les relations internationales : l'avantage représenté par la possibilité d'imposer de manière contraignante le respect du droit dur pouvant être assez théorique, il est plus facile d'y renoncer et de bénéficier en contrepartie des facilités d'élaboration du droit souple. En droit international plus encore que dans les autres branches du droit, l'application effective d'un instrument juridique ne dépend guère de son appartenance au droit dur ou au droit souple, comme on le verra plus longuement dans la deuxième partie. » (Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, note 104, p. 24).

¹⁰⁹ L'étude relève que « la 'force juridique' n'est pas définie dans la littérature juridique ; (...) dans les rares cas où elle est employée en doctrine, elle voisine avec d'autres, tenues pour plus ou moins équivalentes, telles que 'caractère normatif', 'autorité juridique', 'valeur juridique', 'valeur normative', 'portée normative', ou encore 'force juridique'. » (C. Thibierge, « Introduction » in C. Thibierge *et al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 35, notes de bas de page omises). Dans le cadre de cette étude, certaines de ses expressions sont utilisées avec des nuances différentes (v. *infra*, par. 91).

de référence', de modèle ou de guide, ce qui s'avère bien plus accueillant et inclusif. »¹¹⁰

Le parti pris de l'ouvrage, fondé plus sur l'observation empirique que sur la raison étymologique, est décidément en faveur de la conception large de la force normative¹¹¹.

54. Cette conception large de la norme trouve droit de cité en droit international :

« *A norm is a community standard that aims to guide or influence behavior – traditionally, the behavior of states, but also, more recently, the behavior of international institutions and private actors. (...) A norm thus depends on actors having (...) an internal point of view, or critical reflective attitude, accepting the norm as a guide to their own conduct and as a basis for evaluating the actions of others.* »¹¹²

55. Cette dernière définition met toutefois en exergue une dimension supplémentaire de la normativité de la *soft law*, basée sur l'adhésion de l'*homo juridicus*. À ce sujet, les approches post-modernes de la normativité postulent que la dichotomie entre actes obligatoires et non obligatoires n'est plus le critère décisif de l'existence d'une règle de droit¹¹³. Dans cette perspective, l'effectivité d'un acte ou d'une catégorie d'actes devient la jauge de leur force normative : si les destinataires suivent ses prescriptions, c'est que l'acte bénéficie d'une force normative certaine, conclut-on. L'adhésion à la norme (*commitment*) – un concept distinct du sentiment de l'obligation (*opinio juris*) – devient le critère moderne de la normativité¹¹⁴. Son corollaire, le respect de la norme (*compliance*) par ses destinataires (parfois même plus largement, par des acteurs du monde international), représente un test décisif de l'effectivité et même de l'existence de la norme juridique. Cette approche conduit ultimement à rejeter la pertinence de la classification du droit international en fonction des sources formelles et, en se

¹¹⁰ C. Thibierge, *ibid.*, p. 42, notes de bas de page omises (italiques dans l'original).

¹¹¹ V. *inter alia*, P. Amselek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques » in C. Thibierge *et al.* (dir.), *op.cit.*, note 109, p. 7 et C. Thibierge, « Conclusion », in *ibid.*, p. 816.

¹¹² D. Bodansky, *op. cit.*, note 95, p. 123, note de bas de page omise. V. aussi A. Pellet, « Le bon droit et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international) », *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, 1984, pp. 465-493, reproduit in A. Pellet, *Le Droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, pp. 183-209.)

¹¹³ B. Kingsbury, « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », in E. B. Weiss (dir.), *International Compliance with Non-binding Accords*, Washington, ASIL, 1997, pp. 49-80. Même approche in M. Goldmann, « Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority », *German Law Journal*, vol. 9, no. 11, 2008, pp. 1865-1908.

¹¹⁴ V. D. Shelton (dir.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford, OUP, 2003, 560 p.

focalisant sur l'effectivité des normes, la distinction entre les actes formellement obligatoires et les actes recommandatoires¹¹⁵.

56. Ce critère à rebours est toutefois impraticable du point de vue du juge interne. Celui-ci ne se demande pas s'il doit suivre ou non les prescriptions d'un acte, mais si cet acte prévoit une norme applicable à l'espèce qu'il doit trancher ou dont il doit autrement tenir compte dans son office. Parfois, il peut être amené à apprécier la légalité d'un acte interne qui ne respecte pas lesdites prescriptions ou la licéité d'un comportement du destinataire de l'acte qui n'y est pas conforme. Il va de soi que le juge interne ne saurait, dans ces hypothèses, s'appuyer sur le respect de la règle de droit (*compliance*) pour apprécier sa force normative. Il est d'abord très mal outillé pour le faire. Dans l'ordre interne, on analyse le respect d'une norme sur un plan individuel, en ce sens que l'on s'interroge sur la conformité de certains comportements d'un seul sujet, pour pouvoir ou non apposer ensuite le sceau de la conformité. En revanche, lorsque le respect devient un paramètre pour l'appréciation de la normativité, comme cela peut être le cas sur le plan international (pour la coutume et les normes de *soft law*), il s'agit de sonder les comportements et les attitudes d'une multitude de sujets, le plus souvent étatiques, de préférence représentatifs d'une universalité vers laquelle la norme elle-même tend. D'évidence, le juge interne, même lorsqu'il n'est pas partisan de l'isolationnisme, est mal équipé pour porter un jugement de ce genre.

57. Son raisonnement se tourne nécessairement vers les origines de l'acte et non pas vers sa mise en œuvre. C'est en examinant les conditions de naissance d'un acte que le juge répond à la question relative à sa force normative. Le juge va toujours réfléchir, en bon positiviste, en termes de sources de droit et tentera de déterminer si un acte a accédé à la normativité par le biais de ces sources. Ce qui ne veut pas dire que les sources du droit international se résument à celles qui engendrent du droit obligatoire. Le droit dérivé recommandatoire appartient à la même source formelle – le droit institutionnel – dont la normativité se décline par degrés¹¹⁶. Il n'en reste pas moins que l'identification de la catégorie

¹¹⁵ V. O. Schachter, « Towards a Theory of International Obligation », in S. Schwebel (dir.), *op. cit.* note 9, pp. 9-31 ; K. W. Abbott *et al.*, « The Concept of Legalization », *International Organization*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 401-419 ; V. *inter alia*, H. G. Cohen, qui met l'accent sur le processus d'adhésion: « A new doctrine of sources would focus on the processes by which rules come to be internalized by international actors. » (« Finding International Law : Rethinking the Doctrine of Sources », *Iowa Law Review*, vol. 93 n° 1, 2007, p. 71).

¹¹⁶ V. la discussion *infra*, pars. 61-66.

même du droit souple implique « notamment de dire (...) en quoi il se distingue à la fois du droit dur »¹¹⁷. Cette approche classique n'exclut pas des innovations dans le raisonnement¹¹⁸.

b) Les fonctions du droit souple dans le raisonnement judiciaire

58. L'Étude 2013 du Conseil d'État français synthétise les fonctions du droit souple autour de deux pôles : « [il] raccompagne l'interprétation du droit dur, ou en précède et influence l'adoption »¹¹⁹. C'est donc à travers l'interaction avec le droit dur que le juge définit la force normative du droit souple. Pour autant que le droit institutionnel est concerné, cette interaction exige de situer le droit dérivé dans le cadre d'un processus normatif, où trouvent leur place l'ensemble des phénomènes qui « exercent une influence sur le droit et participent de son évolution, de son mouvement »¹²⁰. La vision dynamique de la normativité s'impose comme un impératif d'analyse.

59. Comme le soulignait Krzysztof Skubiszewski, une étude de la normativité du droit institutionnel non obligatoire requiert « *to bring into focus the norm-stating and the norm-creating effect of the resolutions* »¹²¹. Par ailleurs, la variété du contenu normatif des actes institutionnels se reflète dans la diversité des formes de prise en considération, notamment par le juge interne. En effet, les actes institutionnels, « loin de se limiter à créer des obligations [...] peuvent avoir de nombreux autres effets : créer des droits, accorder des autorisations, attribuer des statuts, confirmer un état de droit déjà établi ou, au contraire, y mettre fin ou le modifier etc. Ce qui est en cause, à propos d'un texte juridique, c'est son aptitude à produire valablement des effets, de telle sorte qu'ils pénètrent effectivement dans l'ordonnement

¹¹⁷ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, note 104, p. 21.

¹¹⁸ Du reste, la jurisprudence internationale, comme interne, a ouvertement reconnu que la *soft law* revêt les caractères de la juridicité, et que c'est à titre normatif qu'elle est prise en considération par le juge. Ainsi, au sujet des résolutions de l'Assemblée générale, la CIJ estimait que « même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent avoir une valeur normative » (CIJ, avis consultatif du 8 juil. 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.* 1996, p. 254, par. 70 (nous soulignons). Le Conseil constitutionnel français a considéré, à propos d'une déclaration interprétative unilatérale de la France à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, qu'elle « n'a d'autre force normative que de constituer un instrument en rapport avec le traité et concourant, en cas de litige, à son interprétation. » (France, Conseil constitutionnel, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, *décision* n° 99-412 DC, 4^e considérant (nous soulignons).

¹¹⁹ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, note 104, p. 27.

¹²⁰ C. Thibierge, « Introduction », in C. Thibierge *et al.* (dir.), *op.cit.*, note 109, p. 43.

¹²¹ K. Skubiszewski, « The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-Contractual Instruments Having a Normative Function or Objective », 30^{ème} Commission, Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, *Provisional Report*, 21 juil. 1979, *Ann. I.D.I.*, vol. 61 (Session d'Helsinki), t. II, 1985, p. 87.

juridique. Par conséquent, il faudrait plutôt parler des effets de droit produits par les résolutions ou, dans le même sens, de leur valeur ou de leur force juridique »¹²².

60. Finalement, ces manifestations interdépendantes du droit dur et du droit souple confirment « qu'il existe une échelle de 'normativité graduée', (...) [ce qui] est un autre indice de la communauté de nature entre ces deux catégories. Le droit souple, s'il ne crée pas d'obligations par lui-même, a une certaine propension à produire indirectement des effets de droit »¹²³. Partant, certains chapitres de cette étude portent sur les mécanismes par le biais desquels la *soft law* pénètre dans les ordres juridiques internes et sur les fonctions judiciaires qui lui ont été reconnues.

3. *Le droit institutionnel et la problématique des sources formelles*

61. Il reste à préciser si le droit institutionnel constitue une source formelle du droit international. Pour reprendre la formule du Professeur Georges Abi-Saab, il faut déterminer

« si le droit international reconnaît les actes unilatéraux comme méthode, procédé ou moyen spécial de production normative, et par conséquent s'ils constituent une source formelle à l'instar des trois premières sources de l'article 38, paragraphe 1.

Pour répondre à cette question, nous devons vérifier si les actes unilatéraux suffisent en eux-mêmes pour produire l'effet juridique voulu (...). Dans quelle mesure [l]es exigences 'd'autosuffisance' et 'd'autonomie' sont-elles remplies dans les types d'actes unilatéraux les plus courants qui portent une signification et des conséquences juridiques plus ou moins grandes ? »¹²⁴

¹²² M. Virally, *op. cit.*, note 73, p. 300. V. aussi K. Skubiszewski, « The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-Contractual Instruments Having a Normative Function or Objective, Resolutions of the General Assembly of the United Nations, Definitive Report and Draft Resolution », *Ann. I.D.I.*, vol. 61, t. I, 1984 p. 310.

¹²³ Conseil d'État, *Droit souple, op. cit.*, note 104, pp. 56-57. Dans le même sens, D. Shelton souligne que « *The reality seems to be a dynamic interplay between soft and hard obligations similar to that which exists between international and national law. In fact, it is hard to find soft law standing in isolation; instead, it is used most frequently either as a precursor to hard law or as a supplement to a hard law instrument. Soft law instruments often serve to allow treaty parties to authoritatively resolve ambiguities in a binding text or fill gaps.* » (« International Law and 'Relative Normativity' », in M. Evans (dir.), *International Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2010, p. 181).

¹²⁴ G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1996, p. 192. De nombreux auteurs fournissent d'emblée une réponse positive : P. Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. I, 1^{ère} partie, Paris, Rousseau et cie, 1922, p. 48, également disponible sur internet : <http://gallica.bnf.fr/> ; H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, pp. 365 et s. ; P. Reuter, *Droit international public, op. cit.*, note 74 ; même auteur, « Organisations internationales et évolution du droit », in *L'évolution du droit international public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 452 ; A. J. P. Tammes, *Decisions of International Organs as a Source of International Law*, *RCADI*, vol. 94, 1958, pp. 265-284 ; K. Skubiszewski, « Enactment of Law by International Organizations », *BYIL*, vol. 41, 1965-1966, p. 245 ; M. Virally, « Les actes unilatéraux des organisations internationales », in M. Bedjaoui (dir.), *Droit international : bilan et perspectives*, tome 1, Paris, Pedone, 1991, pp. 253-276 ; C. Economidès, « Les actes institutionnels internationaux ... », *op. cit.*, note 127.

62. L'étude de la jurisprudence, même interne, offre des pistes pour répondre à ces interrogations. En effet, l'acte institutionnel apparaît comme une source à la fois autonome et dérivée du droit international. Autonome car émancipée du consentement étatique comme fondement de sa normativité¹²⁵ ; autonome en raison de la spécificité de ses modalités d'adoption ; autonome aussi en ce qu'elle engendre des effets juridiques propres, du fait même de l'entrée en vigueur de l'acte. En outre, l'acte institutionnel obligatoire est source immédiate de droits et d'obligations (même souples) pour les sujets auxquels il est opposable.

63. Le droit institutionnel est, en même temps, une source dérivée ou « au second degré, car relevant d'un ordre juridique dérivé lui aussi, celui de l'organisation internationale en question »¹²⁶. C'est une source dérivée car l'existence, l'étendue et la consistance de ses effets juridiques sont organisées par le traité constitutif. C'est aussi valable pour les actes obligatoires et recommandatoires. Il est vrai que le traité constitutif organise rarement les effets juridiques du droit recommandatoire, en tout cas pas au-delà de l'obligation générale de coopération entre l'organisation et ses membres, en vue de réaliser les buts du traité constitutif. Mais les effets juridiques des actes recommandatoires ne se limitent pas à cette obligation de coopération. Ils se révèlent encore plus prolifiques lorsque l'acte institutionnel interagit avec les autres sources du droit international. Dans ce cas, ces effets sont régis par divers principes du droit international général.

64. Du point de vue du juge, les actes institutionnels peuvent relever des « moyens auxiliaires » de détermination des règles de droit¹²⁷, qu'ils aient suivi ou même précédé l'adoption du droit dur. Ainsi, s'ils sont pris en compte à titre de travaux préparatoires d'une convention, ils restent néanmoins un « moyen auxiliaire » de détermination du sens de la règle obligatoire. C'est d'ailleurs en tant que « moyen auxiliaire » que le droit institutionnel a été mentionné durant les phases préparatoires du Statut de la CIJ¹²⁸. De son côté, Hart – en se focalisant sur la mission du juge – les avait identifiées comme des sources facultatives du raisonnement judiciaire :

« Lorsque [le juge] estime qu'il n'y a pas de loi ou d'autre source formelle du droit qui permette de trancher le litige dont il est saisi, il peut fonder sa décision par exemple sur un texte du Digeste ou sur les écrits d'un juriste français [...]. Le système juridique

¹²⁵ V. *supra*, pars. 40 et s.

¹²⁶ G. Abi-Saab, « Cours général... », *op. cit.*, note 124, p. 154.

¹²⁷ V. aussi C. Economidès, « Les actes institutionnels internationaux ... », *op. cit.*, note 127, pp. 140-142.

¹²⁸ V. S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Leiden, M. Nijhoff, 4^e éd., vol. III, 2006, p. 1552.

n'exige pas de lui qu'il utilise ces sources, mais on reconnaît qu'une telle attitude est parfaitement opportune. Il s'agit, par conséquent, plus que de simples influences historiques ou causales, puisque l'on reconnaît que de tels écrits constituent de 'bonnes raisons' à l'appui des décisions. Peut-être pourrions-nous qualifier de telles sources juridiques de 'facultatives' pour les distinguer à la fois des sources juridiques 'impératives' ou formelles, telles que la loi, et des sources historiques ou matérielles. »¹²⁹

65. De la même manière, les moyens auxiliaires sont des « documentary 'sources' indicating where the Court [or another judge, for the matter] can find evidence of the existence of the rules it is bound to apply »¹³⁰. Cependant, les moyens auxiliaires ne relèvent pas d'un statut unique, bien au contraire¹³¹. Les différences sont tout aussi notables entre la jurisprudence et la doctrine, nommément identifiées par l'article 38, qu'entre ces dernières et le droit institutionnel recommandatoire. Ainsi, le droit institutionnel des organisations universelles s'inscrit-il plus naturellement que la jurisprudence, et *a fortiori* la doctrine, dans un ensemble normatif, de nature conventionnelle ou coutumière. Il peut être non seulement la preuve documentaire de la *lex lata* à un certain moment, mais aussi le germe de la *lex ferenda*. Par ailleurs, les organisations internationales étant des lieux permanents de développements normatifs, l'interaction du droit institutionnel avec les autres sources est systématique. En cela, il se distingue de la jurisprudence internationale, qui, dans l'ordre international, n'a rien de systématique, l'intervention du juge étant ponctuelle, car soumise au consentement des États. Les différences avec la doctrine publiciste sont encore plus évidentes : les organisations internationales sont investies d'un pouvoir normatif, qu'il soit *hard* ou *soft*. Leur force normative n'est nullement comparable à celle des publicistes, fussent-ils « les plus qualifiés », dont l'autorité est proportionnelle à la force de persuasion. La première est institutionnelle, et donc objective, en plus d'être collective et parfois universelle. La seconde est subjective et particulière.

66. Les actes institutionnels recommandatoires sont des sources facultatives, pour user de la terminologie hartienne, mais, à la différence du droit obligatoire, ils ne peuvent constituer

¹²⁹ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, pp. 310-311.

¹³⁰ A. Pellet, « Article 38 », in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat et K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2012, p. 854.

¹³¹ La réunion de la jurisprudence et de la doctrine dans un même ensemble a d'ailleurs été critiquée (v. notamment G. G. Fitzmaurice, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl présentées au Professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXX-ème anniversaire*, La Haye, M. Nijhoff, 1958, pp. 153, et 174-175). A. Pellet considère toutefois qu'elles remplissent la même fonction (A. Pellet, « Article 38 », *ibid.*, p. 854, par. 305).

pour autant une source autonome d'obligations internationales. Ils ne s'insèrent pas dans les vides juridiques – comme les principes généraux de droit par exemple. Dès lors, l'acte institutionnel recommandatoire ne peut constituer le fondement immédiat de la décision du juge interne. Il se greffe toujours sur une autre source, d'origine internationale le plus souvent, mais aussi interne. C'est donc à travers l'interaction avec ces autres sources que le droit institutionnel recommandatoire trouve sa force normative. Il y a là une raison fondamentale supplémentaire pour considérer la distinction entre le droit obligatoire et le droit recommandatoire comme opératoire, au sein même de la source institutionnelle. L'appréciation de la valeur obligatoire des actes institutionnels permet ainsi de distinguer entre une source principale et « un moyen auxiliaire de détermination des règles [du] droit ». En même temps, il faut se garder d'établir une séparation stricte entre les deux, non seulement en raison des interactions entre les sources, mais aussi parce que les incertitudes au sujet du caractère obligatoire ou non d'un acte conduisent les juges internes à reléguer bon nombre de ces instruments dans la catégorie de la *soft law*.

4. *La mise en perspective des rapports de systèmes*

67. Selon la formule synthétique de Carlo Santulli, « [d]ans le système interne moniste le droit international fait partie de l'ordre juridique interne dès son entrée en vigueur dans l'ordre juridique international ; dans le système dualiste la proposition internationale existera dans l'ordre juridique interne seulement lorsqu'elle sera reproduite par un acte interne »¹³². L'exigence d'un acte de réception formelle serait donc le signe de reconnaissance du dualisme. Dans cette perspective, même les systèmes « monistes » obéissent à cet impératif, à travers la règle constitutionnelle qui établit la place du droit international et en opère ainsi une réception globale¹³³. Pour reprendre le constat de Ronny Abraham, « [o]n raisonne ici dans le cadre des définitions probablement approximatives du monisme et du dualisme, mais habituellement reçues à des fins de simplification pédagogique »¹³⁴. Il est vrai que dans les manuels et les ouvrages collectifs qui traitent du droit international dans les ordres internes, la catégorisation de l'ordre étatique comme moniste ou dualiste est un passage obligé. La distinction monisme/ dualisme cache d'ailleurs le plus souvent une catégorisation pédagogique, créée, de plus, pour rendre compte des modalités de réalisation interne d'une

¹³² C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 89.

¹³³ V. A. Pellet, « Vous avez dit 'monisme'? ... », *op. cit.*, note 59, pp. 827-857.

¹³⁴ R. Abraham, « L'articulation du droit interne et du droit international », *op. cit.*, note 5, p. 260.

seule des sources du droit international, la source conventionnelle. Du reste, même dans ce cadre, le test de la réception globale ou spéciale n'est pas très fiable : à titre d'exemple, l'ordre juridique des États-Unis est classifié comme « moniste » par certains auteurs et « dualiste » par d'autres¹³⁵.

68. Au qualificatif « pédagogique », il faudrait par ailleurs ajouter l'adjectif « historique ». Éblouis par la rigueur logique des constructions doctrinales des grands maîtres, on occulte trop souvent les contextes historiques particuliers qui leur ont servi de toile de fond : l'unité allemande et le *Risorgimento* ne pouvaient être viables que si les entités assemblées dans les nouveaux États cessaient d'être des sujets de l'ordre international¹³⁶ ; d'où l'exigence inconditionnelle de la séparation des deux ordres pour Hans Triepel et Dionisio Anzilotti. La renaissance du monisme dans la période d'après-guerre n'est pas non plus due au hasard. En sondant la pensée kelsenienne, Gustav Adolf Walz rappelait que :

« Toujours, dans les périodes de perturbation et de tension internationales, la tendance de trouver un ordre commun à l'humanité tout entière a préoccupé les esprits. (...) En fait, les thèses monistes de l'après-guerre ne prirent pas naissance dans le domaine politique proprement dit et ne se présentèrent pas, par suite, sous forme de revendications politiques déterminées ; elles furent plutôt formulées à partir de postulats logiques ou de considérations psychologiques, et eurent pour fin de fournir un instrument d'analyse nouveau, applicable non seulement à la jurisprudence existante, mais encore à la situation politique. Il est hors de doute que la conception politique, venue de La Haye et de Genève, dans l'Europe en discorde, a joué un rôle prépondérant à l'arrière-plan. »¹³⁷

69. Monisme et dualisme sont donc des catégories conceptuelles ancrées dans l'histoire. Ce sont également des catégories qui se sont perpétuées dans la durée, car la pensée des grands maîtres a eu, pendant un moment, une influence presque dogmatique sur la pratique judiciaire interne. Le terme « historique » rend dès lors compte de la dimension traditionnelle

¹³⁵ Il est qualifié de « moniste » par K. J. Keith, « International Law is Part of the Law of the Land : True or False ? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, n° 2, 2013, pp. 173-174 ; et de « dualiste » par C. Santulli, *op. cit.*, note 14 p. 228.

¹³⁶ V. en ce sens E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie des fédérations d'États », *RCADI*, vol. 294, 2002, p. 52 (à propos de Triepel) ; v. aussi J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestion, 8^e éd., 2008, p. 184 – sous « Schéma théoriques. Dualisme », ou encore R. Rivier, « Les maîtres 'dualistes' et la Cour européenne des droits de l'homme, quel lien de filiation ? À propos du dualisme des 'origines', de ses dérivés et de ses applications », in *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, M. Nijhoff, 2014, pp. 325-332 en particulier.

¹³⁷ G. A. Walz, « Les rapports du droit international et du droit interne », *RCADI*, vol. 61, 1937, p. 391. Dans le même sens, B. Mirkine-Guetzevitch, « Droit international et droit constitutionnel », *RCADI*, vol. 38, 1931-IV, p. 307. De son côté, A. Casesse mettait en relief les soubassements axiologiques des deux théories : d'une part, le dualisme s'érige en rempart à l'encontre d'un droit international qui peut se muer en un instrument hégémonique, alors que le monisme promeut le pacifisme et l'universalisme (v. *International Law*, Oxford, OUP, 2001, pp. 162-165).

de cette dichotomie. Les rapports de systèmes sont en effet un domaine où les traditions ont la peau dure. Malgré une tendance à l'harmonisation des concepts et des vocables¹³⁸, cette tradition laisse encore son empreinte dans le raisonnement judiciaire et doctrinal. C'est donc pour rendre compte à la fois de la démarche judiciaire, qui rend au César de la tradition ce qui lui appartient, et de la représentation qu'une partie de la doctrine en a fait, que sont utilisées parfois des expressions comme « États de tradition moniste ou dualiste » ou encore « États dits 'monistes' ou 'dualistes' »¹³⁹.

70. Force est néanmoins de constater que la permanence de cette distinction est de plus en plus remise en cause comme cadre analytique, tant elle « donne le sentiment d'une sorte d'enfermement intellectuel »¹⁴⁰. Une partie de la doctrine s'efforce ainsi de « sortir de l'irritante alternative dualisme/monisme »¹⁴¹, qui « a structuré la pensée des rapports entre le droit international et le droit interne en même temps qu'elle a fini par la piéger »¹⁴². Pour ne donner qu'un exemple récent, dans son *Cours général* à l'Académie de La Haye, James Crawford mettait en exergue le fait que :

*« international law is not well suited to such binary classifications, despite their academic popularity. The misleading terms 'monism' and 'dualism' are more appropriately framed as the ends of a continuum of domestic legal structuring, with much variation in between. Classifying a state's constitutional design as either monist or dualist is not so much an exercise in absolutes as a matter of degree. »*¹⁴³

¹³⁸ Les systèmes « monistes » se réfèrent de plus en plus à l'incorporation ou à la réception, alors que les systèmes « dualistes » ont intégré à un certain degré la théorie de l'effet direct.

¹³⁹ R. Higgins souligne la force, mais également les limites de cette catégorisation : « *It is thus a truism to say that the monist-dualist dichotomy necessarily influences the way national courts treat issues of international law. But it is also an overstatement. It is an overstatement for two reasons: first, notwithstanding the potential of a monist State for easy receipt of international law into the domestic system, without further domestic enactment being necessary, there still remains the question of how familiar the judges are, even within that monist legal system, with the substance of international law. If counsel and the bench are not readily conversant with international legal issues, indeed if they do not immediately see whether there is an international law issue within the ostensibly domestic case, then the judgment will still be essentially insular. Conversely, although dualism presents certain hurdles to the easy receipt of international law, a great deal can still be achieved if there is the institutional and moral desire to do so. And that is a matter of legal culture.* » (« Dualism in the Face of a Changing Legal Culture », in M. Andenas, D. Fairgrieve (dir.), *Judicial Review in International Perspective: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, La Haye, Kluwer Law International, vol. II, 2000, pp. 10-11).

¹⁴⁰ D. Alland, *Anzilotti et le droit international public*, *op. cit.*, note 59, p. 82.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁴² *Ibid.*, p. 83.

¹⁴³ J. Crawford, « Chance, Order, Change... », *op. cit.*, note 5, p. 164, par. 269. Michel Virally avait montré la voie du pragmatisme dans son célèbre article, « Sur un pont aux ânes... » et d'illustres auteurs lui ont emboîté le pas depuis (v. R. Higgins, « Dualism in the Face of a Changing Legal Culture », *op. cit.*, note 139 ; Le juge Keith disait, avec un franc-parler désarmant : « *I now turn to (...) the conflicting theories about monism and dualism, incorporation and transformation, whether international law is a part of the law of the land or merely one of its sources (...). I have almost nothing to say about those theories mainly because (...) I do not find them useful.* » (K. J. Keith, *op. cit.*, note 135, pp. 351-368).

71. Penser d'une autre manière les rapports de systèmes s'avère nécessaire et nombre d'auteurs s'y emploient. Les réflexions mettent l'accent sur l'ouverture à l'ordre international des ordres juridiques internes¹⁴⁴ et sur les mécanismes de reconnaissance des sources du premier dans les secondes. Faute de pouvoir résumer ici l'ensemble des réflexions, on se contente de rappeler le plaidoyer convaincant de Harold Koh en faveur d'une approche apaisée des rapports de systèmes, selon laquelle le traitement interne du droit international relève de sa *domestication* :

« *Virtually all legal systems identify one or more mechanisms through which executive, legislative, and judicial institutions may domesticate international norms.* »¹⁴⁵

Pour Harold Koh, la *domestication* est synonyme d'*internalisation*, mot polysémique qui renvoie à la fois au fait qu'une norme est intégrée comme un référent de conduite (forme d'intériorisation qui s'apparente à l'*opinio juris sive necessitatis*¹⁴⁶), mais aussi à son incorporation dans l'ordre interne :

« *Legal internalization occurs when an international norm is incorporated into the domestic legal system and becomes domestic law through executive action, legislative action, judicial interpretation, or some combination of the three.* »¹⁴⁷

72. La même recherche d'ouverture est prônée par Andreas Paulus :

« *Maybe it is possible, however, to transcend the debate between monism and dualism by a recognition of the pluralism and diversity of legal systems. This recognition also extends to different legal régimes within international law itself. The question of openness or closeness of a legal system cannot, in practice, be decided in a clear-cut fashion.* »¹⁴⁸

73. Pour donner consistance à cet esprit d'ouverture, encore faut-il mettre en évidence les mécanismes de coordination entre les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international, tels qu'ils sont souvent conçus par les premiers. Le paradigme dominant est

¹⁴⁴ On a ainsi souligné, à juste titre, que « le monisme et le dualisme sont deux théories générales au sein desquelles les relations entre ordres juridiques sont proprement inconcevables. Dans le monisme, il n'y a pas de relations entre ordres juridiques car il n'y a qu'un seul ordre juridique. Et dans le dualisme, il y a certes une pluralité d'ordres juridiques, mais l'étanchéité absolue que cette théorie leur impose par une sorte de nécessité logique les empêche d'être en relations. » (D. Boden, « Le pluralisme juridique en droit international privé. », *Archives de philosophie du droit*, vol. 49, 2006, p. 279).

¹⁴⁵ H. H. Koh, « Bringing International Law Home », *Houston Law Review*, vol. 35, 1998, pp. 642-643.

¹⁴⁶ « *First, there is a shift from the external to the internal. We witness an increase in the degree of norm-internalization, or the actor's internal acceptance of the rule as a guide for behaviour.* ». *Ibid.*, p. 628.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 641.

¹⁴⁸ A. L. Paulus, « The Emergence of the International Community and the Divide Between International and Domestic Law », in J. E. Nijman et A. Nollkaemper (dir.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford, OUP, 2007, p. 228.

celui des rapports entre ordres juridiques coordonnés (et non intégrés). Il a été conceptualisé, entre autres, par Michel Virally, qui écrivait :

« Le droit de coordination n'oppose qu'un obstacle relativement faible à la tendance à l'autonomie qui peut se manifester au sein des ordres coordonnés. Par définition, ses dispositions ne sont pas immédiatement applicables en droit interne ; elles doivent être reprises et introduites par une source de droit interne (...). L'obligation que comporte le droit de coordination porte seulement sur ces mesures d'introduction, qui doivent être prises s'il l'ordonne. (...) Il est vrai que la coordination des ordres juridiques ne permet pas de réduire leur pluralisme à l'unité d'un ordre supérieur. Elle superpose seulement (...) à des ordres juridiques bénéficiant d'une 'auto-validité', c'est-à-dire trouvant en eux-mêmes le principe de leur validité, un ordre qui leur est supérieur par fonction, puisqu'il régit leur relation réciproques, mais qui leur reste extérieur. »¹⁴⁹

74. La proposition fondamentale qui s'en dégage est celle de la reconnaissance générale de l'ordre juridique international par l'ordre juridique interne. Santi Romano avait expliqué ainsi cette règle de reconnaissance réciproque (qu'il appelait également « *relevance* ») entre les ordres juridiques :

« Il est exact que dans un ordre originaire donné, les normes d'un autre ordre ne peuvent valoir qu'en vertu des normes du premier ; en revanche, il nous paraît inexact de dire que tout ordre ne considère comme juridiques que ses propres normes et regarde comme irrelevantes toutes les autres en tant que telles ; cela n'est pas seulement arbitraire, mais est contraire à la réalité. Le principe que tout ordre originaire est exclusif doit s'entendre en ce sens qu'il *peut*, mais non qu'il *doit nécessairement* nier la valeur juridique de tout autre. (...) En d'autres termes, un ordre peut en ignorer ou aussi en nier un autre ; il peut le prendre en considération en lui attribuant un caractère différent de celui qu'il s'attribue à lui-même et lui est par conséquent loisible de le considérer comme un pur fait ; mais on ne voit pourquoi il ne pourrait pas le reconnaître comme un ordre juridique, ne fût-ce que dans une certaine mesure, pour certains effets et avec les qualités qu'il peut juger opportun de lui conférer. Même, il faut observer que pour lui conférer celles-ci – qu'éventuellement l'ordre concerné ne se donne pas lui-même – il est parfois nécessaire de le reconnaître comme ordre juridique et non comme un simple fait. »¹⁵⁰

75. Étudier les rapports de systèmes sous l'angle de la coordination des ordres juridiques implique d'identifier les principes qui traduisent la relation de reconnaissance. Ces principes peuvent concerner les conditions posées par l'ordre interne à la reconnaissance d'une certaine source (voire de certaines catégories d'actes à l'intérieur d'une source donnée). Ce sont surtout les conditions de réception, autrement dit d'incorporation des actes internationaux dans l'ordre interne qui relèvent de cette catégorie. Mais les principes de reconnaissance

¹⁴⁹ M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, Université Panthéon-Assas, Collection Les introuvables, 2010, p. 207.

On retrouve un plaidoyer similaire dans G. Sperdutti, « Dualism and Monism : a Confrontation to be Overcome », *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 3, 1977, p. 49.

¹⁵⁰ S. Romano, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, note 69, p. 107 (italiques dans l'original).

s'articulent également en tant que limites, notamment en raison de leur compatibilité avec des valeurs fondamentales de l'ordre de réception. L'approche fondée sur la reconnaissance permet en outre de mettre en évidence les mécanismes de prise en compte des sources internationales par les juges internes, mécanismes qui ne sont pas dépendants de l'incorporation.

76. L'étude sous l'angle de la reconnaissance rend par ailleurs compte du fait que l'incorporation ne vaut pas transformation de la norme internationale en norme interne¹⁵¹, et ce, pour deux raisons : d'abord, la force normative du droit institutionnel est définie par le droit international. Dès lors, les ordres internes abandonnent la prétention de conférer d'une manière absolue la juridicité des normes internationales par le biais de la règle de réception. Ensuite, l'origine internationale de la norme se reflète dans l'interprétation des actes correspondants d'incorporation. Et même s'il n'est pas être intégré à l'ordre juridique interne, l'acte institutionnel fait partie du contexte pertinent pour l'appréciation de la portée juridique de l'acte interne.

77. La pratique montre que la reconnaissance n'est ni inconditionnelle ni absolue, mais, au contraire, doublement contingente : elle varie à la fois dans le temps et dans l'espace, mais aussi en fonction de la source formelle¹⁵². Déterminer l'efficacité interne du droit institutionnel revient alors à préciser les mécanismes qui permettent à cette source d'être reconnue dans l'ordre interne, tout en prenant la mesure de ces contingences.

78. La reconnaissance est non seulement contingente, mais aussi souple : elle permet à l'ordre interne, souvent par la voix du juge, de garder un contrôle circonstancié sur l'application ou la prise en considération de la norme institutionnelle. Si certaines des conditions de reconnaissance ne sont pas remplies, le juge n'est pas obligé pour autant d'écarter la norme internationale. Il peut laisser persister certains de ses effets, comme il peut en moduler la teneur (par exemple, en l'interprétant d'une manière compatible avec les valeurs fondamentales du for). Une approche des rapports de systèmes fondée sur la

¹⁵¹ En sens contraire, v. entre autre D. Alland qui propose de parler de « droit interne d'origine internationale » (« Le juge français et le droit d'origine internationale », in P.-M. Dupuy (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Éditions Panthéon Assas, 2001, p. 48).

¹⁵² Cette contingence est bien connue en droit international privé, où les normes d'un ordre étatique tiers sont reconnues, mais à un certain degré, dans l'ordre du for. P. Mayer décrivait les modalités de cette reconnaissance comme des mécanismes de coordination des ordres juridiques (« Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2007, spéc. pp. 115-118).

reconnaissance permet par ailleurs d’embrasser la variété de la force normative du droit dérivé et d’expliquer la prise en compte judiciaire de la *soft law*. Finalement, elle pousse à penser différemment la hiérarchie des normes. L’esprit positiviste – qu’il soit dualiste ou moniste – conçoit toujours les rapports hiérarchiques dans le cadre de la pyramide kelsenienne. L’esprit moniste forge une pyramide unique, avec le droit international – toutes sources confondues – à son sommet. L’esprit dualiste, quant à lui, pense les rapports hiérarchiques dans la pyramide interne des normes, où la Constitution se situe invariablement au sommet. Souvent, la règle de réception est également une règle de rangement hiérarchique. Ainsi le « ’droit international transposé’ aura le statut du texte national de transposition. Il aura valeur de loi, s’il est transposé par une loi, valeur de décret si c’est un décret qui en reproduit les termes, etc. En absence de cet acte de réception, les engagements internationaux ne peuvent pas être appliqués par les juridictions internes »¹⁵³. Sans remettre en cause la pérennité de cette conception, il faut néanmoins se demander si, à défaut d’incorporation automatique des actes institutionnels dans les ordres juridiques internes, et compte tenu de leur prise en considération, à divers titres, par les juge internes, cela n’entraîne pas l’apparition d’autres logiques, qui s’éloignent de la pensée normativiste dominante. Dans toutes ces hypothèses, on voit que la reconnaissance met le juge au centre des rapports de systèmes. Ainsi convient-il d’aborder enfin la question de son office.

5. *L’office du juge*

79. Il est proprement impossible de comprendre les décisions internes relatives au droit institutionnel si l’on confine le juge à un rôle effacé de « légidiction mécanique »¹⁵⁴. Dans tous les systèmes juridiques, l’office du juge « ne peut se réduire à un organe inerte du système juridique, à une simple courroie de transmission de règles abstraites, préétablies et statiques à des cas particuliers. Il faut lui reconnaître un *rôle de véritable acteur du système juridique qui dispose d’un certain pouvoir créateur de droit, doté d’une véritable responsabilité dans l’évolution du droit positif* »¹⁵⁵.

80. L’interprétation des règles applicables ou pertinentes pour la solution de l’affaire qui lui est soumise constitue l’outil privilégié, voire unique, dont le juge dispose et à travers lequel il peut s’affirmer comme acteur du système juridique. Les théories de l’interprétation

¹⁵³ C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, note 14, p. 228.

¹⁵⁴ J.-L. Bergel, *op. cit.*, note 6, p. 13 (nous soulignons).

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 13.

sont par conséquent importantes pour la compréhension de l'acte de juger. Comme le souligne Michel Troper, « [d]eux théories s'opposent. Selon la première, [l'interprétation] est une fonction de la connaissance^[156] ; selon la seconde, dite *réaliste*, elle est une fonction de la volonté »¹⁵⁷. Denis Alland détaille ainsi la teneur de cette dernière :

« [Elle] expose que le sens n'est pas dans les signes, mais dans l'interprétation que l'on en donne, et elle ajoute que le dégagement de ce sens n'est pas le fruit d'une activité de connaissance (laquelle permettrait, au terme d'une démonstration scientifique de découvrir le 'véritable' et unique sens du signe), mais d'un acte de volonté de l'interprète, d'une décision de sens qu'il prend. »¹⁵⁸

81. Admettre que le juge participe à la création du droit signifie se ranger, d'une certaine manière, à la théorie réaliste de l'interprétation. Dans l'acte de juger, le pouvoir créateur ou la liberté d'interprétation au sens large, revêt plusieurs manifestations. Pour reprendre l'analyse de Guy Canivet :

« Dire le droit est la fonction primaire du jugement [*juris dictio*]. Elle en divise la réalisation en stances séparées : identifier la règle pertinente, la situer dans l'ordre juridique, l'interpréter, examine ses conditions de mise en œuvre et décider de son effet sur la situation de fait établie. Chacune de ces étapes impose un travail sur la normativité : situation de la règle dans le temps et dans l'espace, valeur dans l'ordre juridique international, supranational, national, effet direct, vertical ou horizontal, champ d'application général ou spécial, portée générale ou dérogatoire, mode impératif ou incitatif, fonction directive ou interprétative, énoncé général ou individuel, sens clair ou obscur, univoque ou équivoque, formulation simple ou complexe, origine étatique, professionnelle ou contractuelle... *La règle est pesée en fonction de son aptitude plus ou moins grande à déterminer immédiatement et/ ou directement la solution. Au-delà de son contenu littéral, c'est le juge qui en consacre le degré de normativité.* »¹⁵⁹

82. En contact avec le droit institutionnel, la liberté du juge se révèle à plusieurs niveaux :

- au niveau de la détermination de la force normative : le juge participe à cette alchimie, c'est un acteur, une étape importante de la réalisation de la normativité. On le constate dans la phase de détermination de la valeur obligatoire d'un acte institutionnel (ne fût-ce que d'une manière négative, si le juge refuse de se prononcer à ce sujet, ou même s'il se trompe simplement), mais aussi, et d'une

¹⁵⁶ Selon la formule de H. Kelsen, « on entend par 'interprétation' la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter » (*Théorie pure du droit*, trad. de la 2^e éd. Par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, rééd. LGDJ, 1999, p. 457).

¹⁵⁷ M. Troper, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., note 19, p. 843.

¹⁵⁸ D. Alland, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, vol. 55, 2012, pp. 86-87.

¹⁵⁹ G. Canivet, « Le juge et la force normative », in C. Thibierge et al. (dir.), op.cit., note 109, p. 25 (nous soulignons).

manière encore plus importante, lorsqu'il assigne (ou reconnaît) des fonctions au droit institutionnel souple¹⁶⁰.

- au niveau de l'appréciation de l'effectivité du droit institutionnel, lorsqu'il dégage les conditions de reconnaissance de cette source dans les ordres internes, mais aussi lorsqu'il s'adonne à des formes de reconnaissance diluées, indépendantes de l'incorporation des normes institutionnelles dans les ordres internes ;
- lorsqu'il tranche des conflits, potentiels ou réels, entre des normes, dont l'une est de source institutionnelle. Les solutions trouvées sont souvent souples et indépendantes des règles de conflit postulées par la hiérarchie pyramidale des normes. Elles sont souvent tournées vers la défense des valeurs¹⁶¹ et conduisent à l'agrégation de nouvelles formes de hiérarchie.
- lorsqu'il se prononce sur la légalité des normes institutionnelles, alors que cette compétence n'est pas inscrite dans son office statutaire et peut d'ailleurs conduire à un conflit avec les organes politiques, au sens où ces derniers ont implicitement agréé la norme institutionnelle, en procédant par exemple à son incorporation.

83. On peut donc situer l'office du juge interne à l'égard des normes institutionnelles dans le cadre de la théorie réaliste de l'interprétation, avec une réserve importante toutefois. Selon Michel Troper, la vision réaliste s'explique par le fait que « [l]a liberté de l'interprète provient (...) de sa capacité de produire des interprétations sans appel, qui s'imposent même

¹⁶⁰ Comme l'expliquait Hart, dans des hypothèses où il fait appel aux sources auxiliaires (v. *supra*, pars. 64-66), « c'est encore bien plus qu'une liberté d'interprétation qui est laissée au juge. » (Hart, *op. cit.* note 129, p. 311).

¹⁶¹ Comme le souligne un rapport récent, « La doctrine française sur l'office du juge, en dépit des différentes écoles de pensée, se concentre sur son rapport au droit et n'aborde pas ses finalités extra-juridiques, à savoir la protection des libertés, la punition ou la vérité. C'est ce pas que nous voudrions franchir. La doctrine semble en effet bridée par le légicentrisme positiviste en postulant que la loi est la référence ultime, et qu'elle est stable. Pourtant, les juges font l'expérience inverse : ils doivent de plus en plus appliquer des principes (les libertés fondamentales telles qu'interprétées par la Convention européenne des droits de l'homme) ou des notions très générales (l'intérêt de l'enfant, la manifestation de la vérité, la dangerosité, la réinsertion, etc.). » (Collectif, « Introduction » in IHEH, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, mai 2013, p. 16, disponible en ligne : <http://www.ihej.org/la-prudence-et-lautorite-loffice-du-juge-au-xxie-siecle>).

lorsqu'elles vont contre la compréhension commune ou le langage ordinaire »¹⁶². La décision judiciaire est « infaillible parce qu'elle a le dernier mot »¹⁶³. Or, le juge interne, même suprême, n'a pas toujours le dernier mot au regard du traitement des normes institutionnelles (ou conventionnelles, d'ailleurs). Ses décisions sont sans appel lorsqu'il se prononce sur la force normative du droit souple, ou qu'il détermine les conditions internes de reconnaissance des normes institutionnelles, car celles-ci sont le fruit des prononcés jurisprudentiels. Mais il n'a pas le dernier mot lorsqu'il se prononce sur la valeur normative des actes, ou sur la légalité des normes institutionnelles, car sa position d'organe d'un État à qui la norme s'impose conduit à qualifier ces prononcés d'appréciations unilatérales, qui peuvent être contestées sur le plan international.

84. S'il est aussi libre, l'office du juge n'est-il pas porteur d'anarchie, de désagrégation à la fois de la règle de droit et de la séparation des pouvoirs ? C'est tout le sens du requisoire dressé par une partie de la doctrine à l'encontre de la théorie réaliste de l'interprétation¹⁶⁴. Le complément proposé par les tenants de la théorie réaliste, à travers la théorie des contraintes juridiques, explique que l'interprétation judiciaire ne devient pas pour autant un acte arbitraire, mais traduit simplement la participation du juge à la formation du droit, vue comme un processus¹⁶⁵ et non pas comme un tableau statique de normes, présenté comme les tables de la loi. Voici en quelques lignes les explications de Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper sur les raisons pour lesquelles la théorie des contraintes juridiques constitue un complément nécessaire à la théorie réaliste :

« Le recherche d'une théorie des contraintes juridiques part du présupposé que les acteurs du droit se comportent librement au sein du système juridique, lorsqu'ils décident d'accomplir des actes juridiques, en particulier lorsqu'ils produisent ou contribuent à produire des normes juridiques. (...) L'observation du droit positif montre que malgré cette liberté, les acteurs juridiques ne font pas tout ce qu'il leur est possible de faire, mais s'orientent vers un nombre restreint de solutions. (...) L'hypothèse principale de la présente recherche consiste à affirmer qu'en général ce resserrement n'est dû ni à des obligations juridiques au sens classique de ce terme, ni à une simple volonté d'auto-limitation d'un pouvoir discrétionnaire, mais qu'il est le produit de contraintes pesant sur l'acteur juridique. »¹⁶⁶

¹⁶² M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *Office du Juge.*, *op. cit.*, note 6, p. 31.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ V. les charges adressées par O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, pp. 279-334 et E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du Juge.*, *op. cit.*, note 6, pp. 42-147.

¹⁶⁵ V. A. Pellet, « Cours général... », *op. cit.*, note 93, pp. 121-137.

¹⁶⁶ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, Ch. Grzegorzczak et V. Champeil-Desplats (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2005, p. 11.

85. On le voit, les contraintes juridiques sont là pour expliquer la convergence des solutions, lorsque, à leurs bases, se trouve un choix de normes ou de valeurs. Les contraintes apparaissent alors comme des alliées incontournables de la sécurité juridique et de la cohérence de l'ordre juridique, étant entendu que la hiérarchie des normes ou la hiérarchie des pouvoirs n'assurent plus d'une manière exclusive l'accomplissement de ces deux impératifs¹⁶⁷. Dans ce cadre, la contrainte juridique est définie comme :

« une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère. En d'autres termes, la contrainte juridique est celle qui est produite par le droit et qui, contrairement à la conception traditionnelle, doit être perçue comme une contrainte de fait. »¹⁶⁸

86. Il en va de même dans les rapports de systèmes : la pyramide kelsénienne n'apparaît plus comme un paradigme suffisant pour expliquer l'efficacité des normes internationales (dont institutionnelles) dans les ordres internes, ni les solutions aux conflits normatifs qui apparaissent. Cependant, les solutions convergent, au sein même d'un ordre juridique, et même au-delà. Loin de se présenter comme une somme de choix arbitraires, les décisions judiciaires relatives aux normes institutionnelles s'accompagnent toujours d'un effort de justification, de légitimation, de conviction, et d'argumentation. C'est en saisissant les principes communs qui se dégagent de cet effort qu'on peut appréhender les formes que revêtent ici les contraintes juridiques.

87. Cette étude part ainsi du constat que :

« Il n'est pas possible de penser l'office du juge sans revenir au modèle politique tout entier dont il n'est qu'une pièce. Et c'est précisément cette part politique de l'activité du juge que la pensée positiviste ne veut pas considérer : *cette conception de l'office du juge semble être le fruit d'un immense effort pour ne pas penser la réalité de ce que font les juges.* (...) Les fictions positivistes agissent comme une théorie écran (...). Ce déni s'explique par la peur que si la loi ne guide pas le juge, c'est alors la porte ouverte à l'arbitraire, pire au 'gouvernement des juges'. Tout se passe comme s'il n'y avait pas d'autre alternative pensable qu'entre un juge entièrement corseté par la loi et un juge tout puissant et incontrôlable. »¹⁶⁹

¹⁶⁷ Encore que, dans ce contexte, on peut voir la conception pyramidale des normes comme un puissant élément de contrainte argumentative. Ainsi, pour prendre l'exemple de l'arrêt *Koné* (Conseil d'État, Ass., 3 juil. 1996, n° 169219, *Lebon*, p. 255), le juge administratif français a dû ériger le refus de l'extradition demandée dans un but politique au rang constitutionnel de principe fondamental reconnu par les lois de la République pour faire échec à l'application d'une convention d'extradition, donc à une autre règle de conflit qui fait primer les traités sur les lois, qu'il avait lui-même dégagé en 1989, avec l'arrêt *Nicolo* (v. en ce sens, l'analyse par V. Champeil-Desplats, « L'arrêt *Koné*, produit et source de contraintes », *in ibid.*, pp. 53-61).

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁹ Collectif, « Introduction », *op. cit.*, note 161, p. 16, note de bas de page omise.

88. La théorie réaliste de l'interprétation et son complément, la théorie des contraintes juridiques, démontrent que cette alternative existe. Aussi apportent-elles un cadre conceptuel plus adéquat pour la compréhension des décisions judiciaires relatives au droit institutionnel. En même temps, cette thèse n'est pas une étude sur l'interprétation : dès lors, ce cadre conceptuel apparaît comme un postulat, présent en toile de fond, sans qu'il constitue pour autant le fil conducteur de l'analyse.

Section III. La thèse

89. Ce sont les spécificités du droit dérivé des organisations internationales qui fournissent la trame de fond de l'analyse. Le droit institutionnel s'affirme comme :

- un droit dérivé – son autorité découle de celle du traité constitutif, sans se confondre avec elle ;
- un droit unilatéral, qui instaure une relation d'auteur à destinataire entre l'organisation et ses membres ;
- un droit doté d'une force normative variable, qui dépend non seulement de l'*instrumentum* choisi (acte obligatoire ou non), mais aussi de l'intensité du contenu normatif d'un acte (à *instrumentum* identique il peut y avoir des effets juridiques distincts).

90. Ces particularités se reflètent dans le traitement que les juges internes réservent au droit dérivé des organisations internationales. Si l'analogie avec la source conventionnelle n'est pas absente du raisonnement judiciaire, elle ne conduit pas à une assimilation des statuts. Cette différenciation confirme, par implication, l'autonomie dont bénéficie la source institutionnelle en droit international.

Section IV. Structure de la thèse

91. Avant de préciser le plan de la démonstration, il convient de clarifier quelques concepts dont l'utilisation, faute de définitions communément partagées, pourrait prêter à confusion.

1. Les conventions terminologiques

La valeur normative

« La valeur normative [désigne] la *force conférée à la norme par son émetteur*. Elle est [...] *en lien avec la source de la norme*. [...] Il s'agit (...) de déterminer la qualité et l'autorité de son auteur, sa place dans la hiérarchie des normes, la nature de l'instrument qui la porte, la formulation de son énoncé, l'intention qui a présidé à son élaboration (...). »¹⁷⁰. En lien avec le droit institutionnel, l'interrogation sur la valeur normative se mue en une interrogation sur le caractère obligatoire ou recommandatoire d'un acte, ainsi que sur son opposabilité à l'État (du for le plus souvent).

La force normative

L'expression « 'force normative' n'apparaît pas comme un synonyme de 'force obligatoire'. (...) Bien au contraire, la formule [est] préférée parce que précisément elle s'en distingue. La force normative [est] ici conçue comme un *concept à géométrie variable*, (...) susceptible de revêtir des degrés, dont l'un d'eux [est] obligatoire »¹⁷¹. Elle permet d'englober dans l'analyse les diverses manifestations de la *soft law*.

La portée normative

La portée normative, étroitement dépendante de la force normative, telle que définie ci-dessus, se concentre sur « la manière dont [la norme] est perçue »¹⁷², elle résulte d'une combinaison entre l'autorité que l'émetteur confère à la norme et l'adhésion qu'elle rencontre

¹⁷⁰ C. Thibierge, « Introduction », in C. Thibierge *et al.* (dir.), *op.cit.*, note 109, p. 822.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷² *Ibid.*, p. 833.

chez les récepteurs. Dans les rapports de systèmes, « la réception de la norme conditionne (...) sa portée normative »¹⁷³.

L'efficacité (du droit international)

Le terme désigne « l'aptitude des normes internationales à produire (...) les effets de droit voulus par les auteurs de la norme »¹⁷⁴.

L'incorporation

Le terme désigne le mécanisme de reconnaissance des normes internationales comme sources de droit objectif et subjectif dans l'ordre interne, ce qui les rend applicables par le juge dans les litiges qu'il tranche. Il est préféré à celui de « réception ».

La prise en considération

Le terme renvoie aux modalités de reconnaissance des normes institutionnelles dans les ordres internes qui ne sont pas dépendantes de l'incorporation.

2. *Plan de la démonstration*

92. Plusieurs interrogations structurent l'analyse du traitement réservé au droit institutionnel par les ordres juridiques internes. Elles se concentrent sur les spécificités du droit dérivé des organisations de coopération :

1. Le droit institutionnel se révèle-t-il comme une source autonome du droit international dans la jurisprudence interne ?
2. Si oui, les juges internes intègrent-ils la *soft law* dans cette source, en admettant ainsi la normativité d'un droit non obligatoire ?
3. Si l'autonomie de la source institutionnelle est admise, se reflète-t-elle dans un statut différent de celui réservé au droit conventionnel par le droit interne ?

¹⁷³ *Ibid.*, p. 776.

¹⁷⁴ E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales... », *op. cit.*, note 36, p. 277. Dans le même sens, v. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, *op. cit.*, note 4, p. 309.

4. La différence entre le droit dérivé des organisations de coopération et celui des organisations d'intégration, adoptée comme un postulat au début de l'étude, se reflète-t-elle dans un traitement différencié dans les ordres internes ?
5. Si le droit institutionnel ne bénéficie ni du statut interne des traités, ni de celui du droit des organisations d'intégration, quelles sont les modalités de sa reconnaissance ?
6. Quels sont les pouvoirs du contrôle que le juge interne s'arroe au regard de ce droit dérivé, et soumis de ce fait au traité constitutif ?

93. La spécificité de la source institutionnelle se décèle d'abord dans la phase de détermination de sa portée normative : l'appréciation de la force normative se fait selon les prescriptions de l'ordre international et l'efficacité dans l'ordre interne est tributaire de l'originalité de la source dans l'ordre international (*Première partie*). La spécificité se confirme ensuite par la situation interne du droit institutionnel, qui est particulière, car son absence d'insertion dans la hiérarchie des normes conduit à innover en termes de conflits de normes, mais aussi en raison du pouvoir que le juge s'arroe à contrôler la légalité des normes institutionnelles (*Seconde partie*).

Première partie – La portée normative du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes

1. La détermination de la portée normative du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes suit deux axes : le premier concerne *l'existence* du droit institutionnel en tant que source de droit international, que le juge interne doit appliquer ou prendre en considération. Le champ de la présente étude impose néanmoins un traitement perspectiviste : eu égard à la nature de la question, la réponse ne peut être donnée qu'en suivant la logique du droit international, car c'est lui qui détermine ses sources de droit. L'exercice exige par ailleurs de rechercher dans quelle mesure cette logique internationaliste, décrite plus loin, trouve son application dans le raisonnement des juridictions internes.

2. La logique internationaliste exige d'identifier dans le droit institutionnel un procédé autonome de création d'obligations juridiques, admis comme tel par le droit international. Question difficile s'il en est, et ce à double égard : d'abord, parce qu'une réponse positive suppose une émancipation du droit dérivé par rapport au traité constitutif dont il tire sa validité. La jurisprudence interne se prononce rarement à ce sujet, mais elle permet néanmoins d'avancer des arguments en faveur de l'autonomie de la source institutionnelle. En deuxième lieu, une réponse positive implique de se départir de la conception traditionnelle du droit, décrit comme un ordre de prescriptions obligatoires, éventuellement assorties de sanctions en cas de violation. Or, le droit institutionnel est très majoritairement du droit non obligatoire, il appartient à la catégorie de la *soft law*. Le caractère non obligatoire du droit institutionnel est d'autant plus problématique pour le juge interne, car ce genre d'interrogations ne se pose pas à l'égard des sources classiques du droit international, principalement les traités et parfois la coutume : leur valeur normative se résume à leur caractère obligatoire, qui est accepté sans qu'aucune autre démonstration ne soit requise. Les juges internes font d'ailleurs le plus souvent l'impasse sur cette problématique. Pour ajouter à la difficile mission du juge interne à l'égard du droit institutionnel, les avis internationalistes au sujet de la valeur normative de droit institutionnel sont loin d'être tranchées, uniformes, ou généralement partagées.

3. Par ailleurs, le droit institutionnel requiert donc de l'analyste de se départir de la conception classique, contractualiste, du droit international, perçu comme le produit d'un

accord de volontés entre États, et d'intérioriser un mode de production du droit qui est objectif, unilatéral. Se pose alors la question du rôle que le consentement de l'État – qui n'est plus auteur, mais sujet de la norme institutionnelle – peut jouer dans la détermination de l'opposabilité de celle-ci. Le consentement spécifique à la norme institutionnelle est-il perçu comme une condition de l'opposabilité de celle-ci ? Là encore, la réponse est tout en nuances. Le premier titre sera ainsi consacré au traçage des contours de la *force normative* du droit institutionnel, entendue comme la réunion de deux dimensions : d'une part, la *valeur intrinsèque, objective des actes*, donc leur appartenance soit à la catégorie du droit dur soit à celle du droit souple ; et d'autre part, *l'opposabilité* des actes institutionnels aux sujets de l'ordre international ; étant entendu que, dans les deux cas, ces dimensions sont perçues à travers les yeux du juge interne (Titre 1).

4. Le second aspect de la portée normative du droit institutionnel concerne le degré de sa reconnaissance par les ordres juridiques internes, donc son *efficacité* dans l'ordre du for¹. En l'occurrence, il s'agit de déterminer les conditions dans lesquelles l'ordre interne reconnaît la source institutionnelle comme apte à produire des effets de droit en son for. C'est un exercice auquel les juges internes sont mieux habitués, puisqu'il consiste à préciser les termes de l'interaction entre l'ordre juridique international et l'ordre interne. Ces règles de reconnaissance sont évidemment fixées par l'ordre interne lui-même, dont les juridictions constituent elles-mêmes les interprètes ultimes. Là encore, on remarque une certaine émancipation de la source conventionnelle : les juges s'inspirent des concepts et des méthodes de reconnaissance dégagés à l'endroit des traités, mais ils ne font pas pour autant bénéficier le droit institutionnel du même statut dans l'ordre interne. En particulier, ils n'y voient pas une source immédiate de droits subjectifs pour les justiciables de l'ordre interne. Mais ils développent d'autres formes de prise en considération, qui, sans faire du droit institutionnel la norme de droit applicable à un litige interne, permettent néanmoins la reconnaissance de certains de ses effets (Titre 2).

¹ Pour une explication terminologique du terme « efficacité », v. Introduction générale, pars. 91 et s.

TITRE 1. La détermination de la force normative du droit institutionnel par les juges internes

5. L'appréciation de la force normative de l'acte institutionnel est un parcours à plusieurs obstacles : le premier impose de le distinguer du traité constitutif dont il tire la source, ce qui implique de faire la différence entre la source conventionnelle et la source unilatérale en droit international, en sachant que le critère instrumental n'est pas toujours fiable, car nombre d'actes institutionnels ont vocation à s'intégrer à l'acte conventionnel². L'autonomie de l'acte institutionnel n'est assurée que si le fondement du droit institutionnel se distingue de celui du droit conventionnel. Si le consentement étatique est le fondement de la normativité des actes institutionnels, la distinction avec la source conventionnelle devient incertaine. Pour les juges internes, la réponse à cette question préalable entraîne d'importantes conséquences, dans la mesure où qualifier un acte de conventionnel reviendrait à lui faire bénéficier par la suite du régime interne dévolu aux traités (Chapitre 1). Reconnaître l'autonomie de la source institutionnelle c'est également admettre d'autres formes de normativité que la force obligatoire classique. Contrairement à une idée largement répandue, le juge interne permet souvent au droit institutionnel *soft* de produire des effets juridiques par interaction avec les autres sources du droit international (Chapitre 2).

² Il en est ainsi de certains amendements aux traités constitutifs, ou encore aux annexes à ces traités constitutifs.

Chapitre 1. L'approche classique – la force normative du droit institutionnel à l'épreuve du consentement étatique

6. Le droit institutionnel est un droit à la fois *dérivé* et *unilatéral*. La *qualité dérivée* du droit institutionnel a comme effet de déplacer le fondement de la normativité du consentement étatique vers le traité constitutif, dont la double nature, conventionnelle et constitutionnelle, a été abondamment mise en évidence par les analystes³. Dès lors, si le consentement étatique, exprimé à travers la ratification du traité institutionnel, est bien une condition de la participation de l'État à la vie institutionnelle, il n'est plus à l'origine des actes de droit dérivé, dont l'édiction fait partie des compétences attribuées aux organes institutionnels. Comme le soulignait Denys de Béchillon, la « capacité décisionnelle est dévolue en propre à l'institution (...) comme un pouvoir véritablement autonome. (...) Force est donc de reconnaître que le droit international unilatéral dérivé (ou secondaire) émane de l'institution internationale ès-qualité, et non de l'accord de ses membres »⁴. C'est par ailleurs un droit *unilatéral* : à l'opposé du droit conventionnel, où l'auteur de la norme est également son sujet, le droit institutionnel définit une relation verticale entre les deux pôles. Par conséquent, le droit institutionnel s'impose à l'État sans qu'il n'ait donné son consentement à l'acte adopté, et parfois même contre sa volonté apparente. On le constate, les deux qualifications convergent à exclure le consentement étatique à la fois du fondement de la normativité (Section I), et de son opposabilité (Section II).

Section I. Le fondement de la normativité du droit institutionnel

7. Le traité constitutif est doublement la source du pouvoir institutionnel : d'abord parce qu'il investit les organes institutionnels de compétences normatives propres, ensuite parce qu'il fixe l'étendue de ce pouvoir, en précisant la nature obligatoire ou recommandatoire des actes adoptés. C'est le principe à l'aune duquel est appréciée l'autonomie de la source institutionnelle. Cependant, force est d'admettre qu'il est mis à mal, d'une part, par

³ Pour une étude récente, v. A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, pp. 201-245.

⁴ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1999, p. 407.

l'introduction de mécanismes qui font revenir le consentement dans le processus d'adoption des actes institutionnels, ce qui perturbe la distinction entre acte conventionnel et acte unilatéral (§ 1). D'autre part, si les actes institutionnels connaissent généralement la dichotomie fondamentale entre acte obligatoire et acte recommandatoire, les dispositions du traité constitutif pertinentes se parent souvent de nuances déconcertantes, et la *summa divisio* entre caractère obligatoire et recommandatoire est difficile à opérer (§ 2).

§ 1. La difficile distinction entre source conventionnelle et source institutionnelle

8. Il existe une tendance ordinaire dans la jurisprudence interne examinée à comparer la source institutionnelle à la source conventionnelle dont est issue la première. En effet, le droit conventionnel bénéficie d'un statut bien défini dans l'ordre interne. Pour le juge interne, les comparer revient à s'interroger sur la possibilité pour le droit institutionnel de rentrer ou non dans ce moule prédéfini. Le plus souvent, la comparaison sert d'ailleurs à exclure le droit institutionnel du régime interne reconnu aux normes conventionnelles. Il n'en reste pas moins que si la distinction de nature entre les deux sources s'impose comme une évidence, la recherche d'un critère infaillible s'avère bien ardue (A.). On tentera néanmoins d'identifier certains des critères avancés par la jurisprudence interne (B.).

A. Explications de la difficulté

9. Le droit dérivé puise sa valeur normative dans le traité constitutif de l'organisation ; c'est une évidence fondamentale qui peut être reformulée de plusieurs manières. Sur le plan de la distinction entre institutionnel et conventionnel, cela implique qu'il n'y a pas de confusion possible entre autorité normative primaire (conventionnelle) et autorité normative dérivée, la première étant le fondement juridique de la seconde. Comme le notaient les juges Percy Spender et Gerald Fitzmaurice dans leur opinion dissidente commune dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* :

« un acte accompli en vertu d'une autorisation contenue dans un instrument qui est lui-même en traité (...) n'a pas *ipso facto* un caractère conventionnel. »⁵

⁵ Opinion dissidente commune de Percy Spender et Gerald Fitzmaurice, dans CIJ, 21 déc. 1962, *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, Rec.*, 1962, p. 491. Du côté de la doctrine, v. *inter alia*, M. Forteau, « Organisations internationales et sources du droit », in *Traité de droit des organisations internationales, op. cit.*, note 3, p. 261.

Cependant, cette vérité ne relève de l'évidence ni pour les internationalistes eux-mêmes, ni *a fortiori* pour les juges internes et le rôle joué par le consentement étatique n'a de cesse de soulever des perplexités.

1. *Le rôle du consentement étatique à l'égard de l'entrée en vigueur de l'acte*

10. La place du consentement étatique dans l'édition de l'acte institutionnel est source de nombreuses interrogations sur l'appréciation de la nature conventionnelle ou unilatérale de l'acte conventionnel. Lorsque le consentement étatique est indispensable soit à l'adoption de l'acte (hypothèse des actes adoptées à l'unanimité) soit à son entrée en vigueur, l'acte est présenté comme conventionnel. À l'opposé, si un acte entre en vigueur du fait même de son édition par l'organe institutionnel compétent, sans que l'État soit appelé à y consentir, l'acte est présenté comme institutionnel⁶. Tels sont aujourd'hui les annexes dominants de l'analyse internationaliste.

11. Au XIX^e siècle, les premières organisations internationales avaient déjà été investies d'un pouvoir de décision, et ce, sans difficultés majeures, car le mécanisme du vote à l'unanimité préservait le consentement étatique⁷. D'éminents auteurs ont tiré argument du vote à l'unanimité pour assimiler le droit institutionnel et le droit conventionnel⁸. Toutefois, ce mécanisme ne peut être fonctionnel que dans le cadre des organisations à composition restreinte. Il devient impraticable dans des organisations à vocation universelle, dans lesquels le nombre de membres peut atteindre 200. Il a donc été abandonné depuis. Le passage au vote à la majorité a eu pour conséquence une reconsidération de la théorie des actes

⁶ V. not. l'art. IV, B, 4 de la Convention de l'UNESCO qui prévoit, concernant les conventions ou recommandations soumises par les États membres et adoptées par la Conférence générale, la signature pour authentification par le Président de la Conférence générale ou le Directeur général, simple élément de procédure qui fait l'organe l'auteur de l'acte. Pour d'autres illustrations, v. E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, spéc. pp. 400 et s. ; G. Bastid Burdeau, « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir, pouvoir de droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 161-175.

⁷ V. H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 5^e éd., 2011, pp. 823-824, § 1318.

⁸ H. Kelsen considérait que « *a general norm adopted by a unanimous decision of an international organ composed of representatives of all parties to the treaty establishing the organ is not different from a norm created by a treaty entered into by States upon which the norm is binding.* » (H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, p. 366) ; *contra*, v. l'opinion dissidente commune de Percy Spender et Gerald Fitzmaurice, dans *Sud-Ouest africain*, préc., note 5, p. 491.

conventionnels, étant entendu que « [m]ajority voting prevented further development of the thesis that a resolution could be regarded as an agreement between the members »⁹.

12. Même lorsque la majorité est devenue la règle, la participation étatique dans le processus d'adoption des actes a parfois été présentée comme une forme de consentement au droit institutionnel. L'argument est toutefois trompeur. Certes, à travers le vote, l'État est appelé à exprimer sa volonté dans le cadre du processus décisionnel, mais celle-ci n'est plus le fondement juridique de la normativité : le lien direct entre les deux est rompu, les modalités d'expression de la volonté et ses effets étant déterminés par le traité constitutif. Par ailleurs, il existe des hypothèses où le processus décisionnel ne protège plus la volonté étatique, même sous la forme édulcorée du vote. Tel est le cas lorsque les actes institutionnels sont adoptés par des organes restreints, où l'ensemble des États membres n'est pas représenté, ou encore lorsque les actes s'imposent à l'État malgré l'éventuel vote négatif de celui-ci. Dès lors, on a pu légitimement conclure que :

« *The fact that States which in the legislating organ voted against the enactment may in these cases become bound against the clear expression of their intention excludes any concept of contractual obligation or of a binding force based on consent..* »¹⁰

13. Cependant, le passage à la majorité a été accompagné de la création d'autres mécanismes qui ont pour but de préserver le consentement étatique individuel, sans pour autant bloquer le processus décisionnel institutionnel. Il s'agit des techniques de « *opting out* » (aussi appelées « *contracting out* »¹¹ ou en français clauses d'exclusion ou de notification négative¹² ou encore « option de refus »¹³). Selon une définition communément admise et rappelée par la Commission du droit international, une clause d'*opting out* est une disposition conventionnelle en vertu de laquelle « un État sera lié par les règles adoptées à la majorité s'il n'exprime pas l'intention de ne pas être lié dans un délai donné »¹⁴. Les auteurs

⁹ H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, *op. cit.*, note 7, pp. 824-825, § 1319.

¹⁰ K. Skubiszewski, « Enactment of Law by International Organizations », *BYIL*, vol. 41, 1965-1966, p. 243.

¹¹ Le terme « *opting out* » apparaît plus approprié dans la mesure où il exprime le choix qu'est offert par l'État ; le terme « *contracting out* » peut induire en erreur sur la nature contractuelle (« conventionnelle ») de l'acte institutionnel, et ne sera pas utilisé.

¹² V. Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Communication sur les activités du Comité des ministres (6 mai - 19 sept. 1989)*, *Rapport statutaire*, 3^e partie de la 41^e session ordinaire, CM (89) 158 ADDENDUM 2 ; DOC. 6103, in Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Documents de séance*, vol. IV, documents 6095-6109, Strasbourg, 1990, p. 28 ; v. aussi J.-G. Mahinga, « L'opposabilité des normes et actes juridiques en droit international », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. LXX, 1994, p. 312.

¹³ P. Deumier, « La force normative optionnelle », in C. Thibierge et alii (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, p. 166. Ce même auteur appelle la clause d'*opt in* « option d'acceptation » (*ibid.*).

¹⁴ V. Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Ann. CDI*, 2000, vol. II, 2^e partie, p. 113, par. 1) du commentaire du Projet de directive 1.1.8 (« Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion »). V. aussi,

insistent toutefois sur le changement de philosophie que ces clauses introduisent dans les modes de production du droit international. Ainsi Makane Mbengue note que la technique est consubstantielle à l'investissement, dans le chef des organisations techniques en particulier, d'un pouvoir « quasi-législatif » :

« La technique d'*opting out* (...) est en effet consubstantielle à la fonction quasi-législative ou quasi-normative des organisations internationales, et a trait singulièrement à la nécessité de concevoir des mécanismes et des procédures spécifiques d'acceptation par les États du droit dérivé des organisations internationales tout en garantissant le principe sacro-saint de souveraineté. »¹⁵

14. D'aucuns ont vu dans la notification négative une forme de ratification, ce qui rapprocherait les actes institutionnels des actes conventionnels¹⁶. Il n'en est rien : la nature du consentement que ces clauses ménagent et l'effet de ce consentement (ou de son absence) sur la force normative de l'acte institutionnel permettent de démontrer que même dans cette hypothèse, le consentement n'apparaît pas comme un fondement incontestable de la normativité de ces actes.

15. S'agissant de la nature des clauses d'*opting out*, il faut noter qu'elles requièrent qu'elles requièrent non pas l'accord, mais l'opposition de l'État membre à l'acte institutionnel, à défaut de quoi l'accord est présumé. Certes, l'absence d'opposition peut être vue comme l'expression consciente d'un consentement. Cette assimilation repose toutefois sur une fiction qui ignore que les modalités pratiques d'expression du consentement exprès sont autant de moyens de sauvegarde de la volonté étatique, sur le plan international, mais aussi sur le plan interne, lorsque la ratification implique plusieurs pouvoirs de l'État. Comme le soulignait Krzysztof Skubiszewski :

« [The] tacit assent becomes a legal fiction if the State has not objected to the enactment merely by failing to do so, or has been late in notifying its rejection or reservation. [...] In the system of contracting-out the State declares its 'will' only when it wishes to benefit from the system, i.e. reject the enactment. This is a reversal of the procedure applicable to treaty-making, where no declaration or other act on the part of the State is needed to protect it from becoming bound by the instrument in question.

inter alia, J. Dehaussy, H. Ascensio, « Les actes unilatéraux et l'action normative des organisations internationales », *JCI Droit international*, fasc. 14, 2005, par. 52.

¹⁵ M. M. Mbengue, « Technique de l'*opting out* : acceptation par les États des normes techniques internationales », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale : entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 121.

¹⁶ H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, *op. cit.*, note 7, p. 823, § 1318. *Contra* : K. Skubiszewski, « Enactment of Law by International Organizations », *op. cit.*, note 10, p. 257.

The conclusion of treaties involves contracting-in, not contracting-out. There is a basic difference between the concept of a State's being bound because it expresses its consent to a treaty, and of a law made by an international organ from the obligations of which the State can, owing to special procedures, free itself by its own act. »¹⁷

16. Quant aux effets, le plus important d'entre eux est lié à l'entrée en vigueur des actes : pour les traités multilatéraux, l'entrée en vigueur est dépendante de l'expression positive d'un certain nombre de consentements étatiques. Elle s'exprime à travers la ratification ou, plus précisément, à travers un certain nombre de ratifications ou de procédés équivalents, prévues comme étant nécessaires à l'entrée en vigueur de la convention. C'est la rencontre des volontés. La ratification remplit ainsi une fonction objective : permettre à l'acte conventionnel d'entrer dans l'ordre juridique international (étape également désignée par les termes d'*entrée en vigueur objective*¹⁸). D'autre part, la ratification considérée *ut singuli* remplit simultanément une fonction subjective – l'État assume pour lui-même ces obligations – et l'acte conventionnel lui est dès lors opposable (étape également désignée par les termes d'*entrée en vigueur subjective*).

17. À l'opposé, les règles institutionnelles produisent les effets qui leur sont assignés dès leur entrée en vigueur objective (qui est concomitante ou suit de près l'adoption). Il résulte en effet de la définition de la notification négative¹⁹ et des diverses dispositions conventionnelles qui en sont le support que le consentement négatif, scellé par le silence étatique, ne conditionne pas l'entrée en vigueur objective de l'acte institutionnel²⁰. Les règles sont adoptées à la majorité – donc potentiellement sans, voire contre le consentement étatique –, et entrent en vigueur indépendamment de celui-ci. L'objection de l'État peut certes empêcher que l'acte produise des effets à son égard, mais ceci est une question d'opposabilité, dont il sera question plus loin²¹. Les notifications négatives ne sont donc pas le signe d'un acte conventionnel²².

2. Manifestations de la force d'attraction de la source conventionnelle dans le raisonnement des

¹⁷ K. Skubiszewski, *ibid.*, p. 223.

¹⁸ E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre...*, *op. cit.*, note 6, pp. 376 et 383 et s.

¹⁹ V. *supra*, par. 13.

²⁰ Sur l'importance du critère de l'entrée en vigueur, v. *infra*, pars. 30 et s.

²¹ V. *infra*, Section 2, pars. 111 et s.) Dans le même sens, M. Mbengue qui note : « L'idée qui transparaît dans le recours à la technique d'*opting out* par la majorité de ces organisations et commissions internationales est de faire en sorte que l'objection d'un État ou d'un groupe d'États ne porte pas atteinte in se au pouvoir normatif d'une organisation internationale. L'*opting out* aura ainsi pour effet *proprio motu* de dispenser l'État qui objecte d'appliquer la norme technique mais pas d'empêcher ladite norme d'être adoptée et de produire des effets juridiques obligatoires. » (*op. cit.*, note 15, p. 123).

²² V. aussi J.-F. Flauss, « Les réserves aux résolutions des Nations Unies », *RGDIP*, vol. 85, 1981, pp. 5-37, spéc. pp. 29-32.

18. Non seulement la distinction entre le droit institutionnel et le droit conventionnel n'est pas toujours aisée dans l'ordre international, mais certaines juridictions internes manifestent en outre une propension certaine à confronter le premier au second, le plus souvent afin d'écarter l'applicabilité de celui-ci. En effet, depuis le XIX^e siècle, les ordres internes ont forgé divers mécanismes, constitutionnels ou jurisprudentiels, de réception du droit conventionnel, alors que le droit institutionnel en est orphelin. C'est sans doute une justification supplémentaire de l'attraction centrifuge de la source conventionnelle. Comme le soulignait Krzysztof Skubiszewski :

« A certain analogy between those solutions and the determination of the place which international regulative acts should have in a system of national law is inevitable. [...] The different sources from which the several international rules originate are a distinct problem, to which the national organ need not always devote attention. The Constitutions of States do not necessarily differentiate between the procedures which give birth to a new international obligation of the State, but rather between the different subject-matters of the obligation entered into. »²³

19. Mais les actes institutionnels ne peuvent bénéficier du statut interne des traités que s'ils en partagent la nature, ce que les juges internes s'attachent d'ailleurs à réfuter. Il est en effet courant de voir l'analogie conventionnelle servir à justifier l'inapplication du droit institutionnel par le juge interne. Cependant, ce rejet n'est pas précédé d'une analyse de la nature de l'acte institutionnel ou de la valeur normative de certains actes. On ne saurait préciser si l'exclusion de la catégorie conventionnelle repose sur le caractère dérivé des actes institutionnels ou bien sur l'absence de caractère obligatoire pour certains d'entre eux. Les juges internes se contentent simplement d'observer que les actes institutionnels ne sont pas des traités.

20. C'est ainsi que :

- la Déclaration universelle des droits de l'homme (dorénavant DUDH)²⁴ a été exclue de la catégorie conventionnelle par le juge américain parce que la norme interne de réception se référait aux traités internationaux, dont la Déclaration ne partageait pas la nature :

« The Universal Declaration of Human Rights is a resolution of the General Assembly of the United Nations. [...] [I]t is not an 'international agreement' within the meaning

²³ K. Skubiszewski, « Enactment of Law by International Organizations », *op. cit.*, note 10, p. 266.

²⁴ Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, rés. 217 A (III), du 10 déc. 1948.

of section 1604. *While the meaning of that term may not be restricted to treaties that the United States has ratified pursuant to Article II, Section 2 of the Constitution [...], the legislative history of the FSIA reveals that Congress intended the FSIA to be subject to enforceable agreements between the United States and other foreign states or international organizations. [...]. These international agreements, which are intended by the parties to be legally binding under international law, are categorically different from the Universal Declaration of Human Rights, which creates legal obligations only insofar as it represents evidence of customary international law. We see no indication in the FSIA or its legislative history that Congress intended the term ‘international agreements’ to include non-binding resolutions of the General Assembly of the United Nations. »²⁵*

- ou, plus largement, parce qu’elle était dépourvue de caractère conventionnel :

« neither the Declaration nor the Basic Principles [for the Treatment of Prisoner²⁶] are a treaty or international agreement and they do ‘not of [their] own force impose obligations as a matter of international law »²⁷.

De la même manière, la Cour suprême indienne a censuré le juge qui avait appliqué à la DUDH le régime interne prévu pour les conventions internationales. Le raisonnement curieux du juge indien est d’exciper de la nature non conventionnelle de la DUDH pour conclure à l’absence de force obligatoire, comme s’il ne saurait y avoir de force obligatoire en dehors des traités :

« 17. In arriving at his decision Hon’ble Sabharwal, J. has treated the Paris Principles and the UN General Assembly Resolution as covenants. Thereafter, he has applied the law applicable to international covenants and imported the obligations under the Paris Principles and the UN General Assembly Resolution as if they are binding as legal obligations on India even in the municipal context. [...]

18. Having noted the above we would with respect like to point out that neither the Paris Principles nor the subsequent UN General Assembly Resolution can be exalted to the status of a covenant in international law. Therefore merely because India is a party to these documents does not cast any binding legal obligation on it. Further, all the above cases which Hon’ble Sabharwal, J. has relied upon deal with the obligations of the Indian State pursuant to its being a party to a covenant/treaty or a convention and not merely a declaration in the international fora or a UN General Assembly Resolution. »²⁸

²⁵ États-Unis, Cour d’appel du 9^e Circuit, 22 mai 1992, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992), *ILR*, vol. 103, déc. 1996, p. 454 (texte intégral disponible égal. à l’adresse : <http://www.derechos.org/nizkor/arg/ley/siderman.html>, consulté le 6 sept. 2013) (nous soulignons).

²⁶ Il s’agit d’un texte adopté par l’Assemblée générale des Nations Unies : *Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*, rés. 45/111, du 14 déc. 1990.

²⁷ États-Unis, Cour du District Est de Pennsylvanie, 17 déc. 2008, *Carter v. Pennsylvania Department of Corrections (PADOC) et al, Decision on motion to dismiss*, n° 08-0279, (ED Pa 2008), *ILDC* 1588 (US 2008), par. 11 ; texte intégral disponible égal. sur le site Internet officiel de U.S. Government Printing Office, à l’adresse : http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCOURTS-paed-2_08-cv-00279/USCOURTS-paed-2_08-cv-00279-4/content-detail.html (p. 6 du document PDF, consulté le 6 sept. 2013).

²⁸ Inde, Cour suprême, 29 avr. 2005, *People’s Union for Civil Liberties v. India and anor, Writ petition (civil)*, AIR 2005 SC 2419 ; *ILDC* 458 (IN 2005), pars. 17-18.

On note au passage que, tout en dénonçant la confusion entre acte institutionnel (recommandatoire) et conventionnel, le juge de la Cour suprême semble y succomber lui-même, dans la mesure où il considère que l'Inde est « partie » à la résolution.

21. La jurisprudence française relative à la Déclaration universelle de 1948 s'inscrit dans la même lignée. Le Conseil d'État relève constamment que :

« la seule publication au Journal officiel du 19 février 1949 du texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des traités ou accords internationaux qui, ayant été régulièrement ratifiés ou approuvés, ont, en vertu de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle des lois ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que le décret attaqué méconnaîtrait l'article 25 de cette déclaration est inopérant. »²⁹

22. La jurisprudence française fournit d'autres exemples où le juge a noté que des recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe³⁰, du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)³¹ ou encore de l'OCDE³² n'avaient pas le

²⁹ France, Conseil d'État, 3 déc. 2003, n° 250140, inédit au *Lebon* (v. égal. Conseil d'État, 18 avr. 1951, *Élections de Nolay*, *Lebon*, p. 189 ; Conseil d'État, Ass., 23 nov. 1984, *Roujansky et autres*, n° 60106, *Lebon*, p. 383 ; Conseil d'État, 2 sept. 2009, *Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme (conditions d'usage par la police des pistolets à impulsion électrique)*, n° 318584, *Lebon*, p. 346 ; note J.-M. Pastor, *AJDA*, 2009, p. 1522 ; Conseil d'État, 19 févr. 2010, *Molline et autres (carte judiciaire)*, n° 322407, *Lebon*, p. 20 ; note M.-C. Montecler, *AJDA*, 2010 p. 357 ; Conseil d'État, 11 mars 2013, *Association SOS Racisme*, n° 332886, inédit au *Lebon*, spéc. 4^e considérant. Cette position de principe n'empêche pas le juge administratif de mentionner quelques fois la DUDH dans les visas de ces décisions (Conseil d'État, 26 sept. 2005, *Association « Collectif contre l'handiphobie »*, n° 248357, *Lebon* p. 391 ; 2 sept. 2009, *Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme*, n° 318584, *AJDA* 2009, p. 1522 ; 21 déc. 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, n° 105743, *Lebon* p. 368 ; 7 janv. 2000, *Société Lady Jane*, n° 187042, *Lebon T.*, p. 1283) ou le juge judiciaire d'en constater la violation (Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 20 mars 2013, n° 11-25307 et 12-17283, inédit au *Bulletin*), ce qui montre bien qu'il lui reconnaît une certaine normativité (v. *infra*, Chapitre 2, pars. 176 et s).

³⁰ « [La] résolution 78 (8) du comité des ministres du Conseil de l'Europe n'a pas valeur d'engagement international régulièrement ratifié pris par la France ; (...) le requérant n'est par suite pas fondé à s'en prévaloir. » (Conseil d'État, 3 déc. 2003, n° 250140, préc., note 29). De la même manière, en Roumanie, la Cour constitutionnelle, a relevé que « *Recomandările Comitetului Miniștrilor statelor membre ale Consiliului European nu se circumscriu noțiunii de 'tratată' folosită în art.11 din Constituție, deoarece nu este vorba de un act juridic internațional, care trebuie să fie ratificat de către Parlament pentru a putea fi inclus în dreptul intern.* » (décision n° 329/2001, 27 nov. 2001, *Monitorul Oficial* n° 118/2002 ; notre traduction : « les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ne correspondent pas à la notion de 'traité' utilisée à l'article 11 de la Constitution, puisqu'il ne s'agit pas d'un acte juridique international qui doit être ratifié par le Parlement avant qu'il ne soit inclus dans l'ordre interne. »)

³¹ « Considérant, en deuxième lieu, que le requérant ne saurait utilement se prévaloir des, dès lors que ces actes, émanant d'un organisme de coordination intergouvernementale (...), n'ont pas le caractère de convention internationale et sont dépourvus d'effets juridiques dans l'ordre juridique interne. » (France, Conseil d'État, 23 juil. 2010, *Conseil national des barreaux*, n° 309993, *Lebon T.* ; sur la nature des actes du GAFI, v. L. De Lima, J. A. Farah, « Le Groupe d'Action Financière (GAFI) et sa 'liste noire' : punir sans juger ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 3, 2006, pp. 567-576.

³² « [Q]ue si l'ADEME invoque également la définition de la pollution atmosphérique établie par l'OCDE, une telle définition ne peut être rattachée à aucune convention ou règle de droit international dont elle serait fondée à se prévaloir » (Cour administrative d'appel de Paris, 2^e ch., 30 déc. 1998, n° 98PA03238, inédit au *Lebon*, disponible sur Legifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr> ; sur la nature des actes de l'OCDE, v. N.

statut de conventions internationales et étaient de ce fait dépourvues d'effet juridique « dans l'ordre interne ».

23. Plus paradoxalement, l'argument a été invoqué pour exclure du champ normatif des décisions obligatoires : ainsi la Cour d'appel du District de Columbia a considéré que les amendements au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1997) ne sont pas des conventions³³ :

« 24 *It is far more plausible to interpret the Clean Air Act and Montreal Protocol as creating an ongoing international political commitment rather than a delegation of lawmaking authority to annual meetings of the Parties. [...]*

28 *Article 2H(5) thus constitutes an 'agreement to agree'. The parties agree in the Protocol to reach an agreement concerning the types of uses for which new production and consumption will be permitted, and the amounts that will be permitted. 'Agreements to agree' are usually not enforceable in contract. [...]* There is no doubt that the 'decisions' are not treaties.

29 *The Parties' post-ratification actions suggest their common understanding that the decisions are international political commitments rather than judicially enforceable domestic law. See Olympic Airways v. Husain, 540 U.S. 644, 650, 124 S.Ct. 1221, 157 L.Ed.2d 1146 (2004); Tseng, 525 U.S. at 167, 119 S.Ct. 662^[34]. »³⁵*

24. Cette jurisprudence se prête mal à des conclusions tranchées. On se gardera à ce stade d'en tirer, notamment au sujet de la force normative des recommandations, que le juge semble exclure d'une manière bien trop absolue, comme on le verra au Chapitre 2³⁶. On peut seulement remarquer que l'analogie conventionnelle est un argument très réducteur. Elle est donc invoquée à la fois contre les actes recommandatoires et contre les actes obligatoires, afin d'épargner aux juges les interrogations relatives à la nature de ces actes.

Blokker, « Skating on Thin Ice? On the Law of international organizations and the legal nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention », in S. Douma et F. Engele (dir.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, vol. 1, Conflict of Norms in International Tax Law Series, Amsterdam, IBFD, 2008, pp. 13-28 ; H. Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in SFDI/OCDE, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, journée d'études de Paris, Paris, Pedone, 2014, pp. 7-24 ; N. Bonucci et J.-M. Thouvenin, « L'OCDE, site de gouvernance globale ? », in *ibid.*, pp. 25-44.

³³ Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, du 16 sept. 1987 (entrée en vigueur : 1^{er} janv.1989), *RTNU*, vol. 1522, p. 3 (I-26369). Ces actes sont non seulement obligatoires (v. *infra*, note 185), mais en outre aucun mécanisme d'*opting out* n'est prévu (v. *infra*, par. 113).

³⁴ La référence à *Olympic Airways v. Husain* (États-Unis, Cour suprême, 24 févr. 2004, *Olympic Airways v. Rubina Husain*, 540 U.S. 644, n° 02-1348) est parlante, puisque dans cette affaire, la Cour suprême avait appliqué le Protocole de Montréal n° 4 du 25 sept. 1975 portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, entré en vigueur le 14 juin 1998 après ratification.

³⁵ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 29 août 2006, *Natural Resources Defense Council v. Environmental Protection Agency*, 464 F.3d 1, note J. H. Knox, *AJIL*, vol. 101, n° 2, 2007, pp. 471-477 (nous soulignons).

³⁶ Le juge semble l'exclure radicalement, mais le Chapitre 2 démontrera que ces actes gardent une force normative indirecte.

B. Les critères de la distinction entre conventionnel et institutionnel

25. Il y a d'abord le critère à exclure : c'est celui de *l'instrumentum*. La pratique montre que l'on ne peut se fier ni à l'intitulé ni à la forme de l'acte, car nombre d'actes unilatéraux ont vocation à être formellement inclus dans le texte conventionnel³⁷. Il en est ainsi des amendements aux textes constitutifs eux-mêmes, ou à leur annexes. Cependant, bien que cette conclusion soit critiquable, la Cour internationale de justice a conclu, à l'inverse, que les conventions internationales peuvent revêtir la forme des actes unilatéraux³⁸. La prudence s'impose donc.

26. Le critère relatif au fondement de la normativité est, paradoxalement, et le plus convaincant et le plus débattu. Ainsi, Christian Dominicé le considère décisif :

« la règle préétablie qui fonde l'autorité juridique des manifestations de volonté concordantes constitutives d'un accord – acte juridique bilatéral ou plurilatéral – est la norme *pacta sunt servanda*, alors que pour les actes juridiques unilatéraux il faut des normes attributives de compétence. »³⁹

Toutefois, le courant volontariste n'a de cesse d'insister sur le fait que le droit dérivé est le produit de la volonté originaire des Parties au traité constitutif de l'organisation. Les actes institutionnels relèvent, selon cette logique, des conséquences du traité et, par un mécanisme de causalité automatique, en dernier ressort du *pacta sunt servanda* lui-même. Le critère du fondement est en effet éclairant – et même indispensable pour établir la validité des actes institutionnels –, mais, puisqu'il implique de dépasser une vision volontariste stricte, il convient de ne pas s'en remettre à lui de manière exclusive.

27. Il existe ensuite des critères-indices : parmi ceux-ci, il y a celui de l'auteur de l'acte. Connaître l'auteur c'est savoir à qui l'acte est imputable : si l'acte est unilatéral, il est imputable à l'organe et non aux États membres pris individuellement ou collectivement⁴⁰. Evelyne Lagrange a néanmoins démontré que la recherche de l'imputation conduit à des réponses tout en nuances, non seulement à cause de la force d'attraction qu'exerce le consentement étatique, mais aussi en raisons des actes hybrides comme les conventions qui

³⁷ Pour une mise en perspective des diverses modalités d'adoption aux amendements des traités constitutifs, v. A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.*, note 3, pp. 224-233.

³⁸ CIJ, *Sud-Ouest africain*, préc., note 5, 1962, p. 16.

³⁹ C. Dominicé, « Valeur et autorité des actes des organisations internationales », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales. A Handbook on International Organizations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2^e éd., 1998, p. 443.

⁴⁰ P. Reuter, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 1993, p. 94. V. aussi J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, Paris, LGDJ, 1972, p. 319.

instituent des régimes normatifs sans instituer d'organisation⁴¹. Dans ce dernier cas, à moins d'admettre que les conférences des États parties ont personnalité juridique internationale – ce qui n'est pas exclu, mais, encore une fois, la question dépasse le cadre de cette étude – il est impossible d'attribuer l'acte à une organisation ou un organe inexistant.

28. Il apparaît dès lors plus prudent de s'en tenir à des arguments plus formels : celui des modalités d'adoption en fait partie. Si l'acte est adopté par un organe de l'organisation (fût-il plénier ou restreint), selon des modalités prévues par un traité fondateur, et en accomplissement des compétences et missions dont le traité investit l'organisation, cet organe sera considéré comme auteur de l'acte et l'acte sera un acte institutionnel.

29. L'auteur de l'acte n'est toutefois pas un critère suffisant à lui tout seul : en effet, l'adoption par l'organe ne marque pas nécessairement le moment de l'entrée en vigueur de cet acte. Nombre de textes conventionnels ont d'abord été adoptés comme résolutions d'une organisation internationale. L'activité conventionnelle est d'ailleurs, et depuis longtemps, un des domaines normatifs de prédilection des organisations internationales⁴² ; il suffit de penser aux conventions adoptées par l'OIT.

30. Parmi les critères techniques, celui de l'entrée en vigueur est le plus fiable afin de distinguer l'acte conventionnel de l'acte institutionnel⁴³. Le moment et les modalités prévus pour que l'acte pénètre dans l'ordonnement juridique international et qu'il produise les effets voulus par ses auteurs sont en effet cruciaux. Si l'entrée en vigueur objective est émancipée du consentement étatique et indépendante de son expression positive – à travers la ratification ou approbation ultérieure par l'État – l'acte est un acte institutionnel.

31. La plupart des mécanismes institutionnels étudiés sont sans ambiguïté : l'entrée en vigueur objective de l'acte est subordonnée à l'adoption de l'acte par l'organe compétent et selon les règles conventionnelles pertinentes. Deux facteurs influent sur les modalités d'adoption : la qualité de l'organe qui l'adopte et la valeur obligatoire ou non de l'acte

⁴¹ E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international...*, *op. cit.*, note 6, pp. 399 et s. Pour une démonstration des capacités normatives des COP, v. G. Bastid-Burdeau, « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir, pouvoir de droit ; Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 165-169.

⁴² V. not. J. E. Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, OUP, 2005, 708 p. ; R.-J. Dupuy, « Les activités normatives et quasi normatives », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, *op. cit.*, note 39, pp. 277-354.

⁴³ V. aussi *supra*, pars. 16-33.

adopté⁴⁴. Si l'organe est un organe plénier, l'adoption à la majorité suffit ; en revanche, si l'acte est adopté par un organe restreint, un mécanisme de sauvegarde appelée « technique d'absence d'objection »⁴⁵ peut permettre à la majorité des États membres d'empêcher l'entrée en vigueur objective de l'acte.

32. Les deux modèles archétypaux sont fournis par l'OMS et l'OACI. L'article 22 de la Constitution de l'OMS⁴⁶ prévoit une entrée en vigueur non conditionnelle :

« Les règlements adoptés en exécution de l'article 21^[47] *entreront en vigueur pour tous les États Membres*, leur adoption par l'Assemblée de la Santé ayant été dûment notifiée, exception faite pour tels Membres qui pourraient faire connaître au Directeur général, dans les délais prescrits par la notification, qu'ils les refusent ou font des réserves à leur sujet. »⁴⁸

Alors que l'article 90 de la Convention de Chicago⁴⁹ laisse ouverte la possibilité pour un certain nombre d'États d'empêcher l'entrée en vigueur de l'acte :

« (a) Toute Annexe ou tout amendement à une Annexe prend effet dans les trois mois qui suivent sa communication aux États contractants ou à la fin d'une période plus longue fixée par le Conseil, à moins qu'entre temps la majorité des États contractants n'ait fait connaître sa désapprobation au Conseil. »⁵⁰

33. Ce sont donc *les conditions de leur entrée en vigueur dans l'ordre international* qui distinguent l'acte institutionnel de l'acte conventionnel. Comme l'a résumé Evelyne Lagrange :

⁴⁴ Sur ce dernier aspect, v. *infra*, pars. 46 et s.

⁴⁵ Terme emprunté à E. Lagrange : *La représentation institutionnelle dans l'ordre international...*, *op. cit.*, note 6, p. 377.

⁴⁶ Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, signée à New York, 22 juil. 1946, entrée en vigueur le 7 avr. 1948, conformément à l'article 80, *RTNU*, vol. 14, p. 185 (I-221).

⁴⁷ L'article 21 de la Constitution de l'OMS prévoit : « L'Assemblée de la Santé aura autorité pour adopter les règlements concernant :

- a) telle mesure sanitaire et de quarantaine ou toute autre procédure destinée à empêcher la propagation des maladies d'un pays à l'autre ;
- b) la nomenclature concernant les maladies, les causes de décès et les méthodes d'hygiène publique ;
- c) des standards sur les méthodes de diagnostic applicables dans le cadre international ;
- d) des normes relatives à l'innocuité, la pureté et l'activité des produits biologiques, pharmaceutiques et similaires qui se trouvent dans le commerce international ;
- e) des conditions relatives à la publicité et à la désignation des produits biologiques, pharmaceutiques et similaires qui se trouvent dans le commerce international. »

⁴⁸ Sur le même modèle, v. la Convention sur les substances psychotropes, Vienne, 21 févr. 1971, article 2.

⁴⁹ Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale, 7 déc. 1944, *RTNU*, vol. 15, n° 102, p. 295.

⁵⁰ V. égal. l'art. 13 de la Convention pour la conservation du saumon dans l'Atlantique Nord ; l'art. 8 § 4 de la Convention sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Est signée à Londres le 24 janv. 1959 ; ou encore l'art. 12 de la Convention sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique du Nord-Ouest signée à Ottawa le 24 oct. 1978.

« Aussi longtemps que l'entrée en vigueur subjective d'un acte est simplement subordonnée à son entrée en vigueur objective, il est de nature conventionnelle. [...] Si le consentement n'intervient que pour rendre l'acte déjà en vigueur individuellement opposable à l'État, sa nature reste inaltérée : acte collectif il était, acte collectif il reste. »⁵¹

34. Ainsi, si la date d'entrée en vigueur du dernier est conditionnée par l'expression des consentements étatiques, tel n'est pas le cas pour l'acte institutionnel, pour lequel elle est déterminée objectivement. Même si l'entrée en vigueur n'est pas concomitante avec l'adoption ou la notification de l'acte aux Parties au traité constitutif, son délai est déterminé objectivement, l'expression d'un consentement négatif (à travers des objections ou notifications négatives) ayant tout au plus l'effet de prolonger ce délai⁵².

35. Quelques juridictions internes ont mis en exergue les modalités d'entrée en vigueur de l'acte pour identifier la source institutionnelle. La jurisprudence argentine met ainsi en évidence cette déconnexion entre l'entrée en vigueur et le consentement spécial de l'État :

« Les listes en annexe à la Convention de Vienne ne contenaient pas à l'origine la drogue en cause. Son inclusion a été ordonnée par la décision de la Commission des stupéfiants du 4 février 1981. Mais cette décision n'est pas dans son économie, immédiatement opérationnelle pour les États parties. En effet, comme il est établi à l'art. 2, paragraphe 7, elle 'prendra pleinement effet pour chaque Partie 180 jours après la date de la communication', période pendant laquelle une Partie peut notifier qu'elle n'est pas en mesure de se conformer aux nouvelles dispositions (paragraphe 7) ou demander le réexamen de la décision (paragraphe 8, a)). »⁵³

36. L'entrée en vigueur objective est indépendante non seulement du consentement spécial, mais aussi du consentement général, exprimé à travers la ratification du traité

⁵¹ E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international...*, *op. cit.*, note 6, p. 376.

⁵² V. par exemple, l'article V, par. 3 de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (Washington, 1946) : « Une modification de cette nature [du Règlement en annexe] entrera en vigueur à l'égard des Gouvernements contractants quatre-vingt-dix jours après la date à laquelle la Commission l'aura notifiée à chacun des Gouvernements contractants ; toutefois, a) si l'un des Gouvernements présente à la Commission une objection contre cette modification avant l'expiration de ce délai de quatre-vingt-dix jours, son entrée en vigueur à l'égard des Gouvernements contractants sera suspendue pendant un nouveau délai de quatre-vingt-dix jours ».

⁵³ Argentine, Cour suprême, 23 nov. 1995, *Laboratorios Ricar S.A. c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, aff. n° L. 368 (disponible à l'adresse : <http://ar.vlex.com/vid/-39603854>). Notre traduction à partir de l'original : « *Las listas anexas al Convenio de Viena no contemplaban originariamente dicha droga. Su inclusión fue dispuesta por la resolución de la Comisión de Estupefacientes del 4 de febrero de 1981 [...]. Pero esta decisión no es, en su economía, inmediatamente operativa para los estados que forman parte de aquél. En efecto, tal como lo establece su art. 2, apartado 7, ésta 'surtirá pleno efecto respecto de cada una de las partes 180 días después de la fecha de tal comunicación' pues, hasta tanto, pueden manifestar que no están en condiciones de cumplir con las nuevas disposiciones de fiscalización (apartado 7) o solicitar la revisión de la decisión (apartado 8, "a")* ». En l'espèce, il s'agissait d'un amendement à la Convention sur les substances psychotropes, Vienne, 21 févr. 1971.

constitutif⁵⁴. Le critère – formel et commode – de la date d’entrée en vigueur permet de mettre en évidence le hiatus qui sépare le consentement initial de l’État de l’acte institutionnel. Une décision américaine a ainsi mis en exergue le fait qu’une résolution du Conseil de sécurité, même si elle bénéficie d’une autorité dérivée de la Charte, n’en est pas moins un acte normatif autonome, la date d’entrée en vigueur des résolutions étant l’indice de cette autonomie. Elle l’a fait dans un contexte où il fallait déterminer si les résolutions 731 et 748 (1992) du CSNU, imposant à la Libye entre autre une obligation de dédommager les victimes de l’attentat de Lockerbie, étaient des « accords existants » au sens du *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976) :

« *FSIA preserves jurisdiction over a foreign state to the extent such jurisdiction exists under any international agreement to which the United States was a party at the time the statute was enacted. [...]*

Plaintiffs assert that the United Nations ('UN') Charter of 1945 (Charter), entered into by the United States prior to the passage of the FSIA in 1976, is an agreement which could preserve jurisdiction over a foreign nation pursuant to § 1604. Plaintiffs seek to expand the jurisdiction provided by § 1604 to include resolutions passed by the UN Security Council, pursuant to Article VII, regardless of the date of passage, on the theory that such resolutions are 'elaborations' of the terms of the Charter and therefore should be accorded the same status as the Charter. Specifically, plaintiffs request that Security Council Resolutions 731 and 748, which call on Libya to accept responsibility for the bombing of Pan Am 103, be deemed international agreements which confer jurisdiction under § 1604.

Security Council Resolutions 731 and 748 do not confer jurisdiction upon this Court as they do not meet the criteria set forth in the 'existing agreement' exception in § 1604. The plain language of § 1604 requires that the international agreement at issue be in existence in 1976 when the FSIA was passed. Security Council Resolutions 731 and 748 were passed in 1992. This Court does not adopt plaintiffs' broad view that because the Resolutions were passed pursuant to powers created by the UN Charter that they are an 'elaboration' of the Charter so that this Court should treat them as being passed on the same date as the Charter. »⁵⁵

37. *L'absence d'une procédure interne de ratification* est un autre critère de distinction entre acte conventionnel et acte institutionnel. Cet argument est important notamment pour des juges internes qui doivent souvent jouer à la fois un rôle d'arbitres entre les différents pouvoirs et de gardiens de la compétence du Législatif⁵⁶. Ils doivent ainsi déterminer si

⁵⁴ V. aussi *infra*, pars. 112 et s.

⁵⁵ États-Unis, Cour du District de New York, 17 mai 1995, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 886 F.Supp. 306, *ILR*, vol. 107, p. 382 (nous soulignons). La Cour d'appel a confirmé cette interprétation (Cour d'appel du 2^e Circuit, 26 nov. 1996, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239, *ILR*, vol. 113, p. 534). Les lapsus terminologiques (Article VII au lieu de Chapitre VII) en disent long sur la familiarité des juges avec le droit des Nations Unies. Pour un autre exemple, v. France, Cour de cassation, 16 mai 1995, *Société Beyton c. S.A. Société générale, RGDIP*, n° 4, 1996, pp. 1094-4096, note M. Sastre), où la Cour se réfère à « l'article 85 du Pacte » au lieu de l'article 25 de la Charte.

⁵⁶ V. aussi *infra*, par 78 et s.

l'entrée en vigueur de l'acte est viciée par la violation des procédures internes relatives à la ratification des traités internationaux.

38. La Cour constitutionnelle allemande a considéré que l'absence de clause de ratification était une indication de la nature institutionnelle du Nouveau Concept Stratégique de l'OTAN⁵⁷ :

« The lack of a ratification clause is an indication that the document in question is not a treaty. *The consent to be bound by the treaty can manifest itself in the text of the treaty if it has a ratification clause or if it provides its deposit with the Secretary General of the United Nations. This is not the case here.* »⁵⁸

Toutefois, la Cour a également jugé, très justement, que cette indication n'était pas péremptoire, en raison de la pratique des « accords en forme simplifiée », pour lesquels le consentement de l'État à être lié ne nécessite le déclenchement d'aucun mécanisme interne⁵⁹ :

« *Based on nothing more than the fact that the document makes no reference to reservation of ratification, however, it cannot be cogently inferred that no treaty under international law has been concluded [...]. Because under international law, a state can, pursuant to Article 7 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, also enter into obligations that arise from treaties through the Minister for Foreign Affairs and other members of the executive who are typically competent for the external representation of a state. The states are, pursuant to Article 11 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, free to choose the means of expressing their consent to be bound by a treaty [...]. Ratification by the Parliament is, pursuant to Article 14 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, only one of the forms of consent that are at the parties' disposal.* »⁶⁰

39. Le Conseil constitutionnel français a également mis en avant les conditions d'adoption et d'entrée en vigueur des amendements aux Statuts du FMI pour expliquer que l'intervention de la procédure législative de ratification n'était pas nécessaire :

« Considérant qu'il est constant que le second amendement a recueilli les conditions de majorité exigées par l'article XVII et qu'il est, par suite, entré en vigueur le 1^{er} avril 1978 à l'égard de tous les États ; qu'il s'impose, dès lors, à la France, même en l'absence de toute procédure d'approbation sur autorisation législative dans les conditions prévues par l'article 53 de la Constitution [...]. »⁶¹

⁵⁷ Le Concept Stratégique de l'Alliance approuvé par les chefs d'État et de gouvernement participant à la réunion du Conseil de l'Atlantique Nord tenue à Washington les 23 et 24 avr. 1999.

⁵⁸ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 22 nov. 2001, *Parliamentary group of the Party of Democratic Socialism in the German Federal Parliament v Federal Government, Constitutional dispute between federal organs* (décision *NATO New Strategic Concept*), *BverfG*, n° 2 BvE 6/99, *ILDC* 134 (DE 2001), par. 134 a).

⁵⁹ V. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009, par. 76, p. 152.

⁶⁰ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 22 nov. 2001, *Parliamentary group of the Party of Democratic Socialism in the German Federal Parliament*, préc., note 58, par. 134 a).

⁶¹ France, Conseil constitutionnel, 29 avr. 1978, *Loi autorisant l'augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international*, décision n° 78-93 DC, 6^e considérant, *Rec.*, p. 23, *JDI (Clunet)*, 1978, p.

40. Les organes conventionnels s'opposent d'ailleurs à toute tentative d'introduire la ratification interne dans le processus d'entrée en vigueur de l'acte. Ainsi, la Norvège avait-elle prétendu que le Règlement sanitaire international devait être soumis à son Parlement pour ratification. L'Assemblée générale de l'OMS avait rappelé avec force que la Norvège était liée du fait même que le délai prévu pour son entrée en vigueur était passé⁶².

41. Cette attitude de l'organe international met en évidence le souci d'éviter toute confusion quant aux conditions d'entrée en vigueur de l'acte. Il est d'autant plus nécessaire de rappeler fermement les conditions de l'engagement de l'État que certaines juridictions internes peuvent invoquer des règles internes en matière d'engagement conventionnel pour dénier toute force normative aux actes institutionnels. Un exemple topique est offert par la décision de la Cour d'appel du District de Columbia⁶³, qui a tiré argument de la compétence de principe du Sénat en matière d'engagements internationaux pour conclure que les amendements au Protocole de Montréal ne sauraient être des actes obligatoires⁶⁴. Au surplus, la Cour n'a pas confiné son raisonnement au cas spécial du Protocole de Montréal, mais l'a étendu à toute forme de décision institutionnelle. Elle a estimé qu'on ne pouvait considérer que des organes internationaux pouvaient être investis d'un pouvoir de décision sans admettre, par là même, qu'ils exercent un pouvoir législatif délégué, contraire à la séparation des pouvoirs⁶⁵.

577, note D. Ruzié ; *RGDIP*, 1979, p. 209, D. Carreau. Le même critère de l'entrée en vigueur dans l'ordre juridique d'origine avait utilisé par le Conseil constitutionnel pour les règlements : 30 déc. 1977, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6* (dite 'isoglucose'), n° 77-90 DC, *Rec.*, p. 44, p. 6385.

⁶² OMS, *Official Records*, n° 42, 8 mars 1952, p. 359 : « After the Regulations had become obligatory for Norway, the Storting and the King complied with the constitutional requirements, and thenceforth the binding force of the Regulations could not be questioned under the domestic law of Norway » (reproduit in H. Blix, *Treaty-Making Power*, Londres, Stevens & Sons, 1959, spéc. pp. 295-296.

⁶³ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 29 août 2006, *Natural Resources Defense Council v. Environmental Protection Agency*, préc., note 35.

⁶⁴ Ces actes sont non seulement obligatoires (v. *supra*, note 33), mais en outre aucun mécanisme d'*opting out* n'est prévu (v. *infra*, par. 51).

⁶⁵ La théorie de la délégation constitue, pour une partie de la doctrine américaine, l'un des prismes favorisés de lecture des phénomènes d'autorité normative qui s'impose à l'État (américain) en dehors de son consentement spécial : v. C. A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System*, New York, OUP, 2013, 371 p. ; v. égal. C. A. Bradley et J. G. Kelley, « The Concept of International Delegation », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, n° 1, 2008, pp. 1-36. Le fil conducteur de cette grille de lecture est de mettre en évidence des tensions permanentes entre l'exercice de l'autorité normative internationale et la souveraineté nationale interne qui réside dans le Parlement (v. J. G. Ku, « International Delegations And The New World Court Order », *Washington Law Review*, vol. 81, n° 1, 2006, pp. 1-70 ; O. A. Hathaway, « International Delegation and State Sovereignty », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, n° 1, pp. 115-150) ou encore la séparation verticale des pouvoirs, entre niveau fédéral et niveau fédéré (J. G. Ku, « The Delegation of Federal Power to International Organizations : New Problems with Old Solutions »,

42. Ce raisonnement est certes fort critiquable, puisqu'il procède d'une confusion entre les conditions d'entrée en vigueur des actes institutionnels, qui sont fixées par le traité constitutif, et celles du droit conventionnel, qui dépendent du consentement étatique, dont la régularité est, dans une certaine mesure, dépendante de la répartition des compétences entre le Parlement et l'Exécutif⁶⁶. Il n'en souligne pas moins un des obstacles récurrents à la reconnaissance interne des normes institutionnelle, à savoir l'absence de toute forme de contrôle démocratique sur les actes adoptés par les organisations internationales. Si le juge américain s'était placé sur le terrain de la reconnaissance, son argumentaire aurait été un exemple classique de justification du caractère non self-executing des normes institutionnelles⁶⁷. Il a toutefois choisi, et très malencontreusement, le terrain de la force normative des actes, or sur ce point, ses conclusions ne sont pas fondées en droit.

§ 2. *La summa divisio entre l'obligatoire et le recommandatoire mise à mal*

43. La valeur normative des actes institutionnels reste dominée par la *summa divisio* entre actes obligatoires et actes non obligatoires ; l'admettre, ce n'est pas ignorer la normativité de la *soft law*, mais se plier aux prescriptions du traité constitutif ; c'est également reconnaître que, dans un monde où le positivisme juridique est dominant, le juge applique des normes issues des sources de droit reconnues comme telles par l'ordre juridique⁶⁸. Même si la *soft law* est admise comme source de droit, peu d'auteurs, et encore moins de juges, se hasardent à la déclarer comme fondement indépendant de droits et obligations. L'explication judiciaire en est que le juge (interne, comme international) ne fait pas une application autonome de la *soft law*, mais la greffe sur des instruments *hard* ou le fait interagir avec la coutume. En cela, c'est une source médiate. En revanche, l'acte institutionnel obligatoire est potentiellement une

Minnesota Law Review, vol. 85, n° 71, 2000, pp. 71-145 ; E. T. Swaine, « The Constitutionality of International Delegations », *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, pp. 1492). Les dévoiements auxquels conduit cette lecture exclusivement constitutionnaliste ont été critiqués ; v. H. H. Koh, « 1998 Frankel Lecture : Bringing International Law Home », *Houston Law Review*, vol. 35, 1998, pp. 623-681, spéc. pp. 667-669.

⁶⁶ V. l'art. 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, « Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ».

⁶⁷ V. *infra*, Chapitre 3, pars. 27 et s.

⁶⁸ Le raisonnement de ce chapitre se fait dans l'ordre international. La question de savoir si ou selon quelles modalités la source conventionnelle peut être admise comme source de droit dans l'ordre interne fait l'objet du deuxième titre.

source immédiate de règles juridiques applicables aux litiges⁶⁹. D'où la nécessité de maintenir et d'éclairer la dichotomie entre les actes institutionnels obligatoires et non obligatoires⁷⁰.

44. Les critères de distinction sont évidemment à rechercher dans le traité constitutif. Il est non seulement le fondement de la normativité des actes institutionnels, mais aussi la jauge de leur valeur normative :

*« A principle which seems to be basic is that the power to perform acts is derived from the constitution of an organization [...]. Consequently, the legal effect of these acts should depend on the constitutional provisions in question. »*⁷¹

45. Rechercher la valeur normative revient à déterminer si un acte institutionnel déterminé est investi d'une force obligatoire ou recommandatoire par le traité constitutif, ce qui nécessite une identification des critères de qualification. Les complications viennent néanmoins du fait que le traité constitutif peut être soit ambigu soit silencieux quant à la valeur normative de tel ou tel autre acte de droit dérivé. Dans ces hypothèses, la jurisprudence interne se montre très réticente à reconnaître un caractère obligatoire à ces actes de droit dérivé dont la force normative apparaît diluée et le caractère obligatoire, conditionnel (A.). Des difficultés encore plus insurmontables surgissent lorsqu'on ne cherche plus à déterminer si un tel organe est investi de la compétence statutaire pour prendre des décisions obligatoires, mais à savoir si, à travers un acte donné, il a entendu mettre des obligations juridiques à la charge des destinataires (B.).

A. Critères conventionnels de la valeur normative : distinguer obligatoire et recommandatoire

46. Comment identifier l'obligatoire ? Comme le remarque Chittharanjan Felix Amerasinghe,

⁶⁹ Devant les juges internes, l'affirmation est dépendante des mécanismes de réception.

⁷⁰ Les voix contraires ne manquent pas. Pour ne mentionner que la position récente de Matthias Goldmann : « *In my view, the concept of an instruments binding nature, though it has an undeniable heuristic value, is theoretically elusive and is not a meaningful criterion for a theoretically sound distinction between different kinds of instruments expressing different kinds of commitments.* » (« Inside Relative Normativity », in A. von Bodgandy *et al.* (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, 2010, pp. 697-698). Mais le même auteur donne l'explication pourquoi, du point de vue du juge du moins, cette dichotomie reste pleinement opérationnelle : « *For example, nobody doubts that instruments outside the scope of the sources doctrine are not susceptible to giving rise to damages or claims before international courts.* » (*ibid.*, p. 676).

⁷¹ C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2^e éd., Cambridge, New York, CUP, 2005, p. 162.

« *In most cases ... reference is made either directly or indirectly to acts, such as recommendations or decisions, without further explanation of their effect. In these cases the effect of the acts must strictly be derived by implication and interpretation from the basic constitutional texts. This is so even if constitutional practice is invoked to interpret constitutional provisions.* »⁷²

47. La détermination de la valeur normative devient donc une question d'interprétation des dispositions du traité constitutif, qui va souvent au-delà de la simple exégèse littérale, avec le lot de complications que cela impose : interprétation contextuelle, prise en compte des nuances, détermination de l'objet et du but du traité, influence de la pratique des États membres et des organes institutionnels. Sans surprise, les juges internes, peu habitués à cet exercice, préfèrent souvent ne pas s'y lancer.

48. En l'absence de qualification péremptoire, quel est donc le critère de l'obligatoire ? La jurisprudence tend à identifier comme obligatoires les actes qui dénotent une « intention d'exécution ». Sir Hersch Lauterpacht notait que « les recommandations ne créent pas d'obligations juridiques de *passer à exécution* »⁷³ et la Cour internationale de Justice a repris cette terminologie basée sur l'expectative de mise en œuvre :

« Il serait en effet inexact de supposer que, parce qu'elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l'Assemblée générale est empêchée d'adopter, dans des cas déterminés relevant de sa compétence, *des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant d'une intention d'exécution.* »⁷⁴

49. L'acte obligatoire est celui dont on exige la mise en œuvre. Il en résulte que même l'acte qui laisse une marge de manœuvre importante à ses destinataires, qui n'impose que des obligations souples, qui prévoit la possibilité que l'exécution soit ajournée ou assouplie, demeure un acte obligatoire, si l'intention d'exécution est établie. En effet, dans cette hypothèse, la modulation de la mise en œuvre de l'acte n'est pas dépendante du vouloir de l'État, mais de celui de l'auteur de l'acte.

⁷² *Ibid.*, p. 163. V. aussi M. Virally, « Résolution et accord international », in J. Makarczyk (dir.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Institut de l'État et de droit de l'Académie polonaise des sciences, The Hague/Boston, Martinus Nijhoff publishers, 1984, pp. 299-306, spéc. p. 301.

⁷³ Opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht dans CIJ, avis consultatif, 7 juin 1955, *Sud-Ouest africain - Procédure de vote*, Rec., 1955, p. 115 (nous soulignons).

⁷⁴ CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec., 1971, p. 16, spéc. par. 105, p. 50 (nous soulignons). La partie soulignée semble toutefois plus claire dans sa version anglaise : « [...] resolutions which make determinations or have operative design ».

50. En revanche, il n'est pas aisé d'établir l'intention d'exécution. Elle est le résultat d'un faisceau d'indices cachés dans les dispositions relatives à la compétence normative des organes, aux conditions d'adoption des actes et à leur portée sont pertinentes pour l'appréciation de la valeur normative. Presque toujours, elles relèvent de chapitres différents du texte conventionnel.

1. La sémantique de l'obligatoire

51. Les dispositions conventionnelles qui renseignent sans ambiguïté sur le caractère obligatoire d'un acte sont peu nombreuses. Le terme « obligatoire » est d'ailleurs rarement employé ; en revanche, « l'intention d'exécution » est souvent explicite :

- l'article 25 de la Charte des Nations Unies mentionne l'engagement d'*appliquer* les résolutions⁷⁵ :
« Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'*appliquer* les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte. »
- alors que l'article 48 prévoit l'exécution immédiate et inconditionnelle des mesures prises en vertu du Chapitre VII :
« Les mesures nécessaires à l'*exécution* des décisions du Conseil de sécurité pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales sont prises par tous les Membres des Nations Unies ou certains d'entre eux, selon l'appréciation du Conseil. Ces décisions sont *exécutées* par les Membres des Nations Unies directement et grâce à leur action dans les organismes internationaux appropriés dont ils font partie. »⁷⁶
- le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone prévoit à son article 2, paragraphe 9, alinéa (d), que les amendements à l'Annexe A « *lient* toutes les Parties » ;
- la Convention de l'Organisation météorologique mondiale (1947) prévoit à son article 9 que les Membres « doivent faire tous leurs efforts pour *mettre à exécution* les décisions du Congrès » ;
- les dispositions de la Convention de Chicago (OACI) sont moins catégoriques, car l'intention d'exécution résulte de l'interprétation *a contrario* de l'article 38 :
« Tout État qui estime *ne pouvoir se conformer en tous points* à l'une quelconque de ces normes ou procédures internationales, ou mettre ses propres règlements ou pratiques en complet accord avec une norme ou procédure internationale amendée, ou qui juge nécessaire d'adopter des règles ou des pratiques différant sur un point

⁷⁵ V. en ce sens E. Suy et N. Angelet, « Article 25 », in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^e éd., vol. I, 2005, pp. 909-918.

⁷⁶ V. en ce sens O. Corten, « Article 48 », in *ibid.*, pp. 1295-1302.

quelconque de celles qui sont établies par une norme internationale, notifie immédiatement à l'Organisation de l'aviation civile internationale les différences entre ses propres pratiques et celles qui sont établies par la norme internationale. »

52. L'utilisation de l'expression « entre en vigueur » est également un indice de l'instrument obligatoire :

- l'article v de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine prévoit qu'un amendement au Règlement annexé à la Convention adoptée par la Commission baleinière internationale (CBI) « *entrera en vigueur* à l'égard des Gouvernements contractants quatre-vingt-dix jours après la date à laquelle la Commission l'aura notifiée à chacun des Gouvernements contractants » ;
- l'article 122 du Statut de la CPI (1998) prévoit que les amendements aux dispositions de nature institutionnelle « *entrent en vigueur* à l'égard de tous les États Parties six mois après leur adoption par l'Assemblée ou, selon le cas, par la conférence de révision... »⁷⁷.

53. C'est sur la foi de ce critère – et sans que la désignation de ces actes comme amendements à la convention soit considérée décisive – que la Cour de justice de l'Union européenne a départagé les actes obligatoires de ceux recommandatoires adoptés par la commission mise en place par l'accord AELE :

« [I]l y a lieu d'abord d'examiner la nature juridique des arrangements au regard des catégories d'actes envisagées dans la convention.

À cet égard, il convient de rappeler que, aux termes de l'article 15, paragraphe 1, de la convention, la commission mixte 'formule des recommandations et, dans les cas prévus au paragraphe 3, arrête des décisions'. Selon le paragraphe 2 de cette disposition, les recommandations concernent 'notamment' les amendements à apporter à la convention autres que ceux visés au paragraphe 3, ainsi que toute autre mesure en vue de son application. Le paragraphe 3, sous a) à e), énonce de façon exhaustive les domaines dans lesquels la commission mixte peut prendre des décisions qui selon la dernière phrase de ce paragraphe, *sont exécutées par les parties contractantes conformément à leur législation propre*. Dès lors, les actes prévus par le paragraphe 3 sont des actes obligatoires, alors que les recommandations au sens du paragraphe 2, sous b), sont des actes non obligatoires. »⁷⁸

2. L'opting out comme indication de l'obligatoire

⁷⁷ Comparer avec l'article 121, al. 4 qui prévoit que l'entrée en vigueur des amendements aux dispositions substantielles dépend du dépôt des instruments de ratification ou d'acceptation par au moins sept huitièmes des États Parties.

⁷⁸ CJCE, 24 juin 1993, *Deutsche Shell*, aff. C-188/91, *Rec.*, p. I-387, pars. 13-14 (nous soulignons).

54. L'existence d'une clause d'*opting out* est un indice de l'obligatoire qui ne trompe pas. En effet, ce mécanisme n'a de sens que si l'on accepte le présupposé que l'exigence d'exécution naît avec l'entrée en vigueur de l'acte. L'*opting out* a précisément pour fonction de libérer l'État objectant de cette obligation de mettre en œuvre l'acte institutionnel⁷⁹.

55. Du reste, les États ne se privent pas d'exprimer leur opposition à certains actes recommandatoires⁸⁰. Cependant, cette opposition se distingue des notifications négatives sous deux aspects fondamentaux. D'abord, son expression est rarement organisée par le traité constitutif ; l'opposition aux recommandations n'est, d'ailleurs, ni formalisée, ni formaliste⁸¹. Ensuite et surtout, ses effets juridiques ne sont déterminés ni par le traité constitutif, ni par l'acte institutionnel lui-même, pour la simple raison que les effets juridiques des actes recommandatoires eux-mêmes ne sont que très rarement énumérés, précisés, organisés, par le traité constitutif, mais s'insèrent le plus souvent dans un processus normatif, soit conventionnel, soit coutumier, ou encore dans une dynamique institutionnelle, où la compétence constitutionnelle des organes peut être accrue par l'acquiescement des États⁸².

3. L'appréciation des critères conventionnels de l'obligatoire par la jurisprudence interne

56. Plusieurs constats se dégagent de l'examen de la jurisprudence interne relative à la valeur normative des actes. Le premier est relatif à la permanence de la *summa divisio* entre obligatoire et non obligatoire : compte tenu du fait que la première étape du raisonnement judiciaire est d'identifier le caractère obligatoire ou non de l'acte, il est patent que la distinction garde toute sa pertinence judiciaire. C'est un truisme, mais il vaut la peine d'être rappelé. Occasionnellement, des juges ont tout simplement exclu les actes recommandatoires de la catégorie des normes juridiques, sans doute en estimant que le droit n'est qu'un ensemble de normes obligatoires. Certaines jurisprudences relatives à la Déclaration universelle des droits de l'homme en sont des exemples topiques. Le juge belge a considéré que :

⁷⁹ V. aussi *infra*, pars. 112 et s.

⁸⁰ V. J.-F. Flauss, « Les réserves aux résolutions des Nations Unies », *op. cit.*, note 22, spéc. pp. 9-15.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Même s'il ne va pas toujours sans tension, le rôle de la pratique institutionnelle dans la détermination des compétences des organes est aujourd'hui établi (v. J. E. Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, *op. cit.*, note 42, pp. 87-92).

« [L]a Déclaration universelle des droits de l'homme est une *déclaration de principe* dont la violation ne peut être invoquée utilement à l'appui d'un recours devant le Conseil d'État [...]. »⁸³

57. Rares sont les hypothèses où le juge interne se hasarde à préciser les conditions de la force obligatoire d'un acte institutionnel. Il assumerait plus volontiers son embarras devant la question, et ceci même en présence des résolutions du CSNU :

« *It suffices for us to affirm on the ground, related to the issue of standing, but analytically distinct, that even assuming there is an international obligation that is binding on the United States a point we do not in any way reach on the merits, the U.N. resolution underlying that obligation [Résolution 301 (1971)] does not confer rights on the citizens of the United States that are enforceable in court in the absence of implementing legislation. In holding that the U.N. Security Council Resolution involved here is not self-executing, we avoid the larger questions raised by this case: under what circumstances a Security Council resolution can create a binding international obligation of the United States; whether Article 25 of the U.N. Charter, in which the member nations agree to carry out the resolutions of the Council, can ever give rise to a self-executing resolution; and so on.* »⁸⁴

58. L'arrêt *Diggs v. Richardson* de la Cour d'appel du district de Columbia date de 1976, une époque à laquelle l'effet juridique des différents types de résolutions du Conseil de sécurité était encore en débat sur le plan international⁸⁵. Depuis, les incertitudes se sont dissipées : la pratique abondante du Conseil de sécurité depuis 1990 a d'ailleurs rendu indispensable une clarification en la matière. Assurément, des zones d'ombre subsistent encore, et la pratique des décisions évolue en permanence. Mais la fermeté des réponses internationalistes au sujet fondamental du caractère obligatoire des décisions du CSNU se reflète dans l'assurance avec laquelle l'ordre interne lui-même adopte cette prise de position. La portée des articles 25 et 48 de la Charte apparaît aussi bien aux juges de tradition dualiste, comme ceux du Royaume-Uni :

⁸³ Belgique, Conseil d'État, 12 nov. 1998, n° 76.906, disponible depuis le moteur de recherche du site Internet de la juridiction : <<http://www.raadvst-consetat.be/?page=caselaw&lang=fr>>. Pour d'autres exemples, v. Slovaquie, Cour constitutionnelle, 5 avr. 2006, *K v. Judicial and Criminal Police of the District Police Directorate and General Prosecutor of Slovakia, Constitutional complaint procedure*, I. ÚS 126/06 ; ILDC 1207 (SK 2007) ; Royaume-Uni, Chambre des Lords, 15 févr. 2006, *Januzi v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 5 ; 9 déc. 2004, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another*, [2004] UKHL 55 ; Privy Council, 7 juil. 2004, *Boyce and another v. The Queen*, [2004] UKPC 3 ; Inde, Cour suprême, 24 avr. 1973, *His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and ors vs. State of Kerala and anr*, AIR 1973 SC 1461 ; Sri Lanka, Cour suprême, 30 oct. 1981, *Velmurugu v. The Attorney General and Another*, n° 74/81 ; 12 déc. 1988, *Mrs. W.M.K. de Silva v. Chairman Ceylon Fertilizer Corporation*, n° 7/88, § 403 ; Nouvelle-Zélande, High Court, 4 juin 2010, *Isak v Refugee Status Appeals Authority*, CIV-2009-404-5923.

⁸⁴ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 17 déc. 1976, *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848, *ILR*, vol. 95, p. 613, notes de bas de page omises (nous soulignons).

⁸⁵ V. CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, préc., note 74.

« Further, article 25 of the United Nations Charter provides that the members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the Charter. Chapter VII of the Charter empowers the Security Council to determine that there exists a breach of the peace. When the council has made such a determination, as happened in the present case on the very day of the invasion, the council may decide upon measures to restore international peace and security. These measures include both military and non-military measures. Decisions of the Security Council taken under these chapter VII powers are legally binding upon all members of the United Nations [...]. »⁸⁶

qu'à ceux de tradition moniste⁸⁷, comme la Suisse:

« Conformément à l'article 25 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (Charte; SR 0.120), les États membres conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la Charte. Les *décisions du Conseil de sécurité* [...] ont donc un effet obligatoire pour les États membres. Pour les décisions du Conseil de sécurité adoptées sur le fondement des articles 41 et 42 de la Charte relatif au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, ceci résulte de l'article 48§2 de la Charte. »⁸⁸

59. La capacité statutaire de créer des normes obligatoires (donc l'existence d'un pouvoir normatif propre) est considérée comme un attribut essentiel d'un organe institutionnel. Partant, si le traité constitutif ne l'en investit pas, les actes de cet organe ne peuvent avoir d'effet obligatoire. Toujours au sujet de la DUDH, dont l'article 10 avait été invoqué dans une affaire d'imposition, la chambre plénière de la Cour suprême hollandaise avait considéré que :

« *the Universal Declaration cannot be qualified as a decision of an international institution as meant in Art. 67 [now Art. 93] of the Constitution, since the resolution is not founded on a power conferred by or in virtue of a treaty to take resolutions that are (legally) binding on the Netherlands, but apparently is founded on a power conferred to the General Assembly in Chapter IV of the UN Charter to make recommendations.* »⁸⁹

⁸⁶ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 8 avr. 2002, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co* (n^{os} 4 et 5), UKHL 19 ; 2 *WLR* 1353, 2002, pars. 22-23 (Lord Nicholls of Birkenhead) (nous soulignons).

⁸⁷ La distinction moniste-dualiste n'a d'ailleurs aucune influence, puisque la détermination de la valeur juridique se fait selon les critères l'ordre international (v. *supra*, par. 25 et s).

⁸⁸ Suisse, Tribunal fédéral, 14 nov. 2007, *Nada c. Secrétariat d'État à l'économie*, BGE n^o 133, vol. II, pars. 4-5, p. 450 (original en langue allemande disponible sur internet, à l'adresse : <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>). La traduction en français est tirée de la thèse de W. Woll, *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, thèse soutenue le 13 déc. 2010, à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense). V. aussi Suisse, Tribunal fédéral, 23 janv. 2008, *Khalaf Al-Dulaimi c. Département fédéral de l'économie*, 2A.785/2006, disponible en ligne : <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>.

⁸⁹ Pays-Bas, Cour suprême (Hoge Raad), 7 nov. 1984, *NJ* 1985, p. 247. Traduction tirée de E. A. Alkema, « The Commentaries on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital – Effective on Domestic Law or in the Need of Alternatives », in S. Douma, F. A. Engelen (dir.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam, IBFD, 2008, p. 179. V. aussi E. A. Alkema, « Netherlands », in D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011, spéc. pp. 407-428.

60. Ce pouvoir normatif propre doit être prévu dans les traités. Faute d'une disposition expresse en ce sens, l'acte institutionnel est présumé recommandatoire :

« Considérant que la convention de 1992 instituant le FIPOL ne détermine nullement les conditions dans lesquelles les actes internes de ce fonds de garantie (...) pourraient produire des effets directs à l'égard des États membres et de leur juridiction ; Qu'en l'absence de toute précision à cet égard dans l'acte constitutif (...), *un pouvoir normatif propre ne saurait être reconnu à cet organisme intergouvernemental* »⁹⁰

61. Il s'ensuit que la théorie des compétences implicites ne peut être distendue au point de faire admettre un pouvoir de décision au bénéfice d'un organe qui n'est investi que d'un pouvoir de recommandation⁹¹. Dans son rapport à l'IDI, K. Skubiszewski a d'ailleurs exclu cette possibilité en des termes très catégoriques : « *[T]he power of an international organ to legislate for States cannot be implied but it must result from an unequivocal authorization* »⁹². Sur ce fondement, les communications individuelles du Comité des droits de l'homme ont ainsi été écartées comme étant non obligatoires :

« *The 'views' of the HRC are not binding under international law. They merely have the effect of a moral appeal. Even though states which had previously adhered to the HRC's 'views' had never denied the authoritative character of a determination of a violation of the ICCPR, a majority of them had stressed that any compensation was made only ex gratia.* »⁹³

62. En revanche, la création d'organes subsidiaires est généralement admise⁹⁴. Si l'organe principal est investi d'un pouvoir normatif propre, la jurisprudence interne en admet aussi la délégation à l'organe subsidiaire⁹⁵ :

« *L'effet obligatoire des décisions du Conseil de sécurité fonde celui des décisions d'organes subsidiaires, notamment des Comités de sanctions.* »⁹⁶

⁹⁰ France, Cour d'appel de Rennes, 25 mai 2004, *FIPOL (Erika)*, n° 04/00528 (nous soulignons).

⁹¹ Les actes intervenant dans la sphère interne de l'organisation doivent être mis à part. La jurisprudence internationale a toujours admis ce pouvoir d'organisation des activités internes (v. CIJ, avis consultatif, 13 juil. 1954, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, *Rec.*, 1954, spéc. p. 61).

⁹² K. Skubiszewski, « The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-Contractual Instruments Having a Normative Function or Objective », 30^e Commission, Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, *Preliminary Exposé*, 21 juil. 1979, *Ann. IDI*, vol. 61 (Session d'Helsinki), t. I, 1985, p. 34 ; v. égal. *ibid.* p. 35 *in fine*.

⁹³ Autriche, Cour suprême, 6 mai 2008, *Perterer v. Land Salzburg and Austria*, ILDC 1592 (AT 2008), par. 9.

⁹⁴ CIJ, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, préc., note 91, spéc. p. 57 ; TPIY, *Duško Tadić*, 10 août 1995, IT-94-I-T, § 22, v. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *op. cit.*, note 59, pp. 408-413 ; J. E. Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, *op. cit.*, note 42, pp. 92-95.

⁹⁵ Il en irait probablement différemment si les États venaient à s'y opposer sur le plan international, mais ceci relève de l'application de la théorie des compétences implicites.

⁹⁶ Suisse, Tribunal fédéral, 23 janv. 2008, *Khalaf Al Dulimi c. Département fédéral de l'économie*, 2A.785/2006, disponible en ligne : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>.

B. Les mécanismes perturbateurs de la distinction entre l'obligatoire et le recommandatoire

63. La détermination des actes obligatoires suit en principe une approche instrumentale : est obligatoire l'acte adopté en vertu de dispositions conventionnelles assorties d'une intention d'exécution⁹⁷ et dont l'entrée en vigueur est indépendante des consentements étatiques. Pour déterminer si un acte est obligatoire, il suffit *a priori* d'analyser des dispositions conventionnelles pertinentes pour identifier ces éléments. Cette approche instrumentale est parfois mise à mal par deux phénomènes : celui des dispositions conventionnelles qui suggèrent vaguement une intention d'exécution ; et celui des actes institutionnels formulés en termes recommandatoires. Cependant, seul le premier affecte la nature obligatoire ou recommandatoire de l'acte.

1. Une intention d'exécution vaguement établie

64. Toutes les dispositions conventionnelles n'ont pas la clarté de celles citées en modèle pour identifier la sémantique de l'obligatoire⁹⁸. L'exemple des annexes à la Convention OACI est sans doute le plus connu. La distinction instrumentale entre les divers actes n'est pas fiable : d'abord, parce que la Convention utilise des expressions comme « règlements », « normes », « procédures », « méthodes d'organisation », « pratiques » ou « procédures recommandées », qui désignent des instruments adoptés par les mêmes organes, selon les mêmes procédures et sans que leurs effets juridiques soient différenciés. Une résolution de l'Assemblée de l'OACI a essayé de préciser les critères de distinction entre les normes et les pratiques recommandées, qui toutes les deux sont désignées comme annexes (v. article 54, paragraphe 1 de la Convention) : ainsi, une *norme* est une « spécification » dont l'application est jugée nécessaire et une *pratique recommandée* est une « spécification » dont l'application est jugée désirable⁹⁹. *A priori*, seules les normes sont obligatoires¹⁰⁰. Mais comme un même instrument – appelé « annexe » bien qu'il ne soit pas annexé à la Convention – peut contenir à la fois des normes et des pratiques recommandées, la distinction fondée sur *l'instrumentum*

⁹⁷ V. *supra*, pars. 46 et s.

⁹⁸ V. *supra*, pars. 50-52.

⁹⁹ Résolutions de la Première Assemblée de l'OACI, des 6-27 mai. 1947, Doc. n° 4411 (AI-P/45), 6 juin 1947, spéc. AI-31, pp. 27-29 ; v. M. Mankiewicz, « L'adoption des annexes à la convention de Chicago par le Conseil de l'O.A.C.I. », in *Beiträge zum internationalen*, Düsseldorf, Luftrecht, 1954, pp. 82-94 ; J.-F. Dobelle, « Le droit dérivé de l'O.A.C.I. et le contrôle du respect de son application », *AFDI*, vol. 49, 2003, p. 455 ; J. Dehaussy et H. Ascensio, « Les actes unilatéraux et l'action normative des organisations internationales », *op. cit.*, note 14, par. 52.

¹⁰⁰ V. Th. Buergenthal, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, New York, Syracuse University Press, 1969, spéc. pp. 80-88.

est compromise. En effet, il ne reste qu'à se reporter au texte de chaque annexe et à identifier, paragraphe par paragraphe, si son application est « nécessaire » ou « désirable »¹⁰¹. En outre, il arrive aussi que l'OACI vote telle ou telle norme d'abord comme « pratique recommandée », pour la transformer quelque temps après en « norme »¹⁰².

65. La complexité du mécanisme n'encourage pas la jurisprudence interne à se lancer dans l'appréciation du caractère obligatoire. Une décision exemplaire de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande¹⁰³ traite de la valeur normative des annexes. Le juge identifie d'abord les mécanismes de décision dans l'OACI, le rôle des divers organes dans le processus décisionnel, afin de dresser le tableau le plus clair possible du processus normatif de l'organisation. Il se penche ensuite sur l'annexe particulière dont il était saisi (annexe n°13), il en identifie le sujet, il remonte aux dispositions conventionnelles qui concernent la même matière (en l'occurrence, l'article 26). Or celui-ci ne met en évidence qu'une intention très conditionnelle d'exécution :

« En cas d'accident [...], l'État dans lequel l'accident s'est produit ouvrira une enquête sur les circonstances de l'accident, *en se conformant, dans la mesure où ses lois le permettent, à la procédure qui pourra être recommandée par l'Organisation de l'aviation civile internationale.* »

Le juge constate, à juste titre, que « [this] *obligation is not as rigid as some obligations imposed by [the Convention]* »¹⁰⁴. Il procède ensuite à une analyse du texte de l'annexe lui-même, et fournit une interprétation textuelle et contextuelle du paragraphe de l'annexe invoquée en l'espèce, pour conclure :

« *The relevant texts and their history lead us to the conclusion that annex 13 and in particular para 5.12 (especially its first sentence) do not impose on contracting states an absolute rule of full binding force.* »¹⁰⁵

¹⁰¹ J. Dehaussy et H. Ascensio considèrent que la présence des verbes « shall » pour les normes et « should » pour les pratiques recommandées permet de les distinguer (« Les actes unilatéraux et l'action normative des organisations internationales », *op. cit.*, note 14).

¹⁰² V. not. J.-F. Dobbelle, « Le droit dérivé de l'O.A.C.I... », *op. cit.*, note 99, pp. 457-458 ; B. Trigeaud, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II Panthéon-Assas, 2013, pp. 355 et s. ; L. Grad, « L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 492-515.

¹⁰³ Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association Inc. v. Attorney-General*, [1997] 3 NZLR 269 (CA), *ILR*, vol 120, p. 555. Kenneth Keith, ultérieurement juge à la Cour internationale de Justice, faisait partie du complexe de jugement de la Cour d'appel et était le principal responsable de la rédaction de l'arrêt, ce qui explique, sans doute, son exemplarité.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 558.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 562-563.

66. La démonstration s'étale sur une dizaine de pages¹⁰⁶ et le juge limite son constat de force non obligatoire à la première partie du paragraphe 5.12 de l'annexe 13. C'est dire si le processus de la détermination de la force obligatoire d'une annexe OACI est laborieux !

67. D'autres juridictions internes ne s'embarrassent pas de ces nuances : ainsi, la jurisprudence française a résolu le problème¹⁰⁷ en niant la force obligatoire à l'ensemble des annexes OACI, qu'il s'agisse de « normes » ou de « pratiques recommandées » :

« [I]l ressort clairement de la convention de Chicago en date du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, et notamment de ses articles 37 et 38 relatifs aux 'normes et pratiques recommandées internationales', que *les normes adoptées par l'Organisation de l'aviation civile internationale, compte tenu de leur nature et notamment des possibilités de dérogations qu'elles comportent, constituent des recommandations s'adressant aux États* et ne peuvent être invoquées utilement à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir ; que, dès lors, le moyen tiré par le syndicat requérant de la violation de certaines normes adoptées par le conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale et désignées, selon les termes mêmes de l'article 54 de la convention de Chicago, 'pour des raisons de commodité', comme 'annexes' à la convention, ne peut être accueilli. »¹⁰⁸

68. Du point de vue de la rigueur juridique, cette abdication à la mission consistant à déterminer la valeur normative d'un acte n'est guère satisfaisante. Mais elle met en évidence les difficultés que peuvent rencontrer les juges internes pour donner la réponse à une question somme toute essentielle : celle de savoir si un acte est obligatoire ou non, s'il appartient à la catégorie du droit dur ou à celle du droit souple, en se fondant sur des critères de droit international. Au demeurant, elle explique bien la préférence pour les arguments fondés sur les rapports de systèmes, en particulier pour l'exigence d'incorporation des actes institutionnels, qui sera mise en exergue au chapitre 3 de cette étude.

2. L'influence délétère du contenu sur la nature de l'acte

69. Il existe une tendance dans la jurisprudence et la doctrine internationaliste à apprécier la valeur normative non pas à l'aune de l'instrument adopté, mais à celle de son contenu¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 555-563.

¹⁰⁷ V. *infra* par. 120-121, et jurisprudence citée en note de bas de page.

¹⁰⁸ France, Conseil d'État, 20 nov. 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, n° 09839, *Lebon*, p. 428 (nous soulignons). V. égal. Conseil d'État, 7 oct. 1998, *M. Larquetoux*, n° 185657, *Lebon T.*, p. 667 ; Conseil d'État, 23 nov. 2001, *Compagnie nationale Air France*, n° 195550, *Lebon*, p. 576, *RTD Com.*, n° 3, sept. 2002, p. 597 note de Ph. Delebecq ; Cour d'appel de Paris, *Compagnie nationale Air France*, n° 96PA02799, *Lebon*, p. 563, *AJDA*, n° 3, mars 1998, p. 227, note de C. Lambert.

¹⁰⁹ Il faut réserver les cas où l'acte en question est d'apparence conventionnelle (du type accords concertés non conventionnels ; *gentlemen agreements* ou *memorandum of understanding*). Pour ces hypothèses, « [a] key

On considère ainsi que si l'acte institutionnel en cause prévoit des obligations souples ou des principes vagues, cet acte relève du recommandatoire¹¹⁰. En somme, un *soft negotium* se cacherait derrière un *hard instrumentum*. L'appréciation n'est toutefois pas sans difficulté ; non pas en raison de l'absence supposée de normativité de la *soft law*¹¹¹, mais pour les motifs très pragmatiques qui imposent le maintien de la distinction obligatoire/ non obligatoire.

70. Certes, la Cour internationale de Justice a ouvert la voie d'une telle approche, permettant d'établir le caractère obligatoire d'une norme à partir du contenu d'un acte, lorsqu'elle a répondu à un argument similaire dans l'avis consultatif sur la *Namibie* :

« On a soutenu aussi que les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité sont rédigées en des termes qui leur confèrent plutôt le caractère d'une exhortation que celui d'une injonction et qu'en conséquence elles ne prétendent ni imposer une obligation juridique à un État quelconque ni toucher sur le plan juridique à l'un quelconque de ses droits. *Il faut soigneusement analyser le libellé d'une résolution du Conseil de sécurité avant de pouvoir conclure à son effet obligatoire.* Étant donné le caractère des pouvoirs découlant de l'article 25, il convient de déterminer dans chaque cas si ces pouvoirs ont été en fait exercés, compte tenu des termes de la résolution à interpréter, des débats qui ont précédé son adoption, des dispositions de la Charte invoquées et en général de tous les éléments qui pourraient aider à préciser les conséquences juridiques de la résolution du Conseil de sécurité. »¹¹²

71. Ce critère est peut-être approprié pour le juge international, qui doit apprécier l'étendue des obligations d'un État, le plus souvent afin de déterminer s'il les a violées. Elle est pratiquement impossible à mettre en œuvre par un juge interne, qui doit apprécier si un acte institutionnel est une source de droit susceptible de trouver application dans l'ordre

factor in distinguishing a 'non-legally binding instrument' from a treaty is the intention of the parties. » (CPA, sentence arbitrale du 24 mai 2005, *Royaume de Belgique c. Royaume des Pays-Bas (chemin de fer dit Iron Rhine 'Ijzeren Rijn')*, RSA, vol. XXVII, par. 142. spéc. p. 92 ; v. égal. CIJ, 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, *Rec.*, 2001, p. 40. Le texte est alors le premier indicateur de l'intention des parties, bien qu'il ne soit pas le seul.

¹¹⁰ Le débat est ample et les références ici seulement indicatives : R. R. Baxter est l'un des premiers auteurs à avoir interprété la *soft law* dans ce sens : « International Law in 'Her Infinite Variety' », *ICLQ*, vol 29, n° 4, oct. 1980, pp 549-566 ; v. égal. T. Gruchalla-Wesierski, « A Framework for Understanding 'Soft Law' », *Revue de droit de McGill*, vol 37, 1984-1985, pp. 39-44 ; A. Boyle, « Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law », *ICLQ*, vol 48, n° 4, 1999, pp. 901-913 ; G. Abi-Saab, « Eloge du 'droit assourdi' : quelques réflexions sur le rôle de la *Soft Law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59-68 ; A. Pellet, « Le bon droit et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international) », in *Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493 ; A. Boyle et C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford/New York, OUP, 2007, p. 220 ; J.-M. Jacquet, « L'émergence du droit souple (ou le droit 'réel' dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2009, pp. 331-348 ; J. d'Aspremont, « Softness in International Law : A Self-Serving Quest for New Legal Materials », *EJIL*, vol. 19, n° 5, 2008, pp. 1075-1093, spéc. p. 1084.

¹¹¹ V. P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international? », *RGDIP*, vol. 86, n° 1, 1982, pp. 5-47.

¹¹² CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, préc., note 74, p. 53, par. 114 (nous soulignons).

interne. Il réfléchit dès lors en termes de sources de droit, et il lui serait difficile de nuancer la réponse en fonction du contenu de l'acte, donc de son interprétation. En effet, dans tout raisonnement judiciaire, la détermination du caractère obligatoire est un préalable¹¹³ ; elle précède l'interprétation de l'acte lui-même et ne saurait donc en résulter. En outre, le fondement de la valeur normative d'un acte institutionnel réside dans le traité constitutif et non dans l'acte lui-même ; les organes dérivés n'ont pas de pouvoir normatif primaire. Ils ont un pouvoir normatif dérivé, et ils en sont investis par les États, agissant par le biais du traité constitutif. Il en résulte que la valeur normative d'un acte ne peut pas varier au gré de la volonté de l'organe, elle est prédéterminée par le traité constitutif. Elle ne peut pas non plus varier au gré de la subjectivité du juge, car, en définitive, si la force obligatoire est conditionnée par le contenu de l'acte, elle l'est donc par son interprétation aussi. Ceci laisse une marge de manœuvre à l'interprète, un juge d'un des États membres de l'organisation, d'autant plus importante que les critères sont indéfinis.

72. Finalement, pour difficile que soit la taxinomie des obligations internationales en fonction de leur objet, il est du moins admis que la faible intensité d'une obligation n'entraîne pas sa déchéance. Carlo Santulli rappelle à point nommé que les prestations requises par les obligations sont complexes, et qu'elles s'agencent en obligations conjonctives ou additionnelles, obligations alternatives et obligations facultatives¹¹⁴. Par ailleurs, le droit international accepte sans mal à la fois les obligations de comportement et celles de résultat comme étant des obligations juridiques¹¹⁵. *A fortiori* lorsque les actes institutionnels indiscutablement obligatoires laissent aux États une large marge d'appréciation pour leur mise en œuvre. Et si le concept de marge d'appréciation est important pour déterminer l'étendue des obligations étatiques, il n'influe pas sur leur existence. Dès lors, si un juge étatique entend déterminer la valeur normative d'un acte à partir de son contenu, ses conclusions seront nécessairement superflues car elles confirmeraient des hypothèses déjà démontrées par d'autres moyens¹¹⁶.

¹¹³ V. *supra*, par. 56.

¹¹⁴ C. Santulli, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, pp. 199-200.

¹¹⁵ V. R. Wolfrum, « Obligation of Result versus Obligation of Conduct : Some Thoughts about the Implementation of International Obligations », in M. Arsanjani *et al.* (dir.), *Looking to the Future : Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 363-384 ; v. égal. J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203.

¹¹⁶ Pour une telle application, v. France, Cour d'appel de Rennes, 2^e ch., 25 mai 2004, *FIPOL*, préc., note 90) : « Que le terme 'estime' n'a pas de portée décisive, mais correspond à l'expression d'une opinion et d'un souhait ; que la plupart des délégations des états membres a indiqué 'que cette résolution visait simplement à

73. En revanche, si les termes d'un acte ne sont pas porteurs d'effets normatifs (ou, pour reprendre la formule de la CIJ, « *[do not] make determinations [nor] have operative design* »¹¹⁷), ils seront insusceptibles de produire un effet direct, donc de trouver application dans un procès interne. L'instrument en soi reste obligatoire ou recommandatoire, sur la base des critères dégagés à partir du traité constitutif, mais sa force normative sera amoindrie par son contenu¹¹⁸. Les juges internes en conclueront que le droit institutionnel laisse une large marge de manœuvre aux autorités internes, mais non que les actes sont dépourvu de valeur obligatoire.

Section II. L'opposabilité des actes institutionnels

74. Après avoir identifié la source et les critères de la force normative des actes institutionnels et tracé ainsi les contours de l'autorité normative dérivée, il convient de préciser à l'égard de qui cette autorité s'exerce et en vertu de quels principes. En d'autres termes, il convient d'établir les conditions de l'opposabilité des actes institutionnels à d'autres sujets du droit international.

75. L'opposabilité est définie par le dictionnaire *Salmon* comme « l'aptitude d'une règle juridique, d'un droit ou d'une situation de fait à développer des effets juridiques envers des sujets de droit extérieurs... »¹¹⁹. Puisqu'elle met face à face¹²⁰ une règle et ses sujets, l'opposabilité est une relation qui s'établit entre ces deux pôles et non pas une qualité intrinsèque de la norme¹²¹. Il convient donc de la distinguer de la valeur normative, entendue

encourager les tribunaux nationaux à tenir compte des décisions du fonds relatives à l'interprétation et à l'application des conventions de 1992, reconnaissant que la décision définitive à cet égard appartenait aux tribunaux', certaines délégations ayant même formulé des réserves aux motifs que le texte de cette résolution 'à leur avis pouvait être interprété comme une tentative pour influencer exagérément les tribunaux' ».

¹¹⁷ V. *supra*, par. 51.

¹¹⁸ Ce mélange des genres n'est pas inconnu de l'ordre interne (v. ainsi la censure par le Conseil constitutionnel français, des lois sans contenu normatif (V. Champeil-Desplats, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007 ; B. Mathieu, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007 ; Conseil d'État, *Droit souple. Etude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, coll. « Études et documents du Conseil d'État » n° 64, 2013, pp. 48-50).

¹¹⁹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 782.

¹²⁰ Selon Le Petit Robert, est « opposable » ce « Qui peut être mis en face, vis-à-vis ».

¹²¹ Certains auteurs internationalisent l'élève toutefois au rang de méthode d'appréciation de la validité de la norme. Carlo Santulli considère l'opposabilité comme étant une « appréciation [subjective] de la conformité au droit international » (*Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit*

comme qualité objective, intrinsèque, de l'acte. Le caractère subjectif de l'opposabilité est renforcé par sa dimension relative : étant une relation entre une norme et un sujet, l'opposabilité est par essence relative ; elle ne concerne que ces deux pôles et un prononcé d'opposabilité n'affecte pas la situation juridique d'un autre sujet¹²².

76. En principe, c'est donc l'engagement institutionnel qui fonde l'opposabilité des actes d'une organisation internationale à ses États membres¹²³. Celui-ci n'est cependant pas l'unique fondement de l'opposabilité : il est des hypothèses où l'engagement institutionnel est insuffisant et le consentement spécial de l'État à l'acte institutionnel lui-même est exigé ; il en est d'autres où le droit institutionnel tend à s'imposer en dehors de tout engagement institutionnel. Avant d'analyser ces diverses hypothèses, il faut s'attarder sur une question de principe : l'opposabilité est-elle réservée aux actes institutionnels obligatoires seulement¹²⁴ ou s'étend-elle aux actes recommandatoires ? Si l'on accepte que les actes non obligatoires ont une portée normative, *quod est*, et que l'engagement institutionnel est la source de l'opposabilité, il n'y a aucune raison d'exclure les actes recommandatoires de la catégorie des actes opposables. Il suffit de tenir compte des conséquences différenciées qu'engendrent les deux types d'actes et ne pas trahir l'engagement institutionnel (donc ne pas dépasser les limites des pouvoirs normatifs, telles que fixées par le traité constitutif¹²⁵). L'opposabilité n'est pas un concept qui mue le recommandatoire en obligatoire. Elle permet seulement de préciser à l'égard de qui la norme produit les effets que lui attache le traité constitutif (ou encore le droit international général). L'application indirecte des actes recommandatoires par la jurisprudence interne (v. Chapitre 2) confirme qu'ils exercent une forme d'opposabilité.

interne par le droit international, Paris, Pedone, 2001, p. 358 ; v. aussi, du même auteur, « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 50, 2004, p. 567 ; et J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, note 115.

¹²² La caractéristique de relativité est considérée par J. G. Starke comme une raison pour introduire le concept d'opposabilité en droit international : « *the use of the term 'opposability' precludes any false inference of general invalidity* » (« The Concept of Opposability in International Law », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 5, 1968-69, p. 3).

¹²³ V. *supra*, Introduction générale, pars. 40 et s.

¹²⁴ V. J.-G. Mahinga, « L'opposabilité des normes et actes juridiques en droit international », *op. cit.*, note 12, et J.-P. Jacqué et F. Rigaldiès, « Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public », *Thémis*, n° 3, 1980-1981, pp. 417-451.

¹²⁵ V. en ce sens, M. Virally, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, vol. 2, 1956, pp. 86-87.

§ 1. L'engagement institutionnel, source prééminente d'opposabilité

77. La mise en exergue du consentement étatique comme fondement de l'opposabilité de la norme internationale à l'État a d'ordinaire pour fonction de réaffirmer la souveraineté étatique dans les relations internationales, notamment entre une organisation et ses membres. On s'attendrait à ce que le juge interne, organe d'un État à qui la norme s'impose potentiellement, soit un ardent défenseur du consentement étatique, donc de la souveraineté, comme source d'opposabilité (A.). Ce n'est pourtant pas la conclusion à laquelle conduit l'examen de la jurisprudence interne. Même si le juge interne n'est pas toujours accueillant à l'égard des normes institutionnelles, il excipe rarement de l'absence de consentement ou d'une atteinte à la souveraineté étatique pour en dénier l'opposabilité de principe. Et accepte même que la qualité de membre de l'organisation soit source d'opposabilité (B.).

A. L'infécondité des arguments fondés sur le respect de la souveraineté étatique

78. La rhétorique de la souveraineté semble avoir peu de prise sur l'appréciation par les juges internes de l'opposabilité d'un droit institutionnel, même si ce droit est adopté par un sujet tiers et s'impose à l'État même sans son consentement immédiat.

79. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande, dans une décision de 1994, avait qualifié l'obligation d'exécuter les décisions du CSNU comme étant une forme de restriction des compétences souveraines des membres des Nations Unies :

*« The UN Charter restricts its individual members in exercising their sovereignty. In particular, according to article 25 of the Charter, resolutions of the Security Council are legally binding and must be implemented by the Member States according to their obligations. »*¹²⁶

Dans l'argumentaire du juge constitutionnel allemand, la restriction des compétences souveraines est un corollaire de la nature obligatoire des décisions du CSNU. Mais aucune autre conséquence que celle de l'obligation de les mettre en œuvre n'en avait été tirée.

¹²⁶ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 12 juil. 1994, *International Military Operations (German Participation)*, 2 BVE 3/92, *ILR*, vol. 106, p. 329 (nous soulignons).

80. Toutefois, cette approche est semée d'embûches. Dans sa dimension ontologique¹²⁷, la souveraineté se pare d'attributs absolus, c'est un concept difficile à décliner par degré. Il en va de même des restrictions : elles deviennent difficiles à quantifier, et tendent à avoir des conséquences aussi englobantes que le principe lui-même. Comme le souligne Dan Sarooshi,

*« This approach [focused on sovereignty] has often led to international organizations being viewed with suspicion, and as being problematic, from the perspective of the State, since certain domestic commentators consider that these organizations involve the 'loss' of a State's sovereignty. »*¹²⁸

81. En même temps, il est difficile de nier la réalité d'un transfert de compétences normatives à une organisation internationale, puisque c'est la raison même de leur création : *« International law does not prevent a State from conferring its sovereign powers of government on international organizations »*¹²⁹. Très souvent d'ailleurs, la régulation par le biais d'organisations internationales relève même d'une nécessité factuelle : *« International regimes are necessary normative and administrative solutions to transnational problems (...) [like] trade, environment, communications, transportation, human rights, collective security, arms, or disease control »*¹³⁰. Constaté l'existence d'un transfert de compétences, notamment normatives, au bénéfice des organisations internationales reviendrait à rappeler une évidence. Il n'est pas certain que l'adjonction de l'épithète « souveraines » rajoute quelque chose à la force explicative de ce constat, du moins pas du point de vue de l'opposabilité des obligations institutionnelles aux États membres.

82. Du fait même du caractère insaisissable du concept de souveraineté, il est rare que les décisions judiciaires internes le mettent explicitement en lien avec les obligations institutionnelles. En effet, considérer par exemple les décisions du Conseil de sécurité comme une forme de restriction de la souveraineté reviendrait à écarter toute autre norme de droit international protectrice de la souveraineté étatique au nom de l'exécution de ces résolutions. Si les résolutions sont des restrictions à l'exercice des compétences souveraines et que cet énoncé métajuridique puisse se muer en un principe juridique, il n'est pas difficile de franchir le gué et de déposséder l'État de certains attributs de la souveraineté au nom de l'exécution

¹²⁷ Pour une mise en perspective de cette dimension ontologique, v. D. Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, OUP, 2005, pp. 11-14.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 18.

¹³⁰ Th. M. Franck, « Can the United States Delegate Aspects of Sovereignty to International Regimes? », in Th. M. Franck (dir.), *Delegating State Powers : The Effect of Treaty Regimes on Democracy and Sovereignty*, Irvington, NY, Transnational Publishers, 2000, p. 2.

des résolutions du Conseil de sécurité. L'exemple en est fourni par les jurisprudences internes ayant eu à traiter des demandes d'indemnisation (contractuelles ou délictuelles) engagées devant les juridictions internes par certains créanciers de l'Irak, des exceptions d'immunité souveraine invoquées par cet État et de l'impact des résolutions du CSNU sur ces exceptions. Les réponses fournies par trois juridictions internes sont éclairantes de l'embarras qu'engendre l'argumentaire fondé sur les restrictions aux compétences souveraines que constitueraient les actes institutionnels obligatoires.

83. En Belgique d'abord : en avril 1990, la société Dumez avait obtenu d'une juridiction de Bagdad la condamnation de l'État irakien à payer le coût des travaux fournis au bénéfice de l'État. Après l'invasion du Koweït et à la suite de l'adoption de la résolution 687 (1991)¹³¹ par le Conseil de sécurité, elle a demandé la validation de saisies-arrêts qu'elle avait fait pratiquer sur les fonds détenus par l'Irak en France et en Belgique. Le Tribunal de première instance de Bruxelles, par un arrêt du 27 février 1995 avait estimé que :

« Attendu qu'il est vrai que ces résolutions, singulièrement la 687, *amputent la souveraineté de l'État d'Irak* en organisant en réalité une vaste mainmise, on pourrait même parler d'une saisie-exécution, sur une part importante de ses revenus pétroliers, elles ne le font que par le biais d'une stipulation pour autrui en faveur des seules victimes de la guerre, c'est-à-dire celles dont les droits sont nés après le 2 août 1990. »¹³²

84. Les termes utilisés par le juge bruxellois sont forts, et dénotent le caractère émotif du contexte politique dans lequel la décision judiciaire intervient : plus qu'une restriction, le juge voit dans les résolutions une forme d'« amputation » de la souveraineté. Mais il n'en fait pas un principe judiciaire ; il ne se trompe pas (entièrement) sur la portée des résolutions du Conseil de sécurité en ce cas d'espèce ; mis à part les concepts internes civilistes (telle la saisie-exécution, ou la stipulation pour autrui), il apprécie correctement la portée des obligations d'indemnisation que les résolutions engendrent pour l'Irak et l'impact que ces résolutions ont sur l'immunité étatique ; il maintient l'opérativité de la distinction traditionnelle entre actes *de jure gestionis* et actes *de jure imperii* pour apprécier l'étendue de l'immunité d'exécution.

¹³¹ Sur cette rés., v. M. Albaret, E. Decaux *et al.* (dir.), *Les grandes résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 121-136.

¹³² Belgique, Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles, *Irak c. S.A. Dumez*, 27 févr. 1995, n° 960493, *Journal des tribunaux*, 1995, p. 565 ; reproduit égal. dans. *ILR* vol. 106, pp. 285-293 (nous soulignons).

85. Il n'en va pas de même du juge français : la Cour de cassation française avait estimé, dans un premier temps, que :

« Attendu que pour décider que l'État irakien était fondé à opposer à la société Dumez GTM son immunité d'exécution à la saisie pratiquée sur les fonds de l'Ambassade d'Irak en France et constater que ladite saisie était sans effet, *l'arrêt attaqué relève qu'en dépit des sanctions internationales dont il a fait l'objet, l'Irak reste un État souverain, toujours membre de l'Organisation des Nations Unies et dont la souveraineté a d'ailleurs été réaffirmée par la résolution 687 adoptée par le Conseil de sécurité dans sa séance du 3 avril 1991* ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions invoquant *les limitations apportées à la souveraineté de l'État irakien découlant des sanctions internationales* et, notamment, de la résolution 687 imposant à l'Irak d'honorer scrupuleusement toutes ses obligations au titre du service et du remboursement de sa dette extérieure, de sorte que cet État ne pourrait plus opposer son immunité d'exécution, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »¹³³

86. En censurant la Cour d'appel de Paris¹³⁴ qui, à l'instar des juridictions belges, avait considéré que la résolution 687 (1991) n'avait pas pour effet de priver l'Irak de ce qui, *inter pares*, est perçu comme un attribut de la souveraineté, à savoir l'immunité d'exécution, la Cour de cassation française avait considéré que la résolution engendrait cet effet absolu. L'arrêt a été ouvertement critiqué et la Cour a opéré en 2006 une volte-face très remarquée¹³⁵:

« [Q]u'en exigeant de cet État d'honorer scrupuleusement toutes ses obligations au titre du remboursement de sa dette extérieure, cette résolution [687 (1991)], par laquelle *les États membres réaffirmaient aussi leur engagement en faveur de la souveraineté de l'Irak*, ne privait pas cet État de ses immunités... »¹³⁶

87. Dans une affaire similaire – qui concernait toutefois la responsabilité non contractuelle de l'Irak pour des faits perpétrés durant l'occupation du Koweït – les juridictions britanniques font un maniement à la fois plus prudent et plus orthodoxe des divers arguments

¹³³ France, Cour de cassation, Ch. civile, 15 juil. 1999, *État irakien c. Soc. Dumez GTM*, pourvoi n° 97-19.742, *Bulletin* n° 241, 1999-I, p. 155 ; note de F. Poirat, « Les résolutions du Conseil de sécurité devant le Conseil d'État et la Cour de cassation : variations sur un même thème, Conseil d'État, 12 mars 1999, *Société Héli-Union*, n° 162131, *Lebon*, 1999, p. 577 ; Cour de cassation, 15 juil. 1999, *Société Dumez* », *RGDIP*, 2000, pp. 541-558 ; v. égal. chronique de J.-F. Lachaume, « Jurisprudence française relative au Droit international », *AFDI*, 2000, vol 46, spéc. p. 745 ; M. Devers, « Commentaire de l'arrêt Dumez », in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître en 2015.

¹³⁴ Cour d'appel de Paris, 3 juil. 1997.

¹³⁵ Bien que le raisonnement de l'arrêt de 2006 ne soit pas non plus exempt de toute critique, not. sur la qualité factuelle des résolutions non incorporées (v. *infra*, Titre 2, Chapitre 3, pars. 63 et s.).

¹³⁶ France, Cour de cassation, Ch. civile, 5 avr. 2006, *État irakien c. Soc. Dumez GTM et autre*, pourvoi n° 02-17.344, *Bulletin* n° 202, 2006-I, p. 178, reproduit égal. dans *RGDIP*, t. 110, 2006, n°4, pp. 950-959 (Avis de l'Avocat général J.-Dominique Sarcelet *in ibid.*) (nous soulignons). Note de S. Lemaire, « De l'effet en France des résolutions des Nations Unies sur la souveraineté d'un État et l'immunité d'exécution », *Revue critique de droit international privé*, n° 1, 2007, p. 113.

en présence. À la suite de l'invasion du Koweït en 1991, le gouvernement irakien a fait saisir une dizaine d'aéronefs de Kuwait Airways (KAC) et en a transféré la propriété à Iraq Airways (IAC). Certains ont été détruits durant les bombardements de la coalition. KAC en demande le dédommagement devant les juridictions internes britanniques. Dans une première décision de 1995¹³⁷, la Chambre des Lords, en se fondant uniquement sur le droit interne, a décidé que la saisie des aéronefs relevait des actes *jure imperii* et bénéficiait à ce titre de l'immunité de juridiction¹³⁸. L'argument de l'impact des résolutions sur la qualification d'actes de souveraineté n'a pas été réellement examiné. L'affaire est cependant revenue devant les juridictions britanniques, et la Chambre des Lords a rendu une seconde décision en 2002¹³⁹, dans laquelle, sans revenir sur l'appréciation de l'immunité relative à la saisie des aéronefs (« usurpation » était le terme utilisé), elle a apprécié que les actes ultérieurs étaient des actes de gestion et que, à ce titre, aucune immunité ne leur était attachée. Par ailleurs, elle a pris appui sur les résolutions du CSNU relatives à l'invasion du Koweït et aux conséquences que cette dernière entraînait¹⁴⁰ pour affirmer la justiciabilité de la question relative à la validité des actes législatifs et réglementaires irakiens. Sans se prononcer sur l'étendue de la souveraineté irakienne et sur les résolutions-empiètements sur la souveraineté, la Chambre des Lords a tout de même estimé que les résolutions fournissent des standards d'appréciation de la licéité internationale des actes de l'Irak.

88. La rhétorique des restrictions de compétences souveraines a depuis perdu de son éclat ; même les juridictions françaises ont déplacé l'argumentation, des limitations d'une souveraineté aux contours indéfinissables et aux conséquences aussi larges qu'insaisissables vers l'interprétation du droit dérivé. Il en a été ainsi de l'application, par le juge français¹⁴¹, des résolutions relatives à la piraterie en Somalie¹⁴² : il est remarquable que le juge n'ait pas considéré ces résolutions comme une forme de limitation de la souveraineté somalienne dans

¹³⁷ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 24 juil. 1995, *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co and Another*, [1995] 3 All ER 694, p. 702-4 (Lord Goff, Lord Jauncey, Lord Mustill, Lord Slynn and Lord Nicholls concordant). Note de H. Fox, « The Commerciality of the Spoils of War », *Law Quarterly Review*, n° 112, avr. 1996, pp. 186-190.

¹³⁸ *Ibid.* p. 712-15 (Lord Goff, Lord Jauncey and Lord Nicholls concordant), p. 717-19 (Lord Mustill), p. 720-2 (Lord Slynn).

¹³⁹ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 16 mai 2002, *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co (nos 4 et 5)*, UKHL 19 ; [2002] 2 WLR 1353.

¹⁴⁰ Il s'agit des rés. 660 (1990) du 2 août 1990, 661 (1990) du 6 août 1990, 662 (1990) du 9 août 1990, 674 (1990) du 29 oct. 1990 et 678 (1990) du 29 nov. 1990.

¹⁴¹ V. France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 17 févr. 2010, *aff. du Carré d'As*, n° 09-87.254, *Bulletin criminel* 2010, n° 32 ; v. J. M. Thouvenin, « Commentaire de l'arrêt Carré d'As », in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, *op. cit.*, note 133.

¹⁴² Rés. 1814 (2008) du 15 mai 2008, 1816 (2008) du 2 juin 2008, 1838 (2008) 7 oct. 2008, 1846 (2008) du 2 déc. et 1851 (2008) du 16 déc. 2008.

sa mer territoriale, puisqu'elles autorisent les États tiers à y intervenir, en faisant usage de la force armée au besoin¹⁴³.

89. Trouver dans le droit dérivé des formes de limitation de la souveraineté de l'État est contre-productif. Certaines juridictions ont même avancé l'argument contraire, toujours en relation avec les décisions du Conseil de sécurité. La Cour suprême autrichienne, dans un arrêt de 2003, a ainsi estimé que les actes des États-Unis, pris en application des résolutions 1031 (1995), 1035 (1995) et 1088 (1996), prévoyant l'envoi de casques bleus pour mettre un terme au conflit en Bosnie-Herzégovine, étaient des actes *de jure imperii* et échappaient à ce titre à la juridiction des cours autrichiennes¹⁴⁴ :

« *If a State has acted according to the terms of a treaty under international law, then this also constitutes sovereign action (...). The same must apply for Resolutions of the Security Council of the United Nations having binding legal effect.* »¹⁴⁵

90. Bien que, sur le fond, la solution de la Cour suprême autrichienne ne soit pas choquante, l'explication ne convainc toutefois pas : le fait même qu'un acte soit pris en application d'une résolution du Conseil de sécurité ne suffit pas à le doter des attributs de l'acte *jure imperii*, tant est grande la panoplie des mesures que les États pourraient prendre afin d'exécuter ces résolutions. Il ne suffit pas de constater un lien de cause à effet entre la résolution et l'acte de l'État ; encore faut-il analyser la nature de ce dernier. Par ailleurs, juger que des actes ou des comportements étatiques qui se réclament de l'exécution des résolutions sont des actes *jure imperii* revient à leur promettre un régime général d'immunité de juridiction, ce qui n'est point une solution satisfaisante.

91. Le rôle que les recommandations peuvent jouer dans le sens d'une inflexion des décisions souveraines est un autre aspect qui vient illustrer l'aridité de l'analyse des relations entre le droit dérivé et la souveraineté étatique en termes dialectiques. Et il n'est pas rare que les résolutions recommandatoires rappellent elles-mêmes les droits souverains dont les États jouissent, tout en les incitant à changer de politique pour la matière abordée. La référence à la

¹⁴³ V. not. J.-M. Thouvenin, « Pas de refuge pour la grande piraterie », in R. Casado Raigon, G. Cataldi (dir.), *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.887 -905.

¹⁴⁴ En l'occurrence, les opérateurs aéroportuaires demandaient le paiement des taxes d'aéroport par l'aviation américaine en route vers la Bosnie.

¹⁴⁵ Autriche, Cour suprême, 28 août 2003, *Airport Linz v. United States*, décision n° 2, Ob 156/03k, *Juristische Blätter*, n° 126, 2004, p. 390, égal. *ILDC* 3 (AT 2003).

souveraineté est, en pareille hypothèse, une indication du caractère non obligatoire d'une norme et c'est ainsi que les juges eux-mêmes le conçoivent :

« Attendu que les juges, après avoir énoncé que les dispositions du *Codex alimentarius* ne présentent qu'un caractère indicatif, ajoutent que [...] les États sont habilités à réglementer souverainement l'usage d'une dénomination [...]. »¹⁴⁶

92. On remarque au passage que l'utilisation du terme « habilités » pour qualifier un pouvoir souverain laisse songeur, dans la mesure où il semble indiquer que la souveraineté est une qualité déléguée et résiduelle. Quoi qu'il en soit, le constat de l'absence du caractère obligatoire des règles contenues dans un instrument *soft* comme le *Codex alimentarius*¹⁴⁷ et l'affirmation corrélative d'un pouvoir *souverain* des États de réglementer la matière n'épuisent pas le débat sur la normativité de cet acte¹⁴⁸.

93. Il y a là un risque de galvaudage d'un concept autrement essentiel aux fondations mêmes du droit international. Pour apprécier la relation entre la souveraineté et les engagements internationaux, il est difficile d'aller plus loin que la formule de la CPJI dans son premier arrêt – affaire du *Vapeur Wimbledon* :

« La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État. »¹⁴⁹

94. En référer au *dictum* de Wimbledon, ce n'est pas faire preuve d'une nostalgie rétrograde (encore que l'on puisse regretter les formules percutantes de la CPJI, comme l'on regrette l'élégance sobre et évocatrice du Code civil napoléonien¹⁵⁰). Il ne s'agit pas non plus de figer le droit international à son état de 1923. Il s'agit d'en comprendre la détente : dans les relations État–organisations internationales, la souveraineté permet à l'État de choisir s'il veut ou non franchir le pas de l'engagement – c'est « la faculté de contracter des engagements internationaux » ; elle lui permet parfois aussi de rompre cet engagement, en se retirant de l'organisation – par exemple s'il estime ne pas vouloir assumer certaines obligations imposées

¹⁴⁶ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 12 oct. 1999, n° 98-83307, *Bulletin criminel* 1999, n° 213, p. 671 (nous soulignons).

¹⁴⁷ Nous reviendrons plus loin sur la valeur normative de ce texte (v. *infra*, ce Chapitre, pars. 133 et s.).

¹⁴⁸ V. *infra*, Chapitre 2, pars. 244 et s.

¹⁴⁹ CPJI, 17 août 1923, *Vapeur « Wimbledon »*, série A, n° 1, p. 25.

¹⁵⁰ V. Gabriel de Broglie, *La langue du Code civil. Discours pour la célébration du deuxième centenaire du Code civil*, 15 mars 2004, disponible en ligne : http://www.asmp.fr/fiches_academiciens/textacad/broglie/code_civil.pdf (consulté le 8 sept. 2013).

par le droit dérivé¹⁵¹. Mais elle n'est pas mise à l'épreuve à chaque fois qu'un acte institutionnel est adopté.

95. Cependant, les répercussions de la ratification d'un traité non-institutionnel sur la souveraineté sont différentes de celles engendrées par la ratification du traité constitutif d'une organisation internationale : la première imprime à l'« exercice [des droits souverains] une direction *déterminée* », selon la formule de l'arrêt *Wimbledon* ; quant à la seconde, ce caractère « déterminé », « précisé » fait défaut. En octroyant aux organes institutionnels la compétence de développer des normes dans le champ de leurs compétences, le traité constitutif entraîne l'exercice des droits étatiques dans une direction indéterminée ; il les inscrit dans une dynamique normative¹⁵² dont l'issue n'est pas prévisible¹⁵³.

B. L'engagement institutionnel, un fondement d'opposabilité reconnu par la jurisprudence interne

96. Rares sont les décisions qui cherchent à s'appuyer sur le fondement consensualiste du droit institutionnel dans l'acte de ratification du traité constitutif. L'opposabilité des actes institutionnels est plus couramment justifiée par la qualité de membre d'une organisation internationale, par la participation de l'État à la vie institutionnelle, par la nécessité de permettre à l'organisation de remplir ses missions.

1. Références à la qualité de membre de l'organisation

97. Le plus souvent, le juge se fonde sur la qualité de membre pour affirmer l'opposabilité d'un acte institutionnel obligatoire à l'égard de son propre État. Un exemple est fourni par la jurisprudence autrichienne, *Airport Linz*, où les juges invoquent la qualité de membre comme une explication évidente¹⁵⁴ :

¹⁵¹ V. E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international...*, *op. cit.*, note 6. Pour des exemples de clauses de retrait en cas de rejet des amendements au traité constitutif, v. *infra* par. 113 texte et notes.

¹⁵² La dynamique normative n'est pas l'apanage des traités constitutifs d'une organisation internationale (v. CIJ, 13 juil. 2009, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Rec.*, 2009, par. 66, p. 243 ; v. égal. *ibid.*, pars. 48-49, pp. 237-238), mais dans leur cas l'évolution normative est, pour ainsi dire, inscrite dans le patrimoine génétique.

¹⁵³ Ch. Tomuschat note également que : « [...] even if the requirements for the exercise of a regulatory power are relatively well defined, any grant of such a power opens up a dynamic process whose ultimate outcome can hardly be forecast with any degree of reliability » (Ch. Tomuschat, « Obligations Arising for States without or against their Will », *RCADI*, vol. 241, 1993, p. 327).

¹⁵⁴ V. *supra*, pars. 89-90.

« *In the UN Resolutions mentioned, the UN Member States were also instructed to assist in implementing the IFOR and SFOR missions. It can be assumed to be common knowledge that such Resolutions are binding upon Austria, as a member of the UN, and that, over the course of these operations, in accordance with obligations under international law, Austria would have to grant, as indeed it did, flyover rights for foreign States and the right to intermediate landings at Austrian airports. [...]. Austria has been a member of the United Nations since 14/12/1955 (BGBl (Bundesgesetzblatt) [Austrian Federal Law Gazette] 1956/120).* »¹⁵⁵

98. De même, les juges britanniques, dans l'une des affaires impliquant des personnes inscrites sur les listes terroristes du Conseil de sécurité, ont relevé que :

« *[P]ursuant to successive resolutions of the United Nations Security Council, each made under chapter VII of the Charter of the United Nations commencing with resolution 1267 (1999), and presently consolidated in resolution 1822 (2008), the Security Council requires member states to impose economic measures against Usama Bin Laden, Al Qaida, the Taliban and persons/organisations associated with them. The decisions contained in such resolutions are binding on member states as a matter of international law.* »¹⁵⁶

99. La jurisprudence suisse est également éclairante : la Suisse n'est devenue membre des Nations Unies que le 10 septembre 2002. Si elle appliquait déjà les décisions du Conseil de sécurité avant cette date, la jurisprudence insistait sur le fait que c'était en vertu d'un engagement autonome, qui ne la liait pas sur le plan international¹⁵⁷. L'adhésion de la Suisse est également perçue comme déterminante pour les obligations internationales de l'État :

« *[L]e 10 septembre 2002, la Suisse est devenue membre des Nations Unies. Cette nouvelle situation juridique est déterminante pour l'évaluation au 22 septembre 2005 de la demande de radiation. Il faut donc maintenant vérifier si la Suisse, en tant qu'État membre des Nations Unies, est liée par les décisions du Conseil de sécurité et de son Comité des sanctions.* »¹⁵⁸

100. Plus rarement, les juges internes ont eu à se prononcer sur l'opposabilité d'un acte obligatoire à un État autre que le leur. L'hypothèse est plus rare, et se vérifie surtout lorsque le juge doit déterminer s'il convient de donner effet, dans son ordre interne, aux actes de cet État tiers. C'était la question première à laquelle ont répondu les juges britanniques dans l'affaire

¹⁵⁵ Autriche, Cour suprême, 28 août 2003, *Airport Linz v. United States*, préc., note 145 (nous soulignons).

¹⁵⁶ Royaume-Uni, High Court of Justice, 10 juil. 2009, *Hay v. HM Treasury*, EWHC 1677 (Admin), n° CO/1200/2009, par. 14.

¹⁵⁷ En 2001, la Cour suprême avait confirmé que la Suisse n'était pas liée par les rés. du Conseil de sécurité, puisqu'elle n'était pas membre des Nations Unies. V. J. Kokott et P. Sutter, note sous Suisse, Tribunal fédéral, 28 mars 2001, *Beverly Overseas SA v. Privredna Banka Zagreb*, aff. n° 4C.172/2000, *ILDC* 713 (CH 2001), *AJIL*, vol. 97, n° 1, 2003, p. 176. Sur la mise en œuvre autonome, v. M.-C. Krafft, D. Thürer et J.-A. Stadelhofer, « Switzerland », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions : a Comparative Study*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2004, p. 567.

¹⁵⁸ Suisse, *Nada c. Secrétariat d'État à l'économie*, préc., note 88.

*Kuwait Airways*¹⁵⁹. Bien évidemment, ils auraient difficilement pu arguer que l'Irak avait consenti à ces sanctions. Plusieurs membres de la *Chambre des Lords* ont en revanche insisté que les décisions du Conseil de sécurité s'imposent à *tous les membres des Nations Unies*, y compris l'Irak. Lord Nicholls of Birkenhead insistait sur l'effet obligatoire à l'égard de tous les membres, sans exception, ce qui incluait à la fois l'État-cible des sanctions, l'Irak, mais également l'État protégé par ces décisions, le Koweït :

« *The effect of these Security Council decisions, as a matter of international law, is clear. Iraq and Kuwait are both members of the United Nations. [...] Decisions of the Security Council taken under these chapter VII powers are legally binding upon all members of the United Nations.* »¹⁶⁰

101. Dans la même affaire, Lord Hope of Craighead avait mis l'accent sur un devoir plus général entraîné par l'engagement institutionnel, qui est celui de participer à la vie institutionnelle, en permettant à l'organe social qu'est le Conseil de sécurité de remplir son rôle en conformité avec les objectifs de la Convention :

« *Membership of the United Nations carries with it the obligation to accept and carry out the decisions of the Security Council, on which members have conferred the primary responsibility for the maintenance of peace and security: Chapter V, articles 24, 25.* »¹⁶¹

102. Le même lien consubstantiel entre, d'une part, l'accomplissement des missions de l'organisation et, d'autre part, le respect pour le droit dérivé établi par les organes institutionnels a été mis en exergue par le juge néo-zélandais, dans l'arrêt exemplaire de la Cour d'appel relatif aux annexes de l'OACI précité¹⁶² :

« *The preamble to the treaty recites that the state parties have agreed on certain principles and arrangements in order that international civil aviation may be developed in a safe and orderly manner. One of the ways in which safety and order in the air are to be promoted is through the adoption by the institutions of ICAO and the state members of international standards and procedures, a matter regulated by ch VI of the convention and especially by art 37.* »¹⁶³

103. De la même manière, la Cour suprême sud-africaine a mis en rapport la réalisation des objectifs de la Convention et la mise en application des normes institutionnelles. En l'occurrence, l'objet et le but de la Convention ne sauraient être réalisés sans une

¹⁵⁹ V. *supra*, par. 87

¹⁶⁰ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 16 mai 2002, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co (n^{os} 4 et 5)*, préc. note 139, pars. 22 et 23 (Lord Nicholls of Birkenhead) (nous soulignons).

¹⁶¹ *Ibid.*, par. 141 (Lord Hope of Craighead) (nous soulignons).

¹⁶² Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Air Line Pilots' Association Inc*, préc., note 103, p. 555.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 555 (nous soulignons).

harmonisation, voire uniformisation, législative interne. Cette uniformisation passe par l'adoption des standards par l'OACI et leur mise en application subséquente par les États membres :

« *These [norms] are issued as annexes to the Convention. They are in general applied by all member States, each of which had undertaken to collaborate in securing the highest practicable degree of uniformity in regulations, standards, procedures and organisation in relation to aircraft, personnel, airways and auxiliary services in all matters in which such uniformity will facilitate and improve air navigation.* »¹⁶⁴

104. Un dernier aspect mérite d'être souligné : la référence au *membership* intervient quand bien même les normes en question ne seraient pas obligatoires. Il en a été ainsi pour la Déclaration universelle de droits de l'homme¹⁶⁵. Le juge autrichien avait excipé de la non-qualité de membre pour justifier son absence d'invocabilité interne :

« Il y a lieu d'opposer au demandeur qui cherche à justifier son affirmation que l'ordonnance [...] est contraire à la loi en invoquant finalement la Déclaration des droits de l'homme, que cette résolution, prise par les Nations Unies, ne fait, pour le moment, pas encore partie intégrante du système juridique autrichien, d'autant plus que la république d'Autriche *n'a pas encore été acceptée comme membre des Nations Unies.* »¹⁶⁶

105. Pour justifier l'opposabilité des normes de l'OMS aux décideurs politiques internes, le juge bangladais a mis en avant, entre autres, la qualité de membre de l'organisation. Sur cette base, il a créé une catégorie nouvelle d'obligations, celle du devoir moral d'appliquer les résolutions de cette organisation :

« *Apart from yearly half-hearted celebration of 'No Smoking day' on 31st of May each year, Bangladesh, a member state of World Health Organisation is morally duty bound to give effect to the aforesaid resolution.* »¹⁶⁷

2. La pondération de l'exigence de ratification interne

106. Si les juges étatiques avait considéré que le consentement spécial de l'État à l'acte institutionnel était une condition d'opposabilité des actes institutionnels, cela se serait soldé par une exigence de ratification selon les procédures internes. Au contraire, la jurisprudence

¹⁶⁴ Afrique du Sud, Cour suprême d'appel, 14 mars 1997, *Welkom Municipality v. Measureik and Herman T/A Lotus Corporation*, aff. n° 412/1995, *ILR*, vol. 131, p. 452.

¹⁶⁵ Précité, note 24.

¹⁶⁶ Autriche, Cour constitutionnelle, 5 oct. 1950, *ZI. B. 106/50, JDI*, 1951, p. 623. Dans le même esprit, en France, le Conseil d'État avait considéré que les décisions de l'OCDE ne pouvaient être opposées à l'Inde, qui n'en était pas membre (15 févr. 2006, *Association Ban Abbestos France et autres*, n° 288801, *Lebon*, p. 78).

¹⁶⁷ Bangladesh, Cour suprême, 7 févr. 2000, *Prof Nurul Islam and ors v. Bangladesh and ors*, n° 52 DLR (2000) 413, *ILDC*, 477 (BD 2000) (nous soulignons).

interne fait montre de souplesse à cet égard. Les juges considèrent que les actes institutionnels qui imposent de nouvelles obligations à l'État constituent des prolongements ou des conséquences inéluctables des obligations assumées à travers la ratification du traité constitutif.

107. Ainsi, en France, le Conseil constitutionnel a considéré que les amendements aux Statuts du FMI¹⁶⁸ pris en vertu de l'article XXVIII (a) des Statuts¹⁶⁹ ne doivent pas, dans l'ordre juridique français, être approuvés par le Parlement sur la base de l'article 53 de la Constitution¹⁷⁰.

108. De la même manière, la Cour constitutionnelle allemande a considéré que les développements normatifs de l'OTAN n'exigeaient pas une ratification parlementaire. La ratification initiale du traité constitutif autorisait l'Exécutif à participer à la vie institutionnelle, notamment en adoptant toutes les mesures requises par la mise en œuvre des obligations dérivées, quand bien même elles relèveraient d'une pratique institutionnelle modificatrice :

« 152.1) *By approving an Act that is the basis of the ratification of a treaty, the Bundestag and the Bundesrat, pursuant to Article 20.2 of the Basic Law, determine the scope of the Federal Republic of Germany's commitment that is based on the treaty and assume political responsibility vis-à-vis the citizen for this. The parliament's legal and political responsibility is not limited to a single act of approval, it also extends to the further execution of the treaty. On the domestic level, the parliament's approval of the treaty empowers the government to further develop this treaty in the forms of action of international law.* »¹⁷¹

¹⁶⁸ V. la décision du 29 avr. 1978, *Quote-part de la France au F.M.I.*, n° 78-93 DC, *Rec.*, p. 23, par. 5 ; *RGDIP* 1979, note D. Carreau, pp. 209-219 ; *D.* 1979, note L. Hamon, pp. 542-546 ; *JDI* 1978, D. Ruzié, pp. 577-587 ; *RDP* 1979, p. 494, note L. Philip ; *AFDI*, vol. 25, 1979, p. 856, note J.-F. Lachaume ; commentaire de B. Samson, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître en 2015. V. aussi J. Combacau, « La souveraineté internationale de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, févr. 2001.

¹⁶⁹ L'article XXVIII (a) des Statuts prévoit : « a) Toute proposition tendant à apporter des modifications aux présents Statuts, qu'elle émane d'un État membre, d'un gouverneur ou du Conseil d'administration, est communiquée au Président du Conseil des gouverneurs, qui la soumet au Conseil des gouverneurs. Si ledit Conseil approuve l'amendement proposé, le Fonds, par lettre circulaire ou télégramme, demande à tous les États membres s'ils acceptent l'amendement proposé. Quand les trois cinquièmes des États membres disposant de quatre-vingt-cinq pour cent du nombre total des voix attribuées ont accepté l'amendement proposé, le Fonds en donne acte par communication officielle adressée à tous les États membres. »

¹⁷⁰ A. Pellet considère que la procédure aurait requis une intervention du Parlement (v. A. Pellet, « Vous avez dit 'monisme' ? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 850). Du reste, depuis 1982, ces amendements sont soumis à l'approbation du Parlement. (commentaire de B. Samson, *op. cit.* note 168, pars. 10 et s.)

¹⁷¹ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 22 nov. 2001, *Parliamentary group of the Party of Democratic Socialism in the German Federal Parliament*, préc., note 58, par. 152). V. note M. Rau, « NATO's New

109. De la même manière, le Sénat américain considère que les normes techniques élaborées par les organisations internationales bénéficient de la procédure d'« accord tacite » :

« Senate advice and consent may also not be required if treaties are amended by means of tacit agreement. [...] Due, perhaps, to their complexity and technical specificity, a number of arms control and environmental agreements establish processes for their own modification which do not require further Senate involvement. The modifications allowed typically are described as not rising to the level of an amendment of the treaties; but, nonetheless, the processes permit the treaty regime to evolve in some respects without reference to the Senate. [...]

The Senate, in giving its advice and consent to the treaties which contain these various processes for modification, presumably has also given its consent in advance to the modifications adopted pursuant to those processes. »¹⁷²

110. On peut ainsi constater que les juges internes ne manifestent pas un attachement excessif au consentement étatique comme fondement des obligations institutionnelles. S'ils se prononcent sur cet aspect, ils s'en réfèrent plus facilement à la qualité de membre de l'organisation, qu'à un consentement originaire, qui perd de sa force explicative, lorsque, en octroyant un pouvoir de décision à une organisation, il permet en fait que des actes soient adoptés et deviennent opposables à l'État parfois même en dépit de son opposition. Toujours est-il que, dans certaines hypothèses, le consentement spécial de l'État à l'égard d'un acte institutionnel spécifique peut constituer ou être présenté (à tort ou à raison) comme un fondement de son opposabilité à l'État.

Strategic Concept and the German Federal Government's Authority in the Sphere of Foreign Affairs. The Decision of the Federal Constitutional Court of 22 November 2001 », *GYIL*, vol. 44, 2000, p. 544. V. aussi M. Bothe, « Article 46 of the 1969 Vienna Convention », in O. Corten, P. Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties : A Commentary*, New York, OUP, vol. II, p. 1099, pars. 26-27 ; S. Wasum-Rainer, « Domestic Consequences of Non-Treaty Law Making », in R. Wolfrum et V. Röben (dir.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 509-510. Pour d'autres exemples, v. Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 12 juil. 1994, *International Military Operations (German Participation) Case*, (décision AWACS), n° 2 BVE 3/92, *ILR*, vol. 106, p. 337 (note de C. Tomuschat, « Le juridisme fait place à la politique : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 juil. 1994 sur l'envoi à l'étranger de forces armées allemandes », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 371-378).

¹⁷² Sénat des États-Unis, Comité des affaires étrangères, *Treaties And Other International Agreements : The Role Of The United States Senate*, 106^e Congrès, 2^e session, doc. S. PRT. 106-71, Washington, U.S. Government Printing Office, janv. 2001, 435 p., spéc. pp. 188-189, disponible en ligne : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CPRT-106SPRT66922/pdf/CPRT-106SPRT66922.pdf>, (consulté le 9 sept. 2013).

§ 2. Une opposabilité au-delà de l'engagement institutionnel ?

A. L'engagement spécial, source d'opposabilité ?

111. Si le concept d'engagement institutionnel peut apporter une explication satisfaisante de l'opposabilité du droit dérivé à un État membre, il ne s'est imposé que très progressivement. Ceci montre combien il s'écarte de la conception dominante qui voit dans le consentement la source des obligations contenues dans des actes juridiques¹⁷³ (du moins lorsqu'elle est contenue dans un acte juridique, et non dans la coutume). Il suppose d'ailleurs que l'on conçoive l'ordre juridique international non seulement comme un ordre d'obligations synallagmatiques, contractualistes¹⁷⁴, mais également comme un ordre d'obligations objectives. Le réflexe consensualiste se manifeste de deux manières : lorsque le consentement (exprès ou tacite) de l'État est prévu par le traité constitutif et lorsque les juges internes en excipent en dehors de toute disposition conventionnelle. Dans le premier cas, il est une véritable condition d'opposabilité de l'acte institutionnel à l'État, dans le second, il relève de l'argument surabondant pour justifier l'opposabilité.

1. Le consentement spécial, condition conventionnelle d'opposabilité (les mécanismes d'opting out)

112. On a vu précédemment que les mécanismes d'*opting out* n'affectent pas l'entrée en vigueur objective de l'acte¹⁷⁵. Leur fonction est néanmoins de conditionner l'opposabilité de l'acte à l'État membre.

¹⁷³ La lecture consensualiste n'est pas affaire de génération. Dans sa thèse soutenue en 2009, Anne-Thida Norodom considérait que : « Le processus de formation du droit international par le droit des Nations Unies est certes institutionnalisé, notamment par son caractère systématique, mais il reste finalement tributaire de la volonté étatique. En ce sens, le droit des Nations Unies s'est émancipé du droit international, mais en aucun cas il ne s'est substitué à lui. Par conséquent, le droit des Nations Unies et le droit international coexistent et obligent à réfléchir à l'organisation de la pluralité des ordres juridiques. » (A.-T. Norodom, *L'influence du droit des Nations Unies sur le développement du droit international*, Thèse de doctorat, Droit international public, Paris 1, 2009, p. 593.

¹⁷⁴ G. G. Fitzmaurice, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl présentées au Professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXX-ème anniversaire*, La Haye, M. Nijhoff, 1958, pp. 153-176, reproduit dans M. Koskenniemi (dir.), *Sources of International Law*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000, pp. 57-80.

¹⁷⁵ V. *supra*, pars. 54-55.

113. La formulation de ces clauses diffèrent d'un traité à l'autre, et les conditions dans lesquelles le consentement de l'État est présumé acquis varient grandement. Voici quelques exemples d'organisations qui prévoient des mécanismes d'*opting out*¹⁷⁶ :

- l'OACI : l'article 38 de la Convention relative à l'aviation civile internationale prévoit pour l'État qui ne saurait harmoniser ou aligner son droit interne avec les règles internationales l'obligation de notifier les différences, « immédiatement » pour les normes ou procédures internationales, ou dans les 60 jours après l'adoption par le Conseil d'un amendement à ces normes¹⁷⁷.
- l'OMS : l'article 22 de la Constitution de l'OMS prévoit :
« Les règlements adoptés en exécution de l'article 21 entreront en vigueur pour tous les États Membres, leur adoption par l'Assemblée de la Santé ayant été dûment notifiée, *exception faite pour tels Membres qui pourraient faire connaître au Directeur général, dans les délais prescrits par la notification, qu'ils les refusent ou font des réserves à leur sujet.* »¹⁷⁸

Le Règlement sanitaire international de 2005¹⁷⁹, un des actes réglementaires les plus importants de l'OMS, encadre les conditions d'*opting out*, en prévoyant une période de 18 mois pour les éventuelles notifications négatives et la procédure à suivre pour en informer les organes institutionnels¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Il s'agit d'exemples (le plus souvent liés à des cas dont la jurisprudence interne a eu à connaître) et non pas d'une liste exhaustive.

¹⁷⁷ Il est nécessaire de faire la distinction entre les articles 38 et 90 de la distinction : le premier concerne la notification de différence, donc l'opposabilité de la norme à un État en particulier, alors que le second prévoit qu'une majorité d'États peuvent exprimer leur désaccord avec une norme adoptée par le Conseil, ce qui aura pour effet d'empêcher l'entrée en vigueur de l'acte (v. *supra*, pars. 32 et s.).

¹⁷⁸ Précité, note 46 (nous soulignons).

¹⁷⁹ Le premier Règlement sanitaire international avait été adopté le 25 mai 1951 (Règlement n° 2 de l'Organisation mondiale de la santé, adopté par rés. de la 4^e Assemblée Mondiale de la Santé, le 25 mai 1951, entré en vigueur le 1^{er} oct. 1952) ; v. C.-H. Vignes, « Le règlement sanitaire international », *AFDI*, vol. 11, 1965. pp. 649-667. Un nouveau texte a été adopté par la rés. WHA58.3 de la 58^e Assemblée mondiale de la santé, le 23 mai 2005 (OMS, *Résolutions et Décisions*, Annexe, WHA58/2005/REC/1, 2005, p. 8). Il est entré en vigueur le 14 juin 2007 (Genève, publications de l'OMS, 2^e éd., 2008, 102 p. ; disponible égal. sur le site Internet de l'organisation, à l'adresse : <http://www.who.int/ihr/9789241596664/fr/index.html>, consulté le 9 sept. 2013 ; le texte du règlement et le décret de publication en France sont égal. disponibles sur le site Internet du Ministère des Affaires sociales et de la Santé, à l'adresse : <http://www.sante.gouv.fr/presentation-et-objectifs-du-rsi.html>).

¹⁸⁰ Article 59 de la Constitution de l'OMS : « *Entrée en vigueur ; délai prévu pour formuler un refus ou des réserves*

1. Le délai prévu à l'article 22 de la Constitution de l'OMS pour refuser le présent Règlement ou un amendement à celui-ci ou y formuler des réserves est de 18 mois à compter de la date de notification, par le Directeur général, de l'adoption du présent Règlement ou dudit amendement au présent Règlement par l'Assemblée de la Santé. Un refus ou une réserve reçus par le Directeur général après l'expiration de ce délai sera sans effet.
2. Le présent Règlement entre en vigueur 24 mois après la date de notification visée au paragraphe 1 du présent article, excepté à l'égard :
 - a) d'un État qui a refusé le Règlement ou un amendement à celui-ci conformément à l'article 61 ;

- certaines organisations internationales de réglementation de la pêche ou de la chasse des mammifères marins. À titre d'exemple, l'article v de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine prévoit un délai de 90 jours après l'adoption d'un amendement au Règlement annexé à la Convention, pendant lequel les États membres peuvent formuler des objections¹⁸¹. Passé ce délai, l'amendement devient opposable à l'égard de l'État¹⁸².
- les conventions relatives à la biodiversité¹⁸³ ;

b) d'un État qui a formulé une réserve, et à l'égard duquel le Règlement entre en vigueur comme prévu à l'article 62 ;

c) d'un État qui devient Membre de l'OMS après la date de la notification par le Directeur général visée au paragraphe 1 du présent article et qui n'est pas déjà Partie au présent Règlement, à l'égard duquel le Règlement entre en vigueur comme prévu à l'article 60 ; et

d) d'un État non Membre de l'OMS mais qui accepte le présent Règlement et à l'égard duquel ce dernier entre en vigueur conformément au paragraphe 1 de l'article 64.

Article 61 Refus

Si un État notifie au Directeur général son refus du présent Règlement ou d'un amendement à celui-ci dans le délai prévu au paragraphe 1 de l'article 59, le présent Règlement ou l'amendement concerné n'entre pas en vigueur à l'égard de cet État. Tout accord ou règlement sanitaire international visé à l'article 58 auquel cet État est déjà Partie demeure en vigueur pour ce qui le concerne. »

¹⁸¹ L'article V(3) de la Convention se lit : « Une modification de cette nature entrera en vigueur à l'égard des Gouvernements contractants quatre-vingt-dix jours après la date à laquelle la Commission l'aura notifiée à chacun des Gouvernements contractants ; toutefois, a) si l'un des Gouvernements présente à la Commission une objection contre cette modification avant l'expiration de ce délai de quatre-vingt-dix jours, son entrée en vigueur à l'égard des Gouvernements contractants sera suspendue pendant un nouveau délai de quatre-vingt-dix jours, et b) n'importe quel autre Gouvernement contractant pourra alors présenter une objection contre la modification, à tout moment avant l'expiration de ce nouveau délai de quatre-vingt-dix jours ou, si cette éventualité doit se produire plus tard, avant l'expiration d'un délai de trente jours à compter de la date de la réception de la dernière objection parvenue au cours de ce délai supplémentaire de quatre-vingt-dix jours, après quoi c) la modification entrera en vigueur à l'égard de tous les Gouvernements contractants qui n'auront pas soulevé d'objection, cependant qu'à l'égard d'un Gouvernement qui aura présenté une objection, elle n'entrera en vigueur que lorsque celle-ci aura été retirée. »

¹⁸² Ce mécanisme est courant dans les organisations de pêche ; v. aussi la Convention de Canberra sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique, du 20 mai 1980 (entrée en vigueur : 7 avr. 1982), *RTNU*, vol. 1329, p. 59 (I-22301) article IX(6). Pour d'autres exemples relatifs aux commissions de pêche à proprement parler, v. la Convention de Londres sur les pêcheries de l'Atlantique du Nord-Est, du 24 janv. 1959 (entrée en vigueur : 27 juin 1963), *RTNU*, vol. 486, p. 158 (I-7078), art. 8 de ; Convention de Londres sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique du Nord-Est du 19 nov. 1980 (entrée en vigueur : 17 mars 1982), *RTNU*, vol. 1285, p. 137 (I-21173), art. 12 ; Convention d'Ottawa sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique du Nord-Ouest, Ottawa, 24 oct. 1978 (entrée en vigueur : 1^{er} janv. 1979), *RTNU*, vol. 1135, p. 388 (I-17799), art. 12. ; Convention de Rome sur la conservation des ressources biologiques de l'Atlantique sud-est, du 23 oct. 1969 (entrée en vigueur : 24 oct. 1971), *RTNU*, vol. 801, p. 102 (I-11408), art. VIII, art. IX et V par. 3) combinés ; Convention de Gdansk relative aux pêcheries et à la conservation des ressources biologiques dans la mer Baltique et les Belts, du 13 sept. 1973 (entrée en vigueur : 28 juil. 1974), *RTNU*, vol. 1090, p. 98 (I-16710), art. X, XI and VIII par. 3) combinés.

¹⁸³ Pour d'autres exemples, v. :

- Convention de Bonn sur la Conservation des Espèces Migratrices appartenant à la faune sauvage (CMS), du 23 juin 1979 (entrée en vigueur le 1^{er} nov. 1983), dont l'article XI habilite la Conférence des parties à adopter des amendements les Annexes I et II par un vote à la majorité des deux tiers, *RTNU*, vol. 1651, p. 333 (I-28395).
- Convention de Washington sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), du 3 mars 1973 (entrée en vigueur le 1^{er} juil. 1975), *RTNU*, vol. 993, p. 243 (I-14537). Conformément à l'article XV, la Conférence des Parties peut adopter des amendements aux Annexes I et II par un vote à la majorité des deux tiers.

- plus récemment, les traités de protection de l’environnement ont inclus des clauses d’*opting out*, alors même qu’ils n’institutionnalisent pas complètement le processus décisionnel, car ce ne sont pas des organes permanents, mais les conférences des États parties qui adoptent ces actes réglementaires¹⁸⁴. Ce faible degré d’institutionnalisation explique peut-être le choix des mécanismes d’*opting out* très complexes, qui créent des incertitudes sur les conditions d’entrée en vigueur de ces actes et même sur leur valeur juridique¹⁸⁵.

114. En réalité, ces mécanismes sont la règle dans les organisations où la prise de décision à la majorité est admise. Peu de conventions prévoient une opposabilité sans possibilité d’*opting out*. En dehors des décisions du Conseil de sécurité, on peut donner l’exemple du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d’ozone (1987), qui prévoit à son article 2, paragraphe 9, alinéa (d), que les amendements à l’Annexe A s’imposent à tous les États parties :

« d) Les décisions lient toutes les Parties et sont communiquées sans délai aux Parties par le dépositaire. Sauf indication contraire dans leur libellé, les décisions entrent en vigueur à l’issue d’un délai de six mois à compter de la date de leur communication par le dépositaire. »¹⁸⁶

-
- La Convention de Rio de Janeiro sur la diversité biologique, du 5 juin 1992 (entrée en vigueur : le 29 déc. 1993), *RTNU*, vol. 1760, p. 79 (I-30619). L’article 30, en combinaison avec l’article 29, prévoit, en dernier recours, l’adoption d’amendements aux annexes par un vote à la majorité des deux tiers des Parties présentes à la réunion et exprimant leur vote, dans le cas où aucun accord par consensus n’a pu être dégagé. L’amendement entre en vigueur à l’égard de toutes les Parties la Convention ou au protocole considéré qui n’ont pas présenté par écrit dans un délai d’un an suivant la communication de l’adoption.
 - Convention d’Helsinki sur les effets transfrontières des accidents industriels, du 17 mars 1992 (entrée en vigueur : le 19 avr. 2000), *RTNU*, vol. 2105, p. 457 (I-36605). Pour les amendements à son Annexe I, l’article 4, par. a) de la Convention d’Helsinki invite les Parties, à n’épargner aucun effort pour parvenir à un accord par consensus. En cas d’échec la disposition prévoit l’adoption des amendements, en dernier ressort, par un vote à la majorité des neuf dixièmes des Parties.
- Pour une analyse, v. J. Sommer, « Environmental Law-Making by International Organisations », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 56, 1996, pp. 628-667.

¹⁸⁴ La Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants du 22 mai 2001 distingue entre l’adoption par la COP d’annexes supplémentaires, qui s’apparentent à un mécanisme d’*opting out* classique et celle d’amendement aux annexes existantes, qui est, en principe, soumise aux procédures de ratification ou approbation par les États parties (v. articles 21 et 22 de la Convention, *RTNU*, vol. 2256, p. 119 (I-40214)). Pour d’autres exemples des traités environnementaux, v. J. Brunnée, « Reweaving the Fabric of International Law ? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements », in R. Wolfrum et V. Röben (dir.), *Developments of International Law in Treaty-Making*, Berlin, New York, Springer, 2005, pp. 108-115. V. aussi l’article XV(4) de la Convention de Genève sur l’interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l’emploi des armes chimiques et sur leur destruction, du 3 sept. 1992 (*RTNU*, vol. 1974, p. 45 (I-33757)), ou l’article 16 de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL) du 2 nov. 1973.

¹⁸⁵ V. *supra*, pars. 113 et s. Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d’ozone, préc., note 33, art. 4B ; Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, du 11 déc. 1997 (entrée en vigueur : le 16 févr. 2005), *RTNU*, vol. 2302, p. 148 (A-30822), art. 15.

¹⁸⁶ Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d’ozone, préc., note 33, article 2(9). V. aussi J. Sommer, « Environmental Law-Making ... », *op. cit.*, note 183, p. 653 ; D. D. Caron,

115. Quelques caractéristiques communes se dégagent de ces clauses :

- elles imposent aux États d’exprimer leur désaccord avec l’acte institutionnel voté par la majorité ;
- l’entrée en vigueur de l’acte institutionnel n’est pas suspendue ou affectée par les notifications négatives¹⁸⁷ ;
- ce mécanisme est réservé aux actes formellement obligatoires, étant entendu que le caractère obligatoire est parfois assorti de degrés¹⁸⁸ ; les États sont en revanche libres d’exprimer leur opposition à un acte recommandatoire, en l’absence même de toute disposition conventionnelle en ce sens¹⁸⁹ ;
- les effets de la notification négative se distinguent de ceux de l’opposition aux actes recommandatoires¹⁹⁰ ;
- la notification négative se distingue également de l’institution des réserves¹⁹¹ au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du Guide de la pratique adopté par la CDI en 2011¹⁹² ;

« Protection of the Stratospheric Ozone Layer and the Structure of International Environmental Lawmaking », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 14, 1991, pp. 755-780, spéc. p. 767 (disponible sur : scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/169/, consulté le 9 sept. 2013). Un autre exemple est celui des décisions de l’Autorité internationale des Fonds Marins : il résulte en effet de l’interprétation combinée de la Partie 11 de la Convention de Montego Bay que les normes édictées par l’Autorité sont obligatoires (v. en ce sens, R. Wolfrum, « Legitimacy of International Law and the Exercise of Administrative Functions : The Example of the International Seabed Authority, the International Maritime Organization (IMO) and International Fisheries Organizations », *German Law Journal*, vol. 9, n° 11, pp. 2052-2054).

¹⁸⁷ Exception faite des clauses de sauvegarde des conventions qui permettent à une majorité d’États membres de notifier leur opposition à l’acte institutionnel adopté à la majorité par un organe restreint (v. *supra*, pars. 113).

¹⁸⁸ V. *supra*, pars. 65-66 ; Nouvelle-Zélande, Cour d’appel, 16 juin 1997, *New Zealand Air Line Pilots’ Association Inc*, préc., note 103.

¹⁸⁹ V. *infra*, ce Chapitre, pars. 132 et s.

¹⁹⁰ V. *infra*, par. 125 ; v. aussi CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie*, préc., note 74, par. 22.

¹⁹¹ Certains auteurs utilisent toutefois le terme de « réserve », bien qu’entre guillemets (v. J. Dehaussy et H. Ascensio, « Les actes unilatéraux et l’action normative des organisations internationales », *op. cit.*, note 14, par. 53 ; mais v. aussi J.-F. Flauss, « Les réserves aux résolutions des Nations Unies », *op. cit.*, note 22, p. 8). V. K. Skubiszewski, « The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-Contractual Instruments Having a Normative Function or Objective », 30^e Commission, Résolutions de l’Assemblée Générale des Nations Unies, *Provisional Report*, 21 juil. 1979, *Ann. IDI*, vol. 61 (Session d’Helsinki), t. I, 1985, p. 215 ou encore ce même auteur, « Enactment of Law by International Organizations », *BYIL*, vol. 41, 1965-1966, p. 217.

¹⁹² CDI, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, *Documents officiels de l’Assemblée générale*, 66^e session, Supplément n° 10 (A/66/10), *Ann. de la CDI*, 2011, vol. II (2), p. 19. La CDI a uniquement envisagé le mécanisme d’*opting out* à certaines dispositions conventionnelles, et non aux actes réglementaires adoptés ultérieurement par les organes institutionnels (V. aussi Rapport de la CDI, *Annuaire CDI 2000*, vol. II (Part II), p. 113, par. 1.1.8 du projet de directive (*Réserves faites en vertu de clauses d’exclusion*) ; v. égal. le Guide de la pratique de 2011, par. 1.1.6, p. 20. Par ailleurs, la notification négative est exclue de la définition des réserves en vertu du critère temporel : « Un État ou une organisation

- l'effet notoire de la notification négative est d'empêcher l'opposabilité de l'acte obligatoire à l'État ayant fait jouer l'*opting out* ; corrélativement, l'absence de notification négative rend l'acte pleinement opposable à l'État. Celui-ci produira l'ensemble des effets juridiques qui lui sont normalement attachés à l'égard de l'État présumé consentant.

116. Cependant, ces appréciations valent dans l'ordre international. Bien que la jurisprudence interne ait eu à connaître des effets juridiques de la notification négative ou de son absence, elle n'en a jamais fait une lecture en termes d'opposabilité.

117. Le traitement réservé par les juridictions internes aux notifications de différence aux normes de l'OACI est ainsi topique. On a déjà pu constater que les juges internes se fondent sur la valeur normative de ces actes, et notamment sur l'absence, prétendue ou réelle, de caractère obligatoire, pour en écarter l'application dans certains cas d'espèce¹⁹³. Selon cette logique, le mécanisme d'*opting out* perd toute son utilité :

« [L]a circonstance que les dérogations instituées par l'arrêté attaqué à certaines normes édictées par l'organisation de l'aviation civile internationale n'auraient pas été notifiées à cette organisation, en méconnaissance de l'article 38 de cette convention, est, en tout état de cause, sans influence sur la légalité de l'arrêté attaqué »¹⁹⁴.

118. Les notifications de différence faites en vertu de l'article 38 de la Convention de Chicago¹⁹⁵ sont considérées comme des indices d'un faible degré d'obligatorité. C'est l'approche qui se dégage de l'arrêt de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande évoqué dans d'autres sections de ce chapitre¹⁹⁶. Le juge note que la Nouvelle-Zélande avait elle-même fait une notification, mais en tire peu de conséquences. En effet, la notification était formulée en des termes si ambigus et si conditionnels qu'elle ne pouvait être lue comme une véritable opposition à la norme et offrait peu de base à une conclusion définitive :

« New Zealand has also notified a difference from the paragraph. The notification appears to have been first given in 1982: »

internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité, sauf si le traité en dispose autrement ou si aucun des autres États contractants et aucune des autres organisations contractantes ne s'y oppose (par. 2.3). La notification négative est postérieure à la fois au consentement initial, exprimé à travers la ratification et à l'entrée en vigueur objective de l'acte institutionnel.

¹⁹³ V. *supra* pars. 64-67.

¹⁹⁴ France, Conseil d'État, 20 nov. 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, préc., note 108.

¹⁹⁵ Préc., note 49.

¹⁹⁶ *Supra*, par. 65-66.

'No absolute guarantee can be given that the records listed in 5.12 will not be disclosed. All practical steps will be taken, however, to minimize the extent and occurrence of such disclosures.' (...)

*The parties were agreed that this notice has been in effect at the relevant times. »*¹⁹⁷

119. Une décision de la Cour suprême d'appel sud-africaine met incidemment en évidence le fait que l'absence d'une notification de différence n'engendre pas d'effet dans l'ordre interne ; plus particulièrement, elle ne confère pas à l'annexe en question le statut d'une norme internationale incorporée dans l'ordre interne :

*« The fact that in such event it is required to notify the ICAO of the divergence, but fails to do so, does not have the effect of conferring upon the recommendation concerned the status of a municipal law. »*¹⁹⁸

La justesse de cette conclusion n'est pas discutable ; d'ailleurs, les juges préfèrent souvent s'en référer aux règles auxquelles leur ordre interne soumet l'efficacité de la norme internationale, plutôt que construire une argumentation fondée en droit international, et ce *a fortiori* lorsque le raisonnement s'écarte de la logique binaire obligatoire/ non obligatoire.

120. La jurisprudence française a, quant à elle, évolué radicalement sur ces questions. Dans un premier temps, le juge français avait non seulement reconnu le caractère obligatoire des annexes à la Convention de Chicago, mais avait également conclu que l'absence de notification entraînait l'application de l'annexe dans l'ordre juridique français :

*« Attendu, en effet, que de ladite Convention, ratifiée par la France le 13 novembre 1946, et de son annexe 9, sur le chapitre 5 de laquelle le Gouvernement français n'a notifié aucune réserve, il appert que la dispense d'inspection s'applique... »*¹⁹⁹

¹⁹⁷ Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Air Line Pilots' Association Inc*, préc., note 103, p. 562.

¹⁹⁸ Afrique du Sud, Cour suprême d'appel, 14 mars 1997, *Welkom Municipality*, préc., note 164, pp. 456-457. Il faut noter que le juge de première instance avait relevé d'office l'applicabilité de l'annexe 14 et avait dû faire de longues recherches afin d'en connaître le contenu et de savoir si son État avait fait jouer l'article 38 de la Convention de Chicago (Afrique du Sud, Haute Cour, *Welkom Municipality v. Masureik and Herman t/a Lotus Corporation and Another*, 22 mars 1995, *ILR*, vol. 131, p. 433). Il faut souligner que, même à présent, ni les annexes à la Convention de Chicago ni les notifications de différence ne sont facilement accessibles. En effet, bien qu'ils soient publiés par l'OACI, la circulation de ces documents est limitée et le coût de leur commande prohibitif. Certains sites internet nationaux mettent toutefois en ligne les annexes, avec les avertissements de rigueur (v. ainsi le site de l'Office fédéral de l'aviation civile suisse, <http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/grundlagen/02643/?lang=fr>).

¹⁹⁹ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 8 nov. 1963, *Schreiber et Air France*, *Bulletin criminel* 1963, p. 666 ; reproduit dans *AFDI*, vol. 10, 1964, p. 892 ; v. égal. Cour d'appel de Paris, 8 juin 1971, *Kamoilpraimpna*, *RGDIP*, t. LXXVI, 1972 p. 582, note de Ch. Rousseau et *AFDI*, 1972, p. 985, note de J.-F. Lachaume ; Cour de cassation, Ch. criminelle, 29 juin 1972, *Kamoilpraimpna*, n° 71-91.821, *Bulletin criminel* n° 226, p. 591, *RGDIP*, t. LXXVIII, 1974, p. 526 note de Ch. Rousseau et *RBDI*, 1973-2, pp. 403-410, note de Rolin ; Cour de cassation, Ch. criminelle, 29 juin 1972, *Males*, n° 71-91.981, *Bulletin criminel* n° 227, p. 595, *RGDIP*, 1974, p. 536, note de Ch. Rousseau, *JDI*, n°1, 1974, p. 142, note de D. Rousseau et

121. Cette jurisprudence très accommodante à l'égard de l'applicabilité des annexes de l'OACI a été renversée par la suite. La conséquence logique de la position affichée par le juge français – à savoir que les annexes doivent être considérées comme des recommandations insusceptibles d'application immédiate par le juge interne – serait de priver la notification de différence (ou son absence) de tout effet dans l'ordre interne. C'est ainsi que la Cour d'appel de Colmar a estimé :

« Qu'il ressort de la convention de Chicago en date du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, et notamment de ses articles 37 et 38 relatifs aux 'normes et pratiques recommandées internationales', que les normes adoptées par l'OACI, compte tenu de leur nature et notamment des possibilités de dérogation qu'elles comportent, n'ont pas un caractère impératif ;
Que dès lors, *il importe peu que la France ait oublié, dans ses réponses à l'OACI des 22 décembre 1986 et 14 novembre 1990, de rappeler la différence entre la réglementation nationale et les dispositions de l'annexe 6 relatives au GPWS qu'elle avait notifiée le 12 septembre 1978.* »²⁰⁰

122. La jurisprudence interne sur la notification de différence se dérobe à la systématisation. Sa portée ne peut être appréciée que d'une manière négative : sauf cas très exceptionnels²⁰¹, la notification négative ne remplit pas dans les ordres internes les fonctions dont elle est investie dans l'ordre international. Assez souvent, elle ne remplit guère de fonction précise. Les juges internes ne se prononcent pas sur l'opposabilité de la norme à leur État. S'ils décident de l'écarter, ils le font, le plus souvent, sur la base de son absence d'efficacité interne, ou encore, mais plus rarement, en arguant de sa faible valeur normative internationale. Dès lors, ces actes ne trouvent un rôle à jouer dans les procédures internes qu'en tant que sources auxiliaires de détermination de la règle de droit, en se greffant le plus souvent sur une autre source, internationale ou interne.

123. L'explication de ce désintérêt pour les clauses conventionnelles qui protègent le consentement étatique est d'abord d'ordre pragmatique : l'appréciation de leur portée suppose une interprétation par le juge de dispositions souvent complexes, dans la mesure où, contrairement aux réserves aux traités²⁰², les notifications négatives ne faisant l'objet d'une diffusion ou d'une publication centralisée ni par l'organisation ni par l'État en question,

AFDI, 1974, p. 974, note de J.-F. Lachaume ; Cour de cassation, Ch. criminelle, 27 juin 1973, n° 73-90.057, *Bulletin criminel* n° 305, p. 735 ; AFDI, 1974, p. 975, note de J.-F. Lachaume.

²⁰⁰ France, Cour d'appel de Colmar, 14 mars 2008, *aff. du crash du Mont Saint-Odile*, n° 06/01600, arrêt n° 262/08 (nous soulignons). V. *supra*, par. 67 et la jurisprudence citée en note 108.

²⁰¹ V. *supra*, par. 120.

²⁰² CDI, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, préc., note 192.

l'existence même de la notification devient incertaine. Certes, le doute à ce sujet peut être levé, mais cela suppose soit des recherches extensives de la part du juge ou des parties, soit l'organisation de procédures nationales d'information.

2. *L'acquiescement comme consentement spécial à l'acte institutionnel*

124. Si la jurisprudence interne est peu encline à reconnaître un effet au consentement spécial à la norme institutionnelle lorsque l'expression de celui-ci est prévue par le traité constitutif, elle semble parfois plus disposée à le rechercher en dehors de toute prescription conventionnelle. Il n'est guère aisé de comprendre les fonctions que les juges internes attribuent au consentement étatique : parfois c'est une référence *ex abundante cautela*, lorsque l'engagement institutionnel n'apparaît pas comme une justification suffisamment solide, parfois le juge interne puise dans le consentement spécial une raison pour considérer comme opposables à son État des actes dont la valeur obligatoire est sujette à caution.

a) **L'attitude internationale de l'État, source d'opposabilité**

125. Il convient de rappeler succinctement dans quelles hypothèses la jurisprudence internationale a admis que l'assentiment de l'État à un acte institutionnel rendait celui-ci opposable à son égard. L'argument a surtout prospéré lorsque la Cour a eu à apprécier les effets d'un acte recommandatoire. Elle a ainsi occasionnellement estimé que l'acceptation formelle²⁰³, la participation au vote²⁰⁴, le silence gardé pendant ou après l'adoption de l'acte

²⁰³ « Le Gouvernement albanais a accepté cette recommandation, et, sur la base de cette acceptation, reconnaît son obligation de soumettre le différend à la Cour conformément aux dispositions du Statut. » (CIJ, 25 mars 1948, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, exceptions préliminaires, Rec., 1948, p. 26).

²⁰⁴ « Les représentants de la Lituanie et de la Pologne ont participé à l'adoption de cette résolution du Conseil. » (CPJI, 15 oct. 1931, avis consultatif, *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, Série A/B, n° 42, p. 116). Le vote positif ou la participation au consensus comme source d'opposabilité de la norme institutionnelle a été longuement débattu en doctrine. Michel Virally considéraient ainsi que : « Ce vote [positif] exprime un accord entre les États ayant voté en faveur de la résolution. » (M. Virally, « Résolution et accord international », *op. cit.*, note 72, p. 302. Dans le même sens, G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington DC, Department of State, vol. V, 1943, p. 33) Plus récemment aussi in Ph. Sands et P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, Londres, Sweet & Maxwell, 6^e éd., p. 294 ; *contra*, v. J. Castañeda, « Valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *RCADI*, 1970, vol. 129, pp. 303-306 ; K. Skubiszewski, « The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-Contractual Instruments... », *Provisional Report*, *op. cit.*, note 191, p. 169 ; J. F. Flauss, « Les réserves aux résolutions des Nations Unies », *op. cit.*, note 22, p. 34 et note 147 ; V. aussi J. Kolosa, « Some Remarks on the Concept », in J. Makarczyk (dir.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, *op. cit.*, note 72, p. 4. M. Virally avait exprimé un avis similaire au sujet de la participation de l'État au vote par consensus : v. « Résolution et accord international », *op. cit.*, note 72, p. 303.

institutionnel²⁰⁵ généraient des obligations juridiques à l'égard de l'État. L'acte institutionnel en cause ou les normes qu'il prévoyait ont été considérés opposables à cet État. Cependant, il faut se garder de tirer de conclusions trop définitives de ces quelques cas où l'attitude internationale de l'État lors de l'adoption de l'acte, ou ultérieurement, a engendré des effets d'opposabilité²⁰⁶. En effet, la jurisprudence de la CPJI porte la marque du contexte historique où elle a été rendue, et où les organisations internationales ressemblaient plutôt à des conférences multinationales qu'à des institutions permanentes et que les États bénéficiaient d'un droit de veto lors de l'adoption ; celle de la CIJ concerne l'établissement de l'*opinio juris sive necessitatis* dans le cadre du processus coutumier.

126. Ces réflexions internationalistes ont eu des échos dans la jurisprudence interne, qui fournit des exemples de ces trois figures de l'assentiment. Elle se distingue toutefois de la jurisprudence internationale sur un point fondamental : elle invoque le consentement spécial même si celui-ci n'est pas juridiquement requis, puisque le traité constitutif prévoit la force obligatoire de l'acte et que la seule qualité de membre suffit à le rendre opposable à l'État. Dans ces hypothèses, la référence au consentement spécial semble faite *ex abundante cautela* et n'emporte pas de conséquence particulière. Ainsi, les juges kényans ont justifié l'opposabilité des résolutions CSNU sur la piraterie à leur État sur la base de la participation à l'adoption de ces textes :

« *The universally applicable legal framework dealing with piracy as reflected in UNCLOS has also been endorsed by Security Council Resolutions 1816, 1838, 1846, 1851, 1897 and 1918 the most recent being UNSCR 1918 in April of 2010 in all of which Kenya participated and adopted.* »²⁰⁷

L'argument est contestable à la fois en droit, car le vote n'est pas en soi source d'opposabilité, et en fait, car le Kenya n'était pas membre du Conseil de sécurité pendant la période où ces textes ont été adoptés.

²⁰⁵ V. CPJI, avis consultatif du 8 déc. 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, Série B, n° 14, p. 17. V. aussi : Opinion dissidente de M. Gros dans CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, préc., note 74, par. 22, p. 334 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Rec., 1986, p. 14, par. 203, p. 107.

²⁰⁶ Pour une démonstration détaillée du fait que le vote n'engendre pas des effets d'opposabilité, v. E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international...*, *op. cit.*, note 6, pp. 315-326.

²⁰⁷ Kenya, Cour d'appel de Nairobi, 18 oct. 2012, *In re Mohamud Mohammed Hashi, et al.*, n° 434/2009, par 35, pp. 48-49, disponible à l'adresse : <http://piracylaw.files.wordpress.com/2012/10/kenya-hashii-appeal-opinion.pdf>, consulté le 10 sept. 2013 (nous soulignons).

127. L'acceptation ou l'acquiescement sont également invoqués pour affermir du droit souple. Lorsque le juge estime la norme est décisive pour l'affaire qu'il doit trancher, mais qu'il ne peut en faire une application autonome puisqu'elle est contenue dans un instrument recommandatoire, il excipe du consentement étatique pour permettre à l'acte institutionnel de produire ses effets. La référence à l'acquiescement est une échappatoire qui dispense le juge d'enquêter sur la valeur juridique de l'acte en question. Le subterfuge a été utilisé pour apprécier la force normative des résolutions de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité mettant fin aux accords de tutelle. La Cour internationale de Justice a qualifié ces accords d'actes conventionnels²⁰⁸ ; partant, la question de la qualification juridique des résolutions qui y mettaient fin devenait d'autant plus embarrassante pour les juridictions internes, tant il est difficile de concevoir qu'un acte unilatéral puisse abroger un acte conventionnel. D'où la tendance de la jurisprudence interne de se fonder sur l'accord informel de la puissance administrante pour admettre l'effet en droit interne de ces actes²⁰⁹. Toutefois, ce n'est qu'en prenant en considération l'origine unilatérale du mandat et du régime de tutelle que l'on peut comprendre la capacité pour les organes des Nations Unies d'y mettre fin unilatéralement. La force juridique de ces résolutions vient du caractère unilatéral des mandats du Conseil de la SdN – investi de cette compétence par l'article 22 du Pacte de la SdN²¹⁰ et que le Chapitre XII de la Charte a perpétué, sous des modalités différentes²¹¹.

²⁰⁸ CIJ, avis consultatif du 11 juil. 1950, *Statut international du Sud-Ouest africain*, *Rec.*, 1950, p. 127.

²⁰⁹ Dans les affaires devant le Conseil d'État français, le Commissaire du gouvernement Ordonneau avait en effet estimé que : « Force est alors d'admettre que, établie par accords, la tutelle ne peut être levée que par la voie d'accords nouveaux conclus entre les mêmes parties. (...) Dès lors, la levée de la tutelle résultera d'un accord entre l'organisation et l'autorité administrante et la résolution du 13 mars 1959 a la valeur d'une approbation donnée par l'Assemblée au nom de l'organisation à cet accord nouveau » (France, Conseil d'État, 3 nov. 1961, *Sieur M'Bounya*, n° 36.648, *Lebon* p. 612, concl. M. Ordonneau, *Lebon* p. 619 ; note Ch. Rousseau, *RGDIP*, vol. 66, 1961, n° 4, pp. 867-869 ; v. aussi Conseil d'État, 24 janv. 1962, *Union des Populations du Cameroun*, *RDP*, 1962, p. 778 ; note A. Kiss, *AFDI*, vol. 9, 1963, p. 972). V. aussi États-Unis, Court of Claims, *Tomaki Juda, et al. v. The United States*, 10 nov. 1987, n° 172-81L, *Westlaw*, 13 Cl.Ct., p. 667 : même qualification conventionnelle avec la conséquence que la tutelle ne pouvait être terminée sans l'accord du Conseil de sécurité, où l'URSS avait opposé un veto ; v. G. Raymond, « Le dernier territoire sous tutelle : les îles du Pacifique », *AFDI*, vol. 34, 1988, pp. 454-474). V. aussi États-Unis, Cour d'appel du 2^e Circuit, *Morgan Guaranty Trust Company of New York, Morgan Grenfell & Co., Limited, et al. v. Republic of Palau*, 4 févr. 1991, n° 1427, Docket 89-7096, *Westlaw*, 924 F.2d 1237.

²¹⁰ L'article 22 institutionnalisait un régime prévu à l'article 119 du Traité de Versailles. V. CIJ, *Sud-Ouest africain (Libéria c. Afrique du Sud ; Ethiopie c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, *Rec.*, 1966, p. 24, pars. 19-20.

²¹¹ Les analyses de Sir Percy Spender et Sir Gerald Fitzmaurice sont en effet plus convaincantes : Opinion dissidente commune de Sir Percy Spender et Sir Gerald Fitzmaurice, dans CIJ, 21 déc. 1962, *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires*, *Rec.*, 1962, pp. 474-494.

128. Cette figure de l'acquiescement est illustrée par la jurisprudence française relative à la valeur des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui mettent fin à la tutelle française sur le Cameroun :

« Considérant d'une part, que par sa résolution n° 1349 adoptée au cours de sa 13^e session, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé que l'accord de tutelle approuvé par ladite Assemblée le 13 décembre 1945 et relatif au Cameroun sous administration française cessera d'être en vigueur le 1^{er} janvier 1960 ; *qu'il est constant que cette résolution a été prise avec le plein accord du Gouvernement de la République française.* »²¹²

129. Charles Rousseau considérait que cette affaire « illustre [...] la force que conserve encore le préjugé contractuel auprès des juridictions nationales »²¹³. Toutefois, dans cette hypothèse, la pleine opposabilité de la recommandation résulte non pas du consentement spécial de l'État²¹⁴, mais d'une obligation conventionnelle antérieure prévoyant la compétence des Nations Unies en la matière.

130. Les juges internes ont occasionnellement tiré argument de l'existence d'un consentement spécial à la norme institutionnelle. Toutefois, ni les modalités exactes de l'acquiescement, ni les circonstances dans lesquelles il est considéré comme acquis, ne sont précisées. On peut douter que l'assentiment de l'Irak était réel, ou même univoque. Résultait-il du silence, d'une attitude approbative de l'État, ou d'un acte formel d'acceptation ? Aucune précision n'est donnée dans ces affaires sur les modalités et les circonstances de l'acquiescement. Quand bien même les conclusions judiciaires seraient-elles justifiées, la plus grande prudence doit précéder le constat d'un consentement tacite. Ce n'est qu'après examen d'un ensemble de circonstances que la conclusion de l'acquiescement peut s'imposer. Les

²¹² France, Conseil d'État, 3 nov. 1961, *Sieur M'Bounya*, préc., note 209 (nous soulignons) ; v. aussi Conseil d'État, 24 janv. 1962, *Union des Populations du Cameroun*, préc., note 209. L'absence d'acquiescement à un acte recommandatoire est aussi relevée pour écarter l'application de l'acte : « *The Refugee Convention does not stipulate that the parties to the Convention are bound by recommendations contained in Conclusion no. 30 [of the Executive Committee of UN High Commissioner for Refugees] and it has not been demonstrated that the State voluntarily intended to commit itself to the contents of the Refugee Convention.* » (Pays-Bas, Cour d'appel de La Haye, 31 oct. 2002, *VAJN and NJCM v. Netherlands*, ILDC 143 (NL 2002), par. 5.7.).

²¹³ Ch. Rousseau, note sous Conseil d'État, 3 nov. 1961, *M'bounya*, RGDIP, 1961, n° 4, p. 869.

²¹⁴ La CIJ a d'ailleurs conclu qu'il n'est pas requis : « La révocation ne pouvait cependant résulter que d'une violation grave par le mandataire des obligations qu'il avait assumées. Tirer argument du principe de l'unanimité appliqué par la Société des Nations pour soutenir que la révocation ne pouvait intervenir dans ce cas au'avec l'accord du mandataire serait non seulement aller à l'encontre du principe général de droit régissant l'extinction comme conséquence d'une violation, mais aussi postuler une impossibilité. Pour des raisons évidentes, on ne saurait, s'agissant d'une extinction de ce genre, exiger le consentement du fautif. » (CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, préc., note 74, par. 101). Dans cet avis, la Cour a confirmé que les organes des Nations Unies avaient compétence pour mettre fin unilatéralement à l'accord de tutelle (pars. 96-104)

juridictions internes sont-elles équipées pour éviter les écueils d'un constat rapide, ou même infondé ? Rien n'est moins certain.

b) Un consentement autonome résultant de l'incorporation interne ?

131. La jurisprudence interne montre que l'incorporation interne de l'acte est occasionnellement considérée comme l'expression d'un consentement spécial. Elle se manifeste dans le cas d'actes obligatoires, mais non opposables formellement à l'État. La jurisprudence suisse a mis en avant ce consentement spécial pour justifier l'application des résolutions du Conseil de sécurité lorsque l'État n'était pas encore membre des Nations Unies.

« Le 2 février 1994, puis le 20 mars 1995, le Conseil fédéral a décidé d'*appliquer de manière autonome ces deux résolutions*, en considérant que ces textes s'inscrivent dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (maintien de la paix), qu'ils visent l'application effective du droit international humanitaire, plus particulièrement des Conventions de Genève, et que *la Suisse a pris part activement à la préparation des Statuts*, dont la nature et, dans une large mesure, le contenu sont identiques. »²¹⁵

Ou encore :

« L'ordonnance sur les Taliban a été adoptée par le Conseil fédéral le 2 octobre 2000, à un moment où la Suisse ne faisait pas encore partie des Nations Unies. À l'époque, il s'agissait d'une exécution autonome des sanctions décidées par le Conseil de sécurité, fondée sur l'article 184, 3 V. »²¹⁶

132. L'application des résolutions du Conseil de sécurité par l'Union européenne pourrait également être considérée comme une forme d'engagement autonome, si l'on considère que, n'étant pas membre des Nations Unies, l'Union n'est pas formellement liée par ces actes, et qu'aucun principe de droit international ne vient lui imposer d'obligation à cet égard. Mais pareille opposition obscurcit la raison fondamentale qui est à la base de la mise en œuvre des résolutions par l'ordre juridique de l'Union européenne, et les principes qui régissent les rapports entre les États membres de l'UE et l'organisation elle-même dans le cadre de cette mise en œuvre²¹⁷.

²¹⁵ Suisse, Tribunal fédéral, 28 avr. 1997, *X. c. Office fédéral de la Police*, BGE 123 II 175, par. b), texte intégral disponible depuis le site Internet officiel du Tribunal fédéral suisse, à l'adresse : <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm> (nous soulignons).

²¹⁶ Suisse, Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour de droit public, *Nada c : Secrétariat d'État à l'économie*, préc., note 88.

²¹⁷ V. *infra*, pars. 149-159.

133. Cette pratique de l'incorporation autonome n'est pas limitée aux résolutions du CSNU. Au contraire, il est courant que des actes européens soient adoptés pour donner effet dans l'ordre de l'Union à des actes institutionnels qui ne sont pas formellement opposables à l'UE, mais le sont à ses États membres, et qui en outre interviennent dans des champs de compétences de l'organisation d'intégration. Ainsi, de nombreux actes institutionnels ont été incorporés par le biais de règlements. Parmi ceux-ci :

- la résolution A.747(18) de l'Organisation maritime internationale²¹⁸ ;
- les dénominations communes internationales de l'OMS²¹⁹ et celle du Règlement sanitaire international est envisagée²²⁰ ;
- les modifications apportées par la Conférence des Parties aux Annexes de la Convention CITES ont également été incorporées par règlement²²¹.

Quels que soient les principes internationaux régissant l'opposabilité de ces actes à l'UE, il faut remarquer que l'incorporation autonome a une valeur constitutive dans l'ordre interne de l'Union, puisqu'elle représente la source des obligations pour les institutions (et les États membres).

134. La doctrine n'exclut pas que l'incorporation autonome soit source d'opposabilité des recommandations aux États membres de l'organisation²²². Pour certains auteurs, l'acceptation exprimée à travers l'incorporation interne rendrait la norme subjectivement obligatoire à l'égard de l'État consentant. Ainsi, Jacques Dehaussy et Hervé Ascensio considèrent que :

« De nombreuses résolutions des organes internationaux ayant un contenu normatif général sont également recommandées aux États aux fins d'une mise en œuvre dans leur droit interne ou dans leurs politiques publiques. L'acceptation étatique *a posteriori* peut même réapparaître pour de nombreux règlements internationaux – pourtant en principe obligatoires pour les États membres –, par le biais d'une certaine marge de compétence discrétionnaire dans leur réception dans l'ordre interne. »²²³

²¹⁸ Règlement (CE) n° 2978/94 du Conseil du 21 nov. 1994, *JOCE* n° L 319 du 12 déc. 1994, p. 1-6.

²¹⁹ Règlement (CE) n° 129/2007 du Conseil du 12 févr. 2007, *JOCE* n° L 56, du 23 févr. 2007, p. 1-53.

²²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative au règlement sanitaire international du 26 sept. 2006, doc. COM/2006/0552 final.

²²¹ Dernier acte en date, suivant les modifications apportées par la Conférence de Doha (2010), v. Règlement (UE) n° 709/2010 de la Commission du 22 juil. 2010 modifiant le règlement (CE) n° 338/97 du Conseil relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce (*JOCE*, L 212 du 12 août 2010, pp. 1–59).

²²² J. Dehaussy et H. Ascensio, « Les actes unilatéraux et l'action normative des organisations internationales », *JCI Droit international*, *op. cit.*, note 14, par. 61 ; H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, *op. cit.*, note 7, par. § 1232.

²²³ J. Dehaussy et H. Ascensio, *ibid.*, par. 7.

Mais ces conceptions n'ont cours que si l'opposabilité est conçue comme un concept applicable aux seuls actes obligatoires. Or, tel n'est pas le cas²²⁴.

135. Si la réception interne autonome peut être source d'opposabilité – une question qui est loin d'être tranchée – force est de reconnaître qu'elle n'a qu'un effet très limité : non seulement elle ne concerne que l'État ayant incorporé la norme, mais en outre elle ne dépasse pas les limites de l'ordre juridique interne de celui-ci. En effet, ce type de consentement est inefficace sur le plan international, car les conditions de son efficacité internationale²²⁵ ne sont pas remplies : l'intention d'être engagé sur le plan international fait défaut²²⁶, la notoriété internationale de l'engagement n'est pas non plus acquise²²⁷. D'ailleurs, la CIJ a considéré que l'engagement de retirer une réserve, exprimé sur le plan interne, n'avait pas d'effet sur le plan international tant que les règles particulières à celui-ci n'ont pas été remplies :

« Il convient en effet de distinguer clairement entre la décision prise dans l'ordre juridique interne d'un État de retirer une réserve à un traité et la mise en œuvre de cette décision dans l'ordre juridique international par les autorités nationales compétentes, qui ne peut s'opérer que par la notification du retrait de ladite réserve aux autres États parties au traité concerné. C'est une règle du droit international, dérivée du principe de sécurité juridique et bien établie dans la pratique, que, sauf convention contraire, le retrait par un État contractant d'une réserve à un traité multilatéral ne prend effet à l'égard des autres États contractants que lorsque ceux-ci en ont reçu notification. »²²⁸

136. Par ailleurs, il est difficile de comprendre en quoi cette mise en œuvre autonome du droit institutionnel, en l'absence d'autre source d'opposabilité, se distingue de l'exercice normal de la compétence législative interne : l'État semble libre de déterminer à la fois le contenu de ses normes, leur teneur, le moment de leur édicition ou de leur éventuelle abrogation²²⁹. Certes, en droit international, il est admis qu'un engagement unilatéral ne saurait être arbitrairement révoqué²³⁰. Mais, justement, parce que l'incorporation autonome

²²⁴ *Supra*, par. 76.

²²⁵ V. C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, pp. 350-352.

²²⁶ V. CIJ, 20 déc. 1974, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *Rec.*, 1974, pars. 43 et s., p. 267.

²²⁷ *Ibid.*, par. 41, p. 267.

²²⁸ CIJ, 3 févr. 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *Rec.*, 2006, par. 41, p. 25.

²²⁹ H. G. Schermers et N. M. Blokker estiment que l'État peut changer cette législation d'incorporation à tout moment (*International Institutional Law*, *op. cit.*, note 7, p. 775, § 1232).

²³⁰ V. CIJ, 20 déc. 1974, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, préc., note 226, par. 51, p. 270 ; CIJ, 26 nov. 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *Rec.*, 1984, p. 419, par. 61 ; v. J. Charpentier, « Engagements unilatéraux et engagements conventionnels : différences et convergences », *op. cit.*, note 91 pp. 375-376, pars. 12 et 18 ; v. égal. E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, p. 343.

n'est même pas un engagement unilatéral, rien ne s'oppose à ce que l'État modifie son ordre juridique interne : ni la confiance légitime des tiers, ni la sécurité juridique ne sont mises en péril. Pour toutes ces raisons, il est difficile d'accepter que l'incorporation autonome du droit dérivé constitue une source d'opposabilité de la norme sur le plan international.

B. L'opposabilité *erga omnes*

137. La notion d'opposabilité du droit dérivé repose sur la qualité de membre de l'organisation. Cependant, plusieurs facteurs conduisent à s'interroger sur la possibilité d'une opposabilité du droit dérivé à des sujets non membres de l'organisation. En effet, on peut se demander si l'interposition des organisations régionales entre le niveau étatique et le niveau universel ne devient pas un frein à l'application effective des actes des organisations universelles, dans la mesure où les États membres des organisations universelles ont transféré une partie de leurs compétences aux organisations d'intégration. La perspective est loin d'être anodine, car si l'on détecte les prémisses d'une telle opposabilité, on pose *ipso facto* les bases d'une théorie de la législation internationale au sens le plus strict du terme²³¹. En pratique, la question s'est uniquement posée pour le droit institutionnel des Nations Unies, et avec une acuité particulière pour les décisions du CSNU. La place particulière que l'article 103 de la Charte assure en principe à ces normes explique les diverses théories forgées pour expliquer leur opposabilité en dehors de tout engagement institutionnel.

1. Les théories internationalistes de l'effet erga omnes des décisions du Conseil de sécurité

138. La pratique judiciaire (internationale, mais aussi interne) montre toutefois que l'horizon d'une telle législation est lointain. Si la question de l'opposabilité *erga omnes* a été abordée à l'égard des résolutions obligatoires du Conseil de sécurité, elle n'a jamais été formulée dans les mêmes termes pour d'autres actes (même ceux de l'Assemblée générale des Nations Unies). S'agissant des actes d'autres organisations internationales – obligatoires ou non selon leurs traités constitutifs – la question ne s'est pas posée en termes d'opposabilité *erga omnes* d'un caractère objectif, mais d'acceptation volontaire des effets de ces actes, donc de détermination d'un engagement spécial²³².

²³¹ V. J. A. M. Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 184-186.

²³² V. *supra*, pars. 125 et s.

139. Pour les décisions du Conseil de sécurité, l'avis de la Cour internationale de Justice sur la Namibie a pavé la voie d'une opposabilité *erga omnes*²³³. Tous les éléments sont en effet réunis dans le paragraphe 126 de l'avis : il mentionne une décision spécifique du Conseil de sécurité, les États tiers, et l'expression « *erga omnes* » :

« Pour ce qui est des États non membres, et bien que ces États ne soient pas liés par les articles 24 et 25 de la Charte, les paragraphes 2 et 5 de la résolution 276 (1970) les invitent à s'associer à l'action des Nations Unies concernant la Namibie. De l'avis de la Cour, la cessation du mandat et la déclaration de l'illégalité de la présence sud-africaine en Namibie sont opposables à tous les États, en ce sens qu'elles rendent illégale *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international ; en particulier aucun État qui établit avec l'Afrique du Sud des relations concernant la Namibie ne peut escompter que l'Organisation des Nations Unies ou ses Membres reconnaîtront la validité ou les effets de ces relations ou les conséquences qui en découlent. Dès lors qu'il a été mis fin au mandat par décision de l'organisation internationale chargée du pouvoir de surveillance à son égard et que le maintien de la présence sud-africaine en Namibie a été déclaré illégal, il appartient aux États non membres d'agir conformément à ces décisions. »²³⁴

140. Il convient toutefois de lire ce paragraphe sans opérer une sélection biaisée de ces termes. La Cour se défend d'affirmer le dépassement de l'effet relatif de la Charte²³⁵ ; au contraire, elle met en exergue le fait que les États non membres n'y sont pas liés. L'effet *erga omnes* des décisions est à rechercher ailleurs que dans l'affirmation d'un effet absolu des résolutions. Il est une conséquence de la création, en conformité avec les règles de droit international, d'une situation de fait – la cessation du mandat. La validité internationale de la situation ainsi créée devient source d'opposabilité aux autres sujets du droit international (la Cour mentionne seulement les États, mais il n'y a aucune raison de limiter le raisonnement à ceux-ci). Cette forme d'opposabilité *erga omnes* des situations objectives, en particulier des situations territoriales, est aujourd'hui reconnue en droit international²³⁶. Elle est aisément

²³³ P. Weil, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 291-292.

²³⁴ CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, préc., note 74, par. 126.

²³⁵ V. en ce sens M. Forteau, « Le dépassement de l'effet relatif de la Charte », in R. Chemain, A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, pp. 121-159.

²³⁶ G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité : le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, Pedone, 2002, 585 p. ; E. Milano, *Unlawful territorial situations in international law : reconciling effectiveness, legality and legitimacy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 138-140. Il s'agit aussi bien des délimitations de frontière (v. *inter alia*, A. Ben Mansour, *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 302-303), que des administrations territoriales internationales par les Nations Unies (v. S. Subedi, « The Doctrine of objective regimes in international law and the competence of the United Nations to impose territorial or peace settlements on States », *German Yearbook of International Law* ; vol. 37, 1995, pp. 162-205 ou E. de Wet « The Direct Administration of Territories by the United Nations and its Member States in the Post Cold War Era : Legal

reconnue lorsque la situation est rendue légalement parfaite par une décision ayant force de chose jugée²³⁷. Le même mécanisme est à l'œuvre lorsque la situation est qualifiée légalement par une décision internationale. Dans ce dernier cas, des conditions spécifiques s'ajoutent pour que la qualification ait pleine force juridique. La compétence exclusive des Nations Unies pour gérer les mandats, le fait que les décisions de l'Organisation en la matière soient opposables à l'Afrique du Sud, la conformité de ces décisions aux règles de droit international applicables sont des préalables à la création de cette situation objective. Ce sont également des prérequis pour l'affirmation de l'illégalité²³⁸ de la présence sud-africaine en Namibie. La déclaration de la fin du mandat et celle de l'illégalité de l'attitude sud-africaine étant toutes les deux légales, elles donnent naissance à un régime objectif, opposable aux autres sujets²³⁹.

141. Ce raisonnement fondé sur la création de situations objectives de caractère territorial n'est toutefois pas transposable à l'ensemble des décisions du Conseil de sécurité. Une autre théorie existe, selon laquelle une entité, quelle qu'elle soit, serait obligée par les décisions du Conseil de sécurité si elle en est destinataire. La Cour internationale de Justice semble l'avoir acceptée implicitement, dans son avis consultatif relatif à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*²⁴⁰, lorsqu'elle s'applique à identifier les destinataires de la résolution, à savoir si les auteurs de la déclaration d'indépendance en font partie, et à déterminer avec précision les obligations que le Conseil de sécurité entendait mettre à leur charge :

« Lorsqu'elle interprète des résolutions du Conseil de sécurité, la Cour doit identifier, au cas par cas, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, les destinataires à l'égard desquels le Conseil de sécurité a voulu créer des obligations juridiques contraignantes. »²⁴¹

Bases and Implications for National Law », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 8, 2004, pp. 291-340).

²³⁷ V. en ce sens M. Bedjaoui, « The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals », *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 28, 1996, pp. 52-54.

²³⁸ On peut se demander s'il s'agit d'une question de validité ou de licéité. La Cour, en tout cas, s'est exprimé en termes de « légalité » (v. *supra*, par. 139).

²³⁹ Dans l'affaire du *Timor Oriental*, la Cour s'est fondée sur la nature du droit à l'auto-détermination pour affirmer, dans un *obiter dictum* sans conséquences concrètes dans le cas *sub judice* – l'opposabilité *erga omnes* des obligations corrélatives. Mais il n'y a pas de précision dans l'arrêt quant aux débiteurs de ces obligations. (CIJ, du 30 juin 1995, *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *Rec.*, 1995, par. 29, p. 102)

²⁴⁰ CIJ, avis consultatif, 22 juil. 2010, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, *Rec.*, 2010, pp. 449-451, par. 115-118.

²⁴¹ *Ibid.*, par. 117. V. aussi le paragraphe 115 de l'avis, qui précise que la question des destinataires est envisagée d'une manière extensive, puisqu'elle portait en l'espèce sur des entités infra-étatiques : « En second lieu, pour en venir à la question des destinataires de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, celle-ci, comme indiqué plus haut (voir paragraphe 58), établit un cadre général pour le 'déploiement au Kosovo, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, de présences internationales civile et de sécurité' (par. 5). Elle vise principalement à imposer certaines obligations et à conférer certaines autorisations aux États

142. Même si ces passages de l'avis *Kosovo* portent indéniablement la marque d'une érosion supplémentaire du principe de l'effet relatif, dans son application à la Charte et aux résolutions obligatoires du Conseil de sécurité, le Rubicon n'a toujours pas été franchi vers l'affirmation d'un effet absolu, *erga omnes*. En effet, ces développements jurisprudentiels peuvent être lus de deux manières. Ils pourraient être une application particulière de la jurisprudence *Namibie*, car la résolution 1244 en question avait également créé une situation territoriale objective, à savoir un régime d'administration territoriale internationale, qui imposait des obligations à toute une série d'acteurs internes et internationaux. Il serait également possible d'interpréter ces passages comme une forme de reconnaissance de l'effet direct des résolutions, qui auraient visé à transpercer le voile étatique, pour atteindre directement des sujets internes. Un *caveat* est toutefois de mise : cette reconnaissance serait exceptionnelle et la proposition difficilement généralisable²⁴², car l'« ordre interne » en cause n'est pas un ordre étatique, mais un ordre d'administration territoriale sous le contrôle des Nations Unies.

143. Les incertitudes internationalistes qui entourent la reconnaissance, aux résolutions du Conseil de sécurité, d'effets qui se déploient au-delà du cercle des États membres des Nations Unies se reflètent sur le plan interne. Les ordres internes ne s'empressent d'ailleurs pas à accepter la théorie de l'effet *erga omnes* des décisions du Conseil de sécurité, comme le montre la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne.

2. *L'opposabilité des résolutions du CSNU à l'Union européenne*

144. Pour les 28 États membres de l'Union européenne, la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité se fait très largement par le biais d'ordre de l'Union²⁴³. Les juridictions européennes ont été saisies de nombreuses affaires portant sur de tels actes de mise en œuvre.

Membres de l'Organisation des Nations Unies ainsi qu'à des organes de l'Organisation tels que le Secrétaire général et son représentant spécial (voir, notamment, les paragraphes 3, 5, 6, 7, 9, 10 et 11 de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité). La résolution 1244 (1999) ne fait expressément mention d'autres acteurs que lorsque le Conseil de sécurité exige, d'une part, 'que l'ALK et les autres groupes armés d'Albanais du Kosovo mettent immédiatement fin à toutes opérations offensives et satisfassent aux exigences en matière de démilitarisation' (par. 15) et que, d'autre part, 'tous les intéressés, y compris la présence internationale de sécurité, apportent leur entière coopération au Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie' (par. 14). Cette résolution n'indique nullement que le Conseil de sécurité ait entendu imposer en sus une obligation ou une interdiction d'agir spécifique à ces autres acteurs. »

²⁴² V. *infra*, Chapitre 4.

²⁴³ V. *infra*, Chapitre 3, Section III, § 3, pars 156 et s.

Cette jurisprudence, bien qu'abondante, contourne soigneusement la question de l'opposabilité des décisions du Conseil de sécurité à l'Union européenne. La question est, par essence, internationale, puisqu'il s'agit de déterminer si un sujet de l'ordre international – ici l'UE – est dans l'obligation juridique de mettre en œuvre ces décisions. Cependant, la réponse de la Cour est européaniste, car elle se fonde uniquement sur les règles internes à l'Union pour apprécier l'existence et l'étendue de l'engagement de l'Union.

145. L'intérêt des internationalistes pour le sujet de l'opposabilité des actes d'une organisation internationale à une autre est cependant maigre, comme le montre le Projet d'Articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la CDI en 2011²⁴⁴. La seule disposition de ce projet qui aborde, de loin, le sujet est l'article 10 :

« Existence de la violation d'une obligation internationale

1. Il y a violation d'une obligation internationale par une organisation internationale lorsqu'un fait de l'organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation, quelle qu'en soit l'origine ou la nature.

2. Le paragraphe 1 s'applique également à la violation de toute obligation internationale d'une organisation internationale envers ses membres qui peut découler des règles de l'organisation. »²⁴⁵

146. En reprenant *ad litteram* l'article 12 des *Articles sur la responsabilité de l'État* de 2001, ce projet fait l'impasse sur une des questions fondamentales relatives au droit des organisations internationales : celle de la source des obligations pour les organisations internationales. Le projet d'article 10 ne fait qu'effleurer le sujet, d'une manière incidente, lorsqu'il se contente de préciser qu'il est applicable « quelle [que] soit l'origine ou la nature [de l'obligation] ». Mais c'est précisément la question qui attend désespérément une réponse. Le commentaire de l'Article 12 de 2001 était plus explicite quant aux significations de cette même formule, par laquelle sont désignées les modalités d'engagement des États, telles qu'admises dans l'ordre international :

« La formule 'quelle que soit l'origine' renvoie à toutes les sources possibles d'obligations internationales, c'est-à-dire à *tous les procédés de création d'obligations juridiques admises en droit international*. Le mot 'source' est parfois utilisé dans ce contexte, comme dans le Préambule de la Charte des Nations Unies qui met l'accent sur la nécessité de respecter les 'obligations nées des traités et autres sources du droit

²⁴⁴ CDI, Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10), Ann. de la CDI*, 2011, vol. II (2), p. 50.

²⁴⁵ *Ibid.*

international'. Le mot 'origine', qui a le même sens, ne risque pas de provoquer les doutes et les débats doctrinaux auxquels le terme 'source' a donné lieu. »²⁴⁶

147. Ces modalités d'engagement sont aujourd'hui identifiées et coïncident avec les sources formelles du droit international²⁴⁷ ; le projet de 2001 ne nécessitait guère d'explication supplémentaire sur ce point. Il n'en va pas de même pour celui de 2011, justement parce que les modalités d'engagement des organisations internationales ne sont pas nécessairement identiques à celles des États. Le statut de sujet dérivé des organisations internationales, leur personnalité fonctionnelle basée sur une délégation de compétences qui pourrait s'accompagner d'un transfert d'obligations par les États sont autant d'éléments qui plaident en faveur d'une investigation autonome des modalités d'engagement des organisations internationales. Certes, il est communément admis que, à l'instar des États, les organisations internationales peuvent se lier par voie de traité, ou encore être liées par une règle coutumière ; l'hypothèse d'un engagement unilatéral n'est pas non plus à exclure, bien qu'elle ait été rarement mise en avant et qu'elle eût mérité quelques développements. De la même manière, la théorie de la succession aux obligations héritées des États en même temps que les compétences ayant fait l'objet d'un transfert, aurait mérité le détour. Ces interrogations sont esquivées par le projet de 2011.

148. Certes, la matière ne semblait pas mûre pour la codification et l'article 10 porte la marque de cette prudence. Toutefois, son paragraphe 2 s'aventure dans une matière également peu stabilisée : celle des règles internes de l'organisation. L'objet de ce paragraphe est de proposer un fondement aux obligations de l'organisation, valable *dans l'ordre international*, alors même qu'il trouve son origine *dans l'ordre interne de l'organisation*²⁴⁸. L'Union

²⁴⁶ Commentaire de la CDI joint à au projet d'art. 12 des Articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Ann. CDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 133, par. 3) (nous soulignons).

²⁴⁷ La théorie des sources, pour critiquée qu'elle soit, fournit des réponses précises : « Des obligations internationales peuvent être établies par une règle coutumière de droit international, par un traité, ou par un principe général de droit applicable dans l'ordre juridique international. Les États peuvent assumer des obligations internationales par voie d'acte unilatéral. » (*ibid.*)

²⁴⁸ « On peut se demander si toutes les obligations découlant des règles de l'organisation doivent être considérées comme des obligations internationales. La nature juridique des règles de l'organisation est plutôt controversée. Pour beaucoup, les règles des organisations créées par traité font partie du droit international. Pour d'autres auteurs, bien que les organisations internationales soient créées par des traités ou d'autres instruments relevant du droit international, le droit interne de l'organisation, une fois celle-ci créée, ne fait pas partie du droit international. Selon une autre opinion, qui est confirmée par la pratique, les organisations internationales parvenues à un haut degré d'intégration constituent un cas particulier. Selon une troisième opinion, il convient de distinguer les règles de l'organisation selon leur source et la matière qu'elles régissent et d'exclure du domaine du droit international certaines règles administratives, par exemple. (...)

« Bien qu'aux fins du présent projet d'articles la question de la nature juridique des règles de l'organisation soit loin d'être théorique, car elle affecte l'applicabilité des principes du droit international régissant la

pourrait alors être liée en vertu des règles découlant des traités²⁴⁹. Mais le projet d'article 10, paragraphe 2, limite la portée de ce principe à l'égard des membres de l'organisation, seuls créanciers des obligations dues par l'organisation en vertu de cette règle d'engagement, et, dès lors, seuls en titre d'en exiger éventuellement le respect. Il n'est donc pas l'expression d'un fondement objectif, mais seulement celle de l'incorporation – timide, conditionnelle – de certaines règles de l'organisation parmi les règles secondaires du droit de la responsabilité des organisations internationales.

149. La réflexion des internationalistes s'est concentrée sur l'opposabilité des résolutions du CSNU à des entités non membres des Nations Unies²⁵⁰. Certaines théories mettent en avant l'effet *erga omnes* des résolutions ; d'autres, la théorie de la succession comme expression d'un principe général d'engagement des organisations internationales. Les premières ayant été examinées plus haut²⁵¹, il convient d'exposer plus en détail la théorie de la succession.

150. La théorie de la succession fonctionnelle des organisations internationales s'inspire de celle de la succession des États : toutes deux reposent sur un transfert d'obligations qui

responsabilité pour les violations de certaines obligations découlant des règles de l'organisation, le paragraphe 2 n'exprime pas une position bien arrêtée sur ce point, mais vise simplement à indiquer que dans la mesure où une obligation découlant des règles de l'organisation doit être considérée comme une obligation relevant du droit international, les principes exprimés dans les présents articles s'appliquent. Les violations d'obligations imposées par les règles de l'organisation ne sont pas toujours des violations d'obligations de droit international. » (*ibid.*, pars. 5) et 7) du commentaire du projet d'article 10, pp. 101-102 ; notes de bas de pages omises).

²⁴⁹ À titre d'exemple, l'article 351 TFUE (ex. 305 CE) ou le principe de coopération loyale (CJCE, ord. 13 juil. 1990, *Zwartveld*, aff. C-2/88, *Rec.*, 1990, p. 3365 ; CJCE, 10 févr. 1983, *Luxembourg c. Parlement*, aff. 230/81, *Rec.*, 1983, p. 255, v. égal. la jurisprudence citée, *infra*, note 273 ; pour une définition du principe, v. G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Sirey, 10^e éd., 2012, pp. 101-106) peuvent être de telles règles servant de fondement à l'opposabilité à l'organisation des obligations antérieures de ses membres.

²⁵⁰ C'est le cas not. de L. Boisson de Chazournes : « Trois approches peuvent être cernées. Selon une première approche, les organisations internationales ne sont pas tenues par les résolutions du Conseil de sécurité, la Charte des Nations Unies ne prévoyant rien sur les organisations internationales dans ses articles pertinents (art. 25 et 103) (...). Selon une deuxième approche, s'appuyant sur la nature objective de la Charte, les articles 25 et 103 s'appliquent également aux organisations internationales, lesquelles sont alors directement obligées de respecter les résolutions du Conseil de sécurité. (...) Enfin, selon une troisième approche, les organisations internationales sont indirectement tenues de respecter les résolutions du conseil de sécurité, soit à travers la théorie de la succession appliquée par le Tribunal de 1^{ère} instance en l'affaire *Kadi* (...), soit dans les cas où le Conseil de sécurité s'adresse explicitement dans ses résolutions aux organisations internationales. » (« Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *RCADI*, vol. 347, 2010, pp. 379-380, note de bas de page 993 ; références omises). Pour l'identification des tenants de telle ou telle approche, v. justement les références ici omises). V. aussi N. Lavranos, « UN Sanctions and Judicial Review », in J. Wouters, A. Nollkaemper et E. de Wet (dir.), *The Europeanisation of International Law : the Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 191-194.

²⁵¹ V. théories de l'effet *erga omnes*, *supra*, par. 137-143.

accompagne un transfert de compétences²⁵². La distinction réside dans le fait que la succession des États repose sur un transfert de territoire d'un souverain à un autre, tandis que la succession fonctionnelle repose sur un transfert d'obligations qui accompagne la délégation de compétences dont les États investissent l'organisation internationale au moment de sa création.

151. Des spécialistes du droit des organisations internationales vont jusqu'à présenter la succession aux obligations comme une évidence :

*« One may safely submit that an international organization is bound to all international treaties to which all its member States were parties when the organization was established. States cannot reduce their treaty obligations by transferring competences to an international organization. If they transfer competence, they must do so under the restrictions under which they themselves held the competences. Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. When only some of the member States were bound by particular treaties when the organization was established one should still uphold the presumption that the organization must respect the treaty obligation of those States. »*²⁵³

152. La théorie de la succession fonctionnelle a été appliquée par la Cour de justice de l'UE à l'égard des obligations résultant du GATT, à une époque où la Communauté européenne n'en était pas membre²⁵⁴. Dans l'arrêt *Kadi I* de 2005, le TPICE avait considéré que cette même théorie fournissait une base à l'opposabilité des résolutions du CSNU à l'égard de l'UE. Cependant, le Tribunal a cantonné ses appréciations à l'ordre interne de l'Union, sans porter de jugement sur la positivité de la théorie dans l'ordre international²⁵⁵. La Cour ayant censuré l'application par le Tribunal de la théorie de la succession au cas

²⁵² Le *Dictionnaire de Droit international* note que « le terme succession est employé également pour qualifier un régime juridique, c'est-à-dire une dévolution des droits et obligations (...) soit volontaire soit automatique » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, note 119, p. 1059, sous « Succession »). Pour une discussion des rapports entre la succession territoriale et la succession fonctionnelle, v. R. Schütze, « The 'Succession Doctrine' and the European Union », in A. Arnulf et al. (dir.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 475-481 ; et P. Pescatore, « Monisme, dualisme et 'effet utile' dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne », in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, spéc. p. 336.

²⁵³ H. G. Schermers, « The Legal Bases of International Organization Action », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales, op. cit.*, note 39, p. 403.

²⁵⁴ CJCE, 12 déc. 1972, *International Fruit Company NV*, aff. jtes. 21-24/72, *Rec.*, 1972, p. 1228. La Cour a entouré la reconnaissance d'une succession aux obligations d'un certain nombre de conditions. Ainsi a-t-elle récemment précisé que seul un transfert intégral de compétences des États vers l'Union peut justifier que le dernière soit liée en vertu de la théorie de la succession (CJCE, Grde. Ch., 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) et al. c. Secretary of State for Transport*, C-308/06, *Rec.*, 2008, p. I-04057, par. 49. Pour une appréciation positive de ces tendances jurisprudentielles récentes, v. J. Klabbers, *The European Union in International Law*, Pedone, 2012, pp. 73-75.

²⁵⁵ TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi c. Commission et Conseil (Kadi I)*, aff. T-315/01, *Rec.*, 2005, p. II-3649, pars. 191-204.

particulier des obligations résultant de la Charte²⁵⁶, certains auteurs ont estimé qu'elle considérait que les résolutions n'étaient pas opposables à l'UE en vertu du droit international²⁵⁷.

153. Toutefois, la jurisprudence de la Cour relève plus de la prétérition plutôt que de l'affirmation de la non opposabilité des résolutions du CSNU à l'UE. L'arrêt *Kadi I* de 2008 et la jurisprudence ultérieure²⁵⁸ sont traversés par une terminologie appartenant au champ sémantique de l'obligatorité. Bien qu'elle constate la nécessité de se conformer aux « engagements pris dans le cadre des Nations Unies »²⁵⁹, la Cour s'abstient soigneusement de préciser à qui ces engagements sont opposables : est-ce à l'Union, est-ce aux États membres qu'elle se réfère²⁶⁰ ? Assurément, dans *Kadi I* la Cour consacre de longs développements au rôle central des Nations Unies et du Conseil de sécurité en particulier dans l'architecture institutionnelle internationale, aux égards dus par l'Union à ce rôle et aux engagements pris dans le cadre des Nations Unies. Ces développements apparaissent toutefois comme des digressions sans conséquences juridiques définies avec précision.

²⁵⁶ CJCE, Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351.

²⁵⁷ Valérie Michel considère que la Cour a tranché dans l'arrêt *Kadi I* (2008), considérant que l'Union n'était pas liée par les rés. (« La déclaration d'autonomie de l'ordre juridique communautaire dans l'arrêt *Kadi* », *Petites affiches*, 1^{er} févr. 2010, n° 22, p. 16, par. 5). Dans le même sens, v. J. W. van Rossem, « Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi* : The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 40, 2009, pp. 183-227, du même auteur, « The Autonomy of EU Law : More is Less ? », in R. A. Wessel et S. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, La Haye, Asser Press/Springer, 2013, p. 33. V. aussi U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, n° 3, 2011, pp. 774-775.

²⁵⁸ CJCE, *Kadi I*, préc., note 256, par. 294 ; v. aussi CJUE, Grde. Ch., 16 nov. 2011, *Bank Mellî Iran c. Conseil*, C-548/09 P, *Rec.*, 2011, p. I-11381, par. 115.

²⁵⁹ V. par exemple : « [L]es compétences de la Communauté prévues aux articles 177 CE à 181 CE en matière de coopération et de développement doivent être exercées dans le respect des engagements pris dans le cadre des Nations unies », CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 256, par. 292 (nous soulignons) ; « Le respect des engagements pris dans le cadre des Nations Unies s'impose tout autant dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales, lors de la mise en œuvre par la Communauté, par l'adoption d'actes communautaires pris sur le fondement des articles 60 CE et 301 CE, de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations Unies. », *ibid.*, par. 292 (nous soulignons) ; dans le même esprit, v. aussi CJUE, 16 nov. 2011, *Bank Mellî Iran*, préc., note 258, au par. 105 : « La Cour a cependant jugé également que, sans pour autant que cela remette en cause la primauté d'une résolution du Conseil de sécurité au plan international, le respect s'imposant aux institutions communautaires à l'égard des institutions des Nations Unies ne pouvait avoir pour conséquence l'absence de contrôle de la légalité de l'acte communautaire au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire » (nous soulignons).

²⁶⁰ Pour une critique du désintérêt de la Cour à l'égard d'un aspect somme toute fondamental, v. C. Tomuschat, « The *Kadi* Case : What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order? », *Yearbook of European Law*, vol. 28, 2010, pp. 656-658.

154. Ce parti pris de la Cour de contourner la question de l'opposabilité des résolutions à l'UE est d'autant plus étonnant qu'il ne suit guère une méthodologie jurisprudentielle plutôt rôdée²⁶¹. Il contraste singulièrement avec l'autre grand arrêt de l'année 2008, qui concerne la place de certaines conventions internationales dans l'ordre de l'Union, l'arrêt *Intertanko*²⁶². Dans cet arrêt, la Cour a, pour chacune des conventions invoquées, d'abord déterminé si l'Union y était liée et, si oui, à quel titre. Ayant conclu que *non* en ce qui concerne la Convention MARPOL 73/78, cette détermination négative a rendu *ipso jure* dépourvues d'objet les interrogations relatives à l'applicabilité immédiate ou à l'effet direct de cette convention internationale. La Cour a dès lors excipé de son incompétence pour contrôler le droit dérivé par rapport à ces normes, qui se situent en dehors du bloc de légalité²⁶³.

155. À l'instar du Tribunal, la Cour se contente de choisir dans les règles propres de l'organisation celles permettant l'application, par l'Union, des résolutions du CSNU. Le raisonnement n'est toutefois pas mené en termes d'opposabilité, mais de source de compétences pour l'Union. La Cour est à la recherche d'un fondement instrumental pour expliquer l'exercice par l'UE de la compétence de mise en œuvre des résolutions. Ce fondement instrumental réside dans une position ou action commune adoptée à l'unanimité par le Conseil européen²⁶⁴, suivie de celle des actes législatifs, selon les règles communes, donc à la majorité²⁶⁵. La Cour n'identifie une obligation pour l'Union qu'à partir du moment où les États membres ont arrêté cette position commune :

« Lors de la mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de la charte des Nations Unies effectuée par l'Union, sur la base d'une position commune ou d'une action commune adoptée par les États membres en vertu des dispositions du traité UE relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, il appartient à l'autorité compétente de l'Union de tenir dûment compte des termes et des objectifs de ces résolutions ainsi que des obligations pertinentes découlant de cette

²⁶¹ Pour une détermination préalable, bien qu'implicite, du caractère obligatoire pour l'Union européenne des normes internationales invoquées v. la jurisprudence classique sur les sources du droit international : pour les accords conclus par la Communauté, CJCE, 30 avr. 1974, *Haegeman*, 181/73, *Rec.*, 1973, p. 459, par. 5 ; pour les actes des organes de certains accords externes, v. CJCE, 20 sept. 1990, *Sevince*, aff. C-192/89, *Rec.*, 1990, p. I-3500, pars. 8-9 ; pour les règles coutumières, CJCE, 16 juin 1998, *Racke*, C-162/96, *Rec.*, 1998, p. I-3704, par. 46). V. aussi M. Forteau, « La place des conventions internationales dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 602.

²⁶² « *Premièrement*, la Communauté doit être *liée* par ces règles », *Intertanko*, arrêt préc., note 257, par. 44 (nous soulignons). Ou encore : « En effet, l'Union doit tout *d'abord* être *liée* par ces règles. », CJUE, Grde. Ch., 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, *Rec.*, 2011, p. I-13755, par. 52 (nous soulignons).

²⁶³ CJUE, *Air Transport Association of America*, *ibid.*, pars. 50 et 52.

²⁶⁴ V. article 24 du TUE.

²⁶⁵ Art. 294 TFUE.

charte en relation avec une telle mise en œuvre (voir arrêt *Kadi*, points 295 et 296). »²⁶⁶

156. Cependant, la position commune apparaît comme un acte-condition plus qu'un fondement pour la compétence de l'Union de mettre en œuvre des résolutions²⁶⁷. Ce dernier ne peut d'ailleurs résider que dans le droit primaire, qualité dont les positions communes sont dépourvues. Le traité de Lisbonne ne supprime pas la nécessité d'un tel acte-condition, mais la confirme²⁶⁸. À partir de l'adoption de la position ou de l'action commune, les résolutions deviennent opposables à l'Union et les institutions doivent s'y conformer²⁶⁹.

157. La position commune revêt dès lors une double dimension : elle exprime le choix des États membres de faire appel à l'ordre de l'UE pour la mise en œuvre des résolutions²⁷⁰. De ce point de vue, les États restent libres d'y recourir (ou non, non seulement parce que la

²⁶⁶ CJUE, Grde. Ch., 18 juil. 2013, *Commission e.a. c. Kadi*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non publié, par. 106. V. aussi CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 256, par. 296.

²⁶⁷ C'est en ce sens qu'il faut entendre les appréciations de la Cour dans *Bank Melli Iran*, préc., note 258 : « Quant à la nécessité d'inclure la position commune 2007/140 parmi les bases juridiques, défendue par la requérante, il suffit de constater qu'elle est contredite par le texte même de l'article 301 CE, qui prévoit la possibilité d'adopter des mesures communautaires lorsqu'une position commune ou une action commune adoptées en vertu des dispositions du traité UE, dans sa version antérieure au traité de Lisbonne, relatives à la PESC prévoient une action de la Communauté. Ce texte indique que *la position commune ou l'action commune doivent exister pour que des mesures communautaires puissent être adoptées, mais non que ces mesures doivent être fondées sur cette position commune ou cette action commune.* » (par. 70, nous soulignons). Alain Pellet considère que l'Union n'a pas de titre de compétence pour prendre des sanctions ciblées et que les actes de la coopération intergouvernementale pallient cette absence (v. A. Pellet, « Les sanctions de l'Union européenne », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 436 et s. Dans le même sens, v. C. Eckes, « Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures : The *Yusuf and Kadi Judgments* of the Court of First Instance », *European Law Journal*, vol. 14, n° 1, 2008, p. 81). Toutefois, l'introduction par le Traité de Lisbonne des 75 et 215 TFUE rend cette question aujourd'hui caduque.

²⁶⁸ Le Traité de Lisbonne n'a pas modifié substantiellement la donne, même si le nouvel article 75 TFUE fournit aux institutions une base pour prendre des sanctions autonomes anti-terroristes. S'agissant de la mise en œuvre des listes onusiennes, l'article 215 TFUE maintient la nécessité d'une décision PESC qui investisse le pilier gouvernemental de la compétence de mettre en œuvre des sanctions du Conseil de sécurité. Sur la distinction entre listes autonomes et listes d'exécution, v. H. Labayle et R. Mehdi, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme », *RTDE*, vol. 45, 2009, pp. 234-236 ; U. Candaş et A. Miron, *op. cit.*, note 257, pp. 770-772. La Cour a clarifié les rapports entre ces deux dispositions dans son arrêt rendu en Grde. Ch., du 19 juil. 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-130/10, publié au *Recueil numérique*. Elle a notamment apprécié que le recours à l'article 215 TFUE s'impose lorsqu'est en jeu la mise en œuvre des rés. CSNU, qui relève de l'action extérieure de l'Union (spéc. par. 65).

²⁶⁹ La Cour utilise les termes « doivent tenir compte... », mais les conséquences pratiques de ce devoir sont identiques à celles d'une obligation de mettre en œuvre (v. *infra*, Chapitre 3, pars. 167 et s.).

²⁷⁰ U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances... », *op. cit.*, note 257, pp. 773-774.

Charte ne l'impose pas²⁷¹, mais aussi et surtout parce que les compétences de l'UE en matière de politique étrangère et de sécurité sont facultatives²⁷².

158. En outre, on peut se demander si la position commune, engage l'Union sur le plan international. En effet, par le biais de cette position, les États confient à l'UE le soin de mettre en application les obligations correspondantes relevant de la Charte. Au minimum, le principe de coopération loyale²⁷³ impose à l'Union de respecter les obligations internationales des États membres qui lui en ont confié l'exécution.

159. Le Traité de Lisbonne a par ailleurs renforcé les arguments textuels devant conduire à la conclusion que l'Union est liée par les obligations de la Charte. Plusieurs amendements en ce sens ont été apportés²⁷⁴. La déclaration n° 13, bien qu'ayant une simple valeur interprétative, prévoit en termes clairs que « l'Union européenne et ses États membres demeureront *liés* par les dispositions de la Charte des Nations Unies et, en particulier, par la responsabilité principale incombant au Conseil de sécurité et à ses États membres du maintien de la paix et de la sécurité internationales »²⁷⁵. Mais, encore une fois, au regard de l'ordre international, le Traité, comme la position commune, sont des actes internes à l'Union. Et leur invocation en tant que source autonome d'engagement sur le plan international est sujette à de nombreuses interrogations²⁷⁶.

*

²⁷¹ Du point de vue des États membres, l'exécution par le biais de l'ordre de l'Union fait partie des options ouvertes par la Charte elle-même. L'article 48 (2) de la Charte prévoit en effet que les « décisions [du Conseil de sécurité] sont exécutées par les Membres des Nations Unies directement et grâce à leur action dans les organismes internationaux appropriés dont ils font partie ».

²⁷² Bien qu'en pratique les résolutions de sanction soient mise en œuvre principalement par des instruments de l'Union, les États membres n'en gardent pas moins une compétence de principe, même si résiduelle, pour le faire (v. en ce sens U. Candaş et A. Miron, *op. cit.*, note 257, pp. 778-782). En insistant sur la nécessité d'une décision intergouvernementale dans le cadre de la PESC la Cour retient une position qui sauvegarde la compétence de principe des États.

²⁷³ V. G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, note 249. V. égal. M. Blanquet, *L'article 5 du Traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994, 502 p. ; C. Delcourt, « Le principe de coopération loyale entre les institutions dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *Le droit de l'Union européenne en principes : Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, p. 459 ; CJCE, 27 sept. 1988, *Grèce c. Conseil*, aff. 204/86, *Rec.*, 1988, p. 5323 ; TPIUE, 13 sept. 2010, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies c. Commission*, aff. jtes. T-415, 416 et 423/05, *Rec.*, 2010, p. II-04749 ; CJUE, Grde. Ch., 20 avr. 2010, *Commission c. Suède*, aff. C-246/07, *Rec.*, 2010, p. I-03317 ; applicabilité à l'ancien troisième pilier : CJCE, Grde. Ch., 26 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03, *Rec.*, 2005, p. I-5285 ; TPIUE, 9 sept. 2010, *Stichting Al-Aqsa c. Conseil*, aff. T-348/07, *Rec.*, 2010, p. II-04575.

²⁷⁴ V. les articles 2, paragraphe 5, et 21 du TUE.

²⁷⁵ Déclaration n° 13 sur la politique étrangère et de sécurité commune annexée au Traité de Lisbonne du 13 déc. 2007 (nous soulignons).

²⁷⁶ V. *supra*, pars. 155-156.

160. L'ordre international ne semble pas avoir fixé avec certitude les critères pour établir la valeur normative du droit institutionnel, ni avoir trouvé un fondement unique pour expliquer l'opposabilité du droit institutionnel à un État ou à une organisation d'intégration, comme l'Union européenne. Si la valeur normative peut être déterminée à partir d'un faisceau d'indices, et que l'opposabilité se justifie d'ordinaire par la qualité de membre de l'organisation, force est d'admettre qu'il n'y a toutefois pas de consensus sur la pondération respective de ces indices, ou encore sur le concept d'engagement institutionnel. Dès lors, la détermination de la force normative de l'acte institutionnel nécessite des investigations approfondies, pour lesquelles peu de juges internes s'estiment compétents.

161. Certes, les juridictions internes admettent la distinction de nature entre le droit conventionnel et le droit institutionnel, mais elles ne s'attardent pas sur les fondements du dernier. En outre, cette reconnaissance est motivée par l'intention d'exclure le droit institutionnel du régime interne dévolu aux traités. Ce faisant, elles n'en reconnaissent pas moins, d'une manière implicite, l'autonomie de la source institutionnelle, qui se reflète dans le statut interne reconnu à celle-ci.

162. Déterminer la valeur normative d'un acte institutionnel en absence de critères infaillibles est un exercice hasardeux pour les juges internes. Hormis les décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies, dont l'ordre international admet sans nuances la valeur obligatoire, aucun acte institutionnel ne s'est vu reconnaître une force obligatoire inconditionnelle par les juridictions internes. Les nuances dont les traités constitutifs accompagnent souvent l'attribution d'un pouvoir de décision propre aux organes institutionnels découragent sans doute les juridictions internes de s'aventurer sur le chemin de la détermination de leur valeur normative.

Enfin, et d'une manière quelque peu inattendue, le juge interne ne cherche pas non plus à établir le fondement de l'opposabilité des actes institutionnels, malgré sa position d'organe d'un État (ou organisation d'intégration) à qui le droit institutionnel s'impose. Si les jurisprudences plus anciennes se référaient parfois au consentement spécial de l'État à l'acte institutionnel, à présent il est plus courant de rencontrer des renvois à la qualité de membre de l'organisation, ce qui dénote une certaine intériorisation de la nature unilatérale du droit dérivé.

163. Du reste, un *caveat* est de mise lorsqu'on essaie de synthétiser l'attitude du juge interne à l'égard de la détermination de la valeur normative des actes institutionnels. Dans leur ensemble, les décisions internes consultées abordent très peu cette question, comme si l'appréciation du caractère obligatoire d'un acte, donc de sa nature de droit dur ou souple, n'était pas décisive pour la détermination du statut interne du droit institutionnel. En vérité, elle semble ne pas l'être, dans la mesure où le juge interne conditionne l'efficacité de cette source à son incorporation, sans pour autant s'interdire de la prendre en considération en tant que moyen auxiliaire de détermination du droit, en la faisant d'abord interagir avec d'autres sources du droit international. Ce faisant, ils deviennent indiscutablement les hérauts de la théorie relative de la normativité, telle que celle-ci est articulée dans l'ordre international.

Chapitre 2. L'approche dynamique : la force normative du droit institutionnel, à l'aune des enchevêtrements normatifs

164. Le droit souple n'a eu de cesse de gagner du terrain ces dernières années. Non pas que ce mode de production du droit soit apparu récemment, du moins pas dans l'ordre international, où il désigne une constante ayant accompagné le développement des organisations internationales de coopération, dès leur origine. Ce qui est nouveau c'est la reconnaissance croissante de la normativité de la *soft law* par les juges internes. Il est de ce point de vue remarquable que l'Étude annuelle 2013 du Conseil d'État, consacré aux phénomènes du droit souple, relève ces enchevêtrements :

« Le droit souple partage avec le droit dur l'appartenance au droit et il existe entre eux un *continuum*, une gamme de 'normativité graduée' imposant la prise en considération de règles et garanties tout en permettant de les adapter, de manière encadrée, aux situations particulières. (...) Le droit dur n'a pas à craindre cette émulation ; il en ressortira renforcé. »²⁷⁷

165. On a l'impression d'assister à une véritable revanche de la « normativité relative », d'autant plus que l'Étude annuelle 2013 ne se contente pas d'admettre la nature juridique de la *soft law*, mais souligne en outre que :

« Le juge ne pouvait rester indifférent à cette omniprésence du droit souple. Si, en principe, le droit souple n'est pas appliqué par le juge comme le serait une règle de droit, il peut être appréhendé par ce dernier sous plusieurs angles. »²⁷⁸

166. Certes, l'Étude du Conseil d'État est principalement consacrée aux manifestations du droit souple émanant de l'ordre interne. Mais, en s'inspirant de la pratique de la *soft law* en droit international, elle en synthétise les fonctions, partagées par tous les ordres juridiques confondus. L'Étude part du constat que :

« Tous ces instruments de droit souple ne remplissent pas les mêmes fonctions. Trois rôles différents peuvent être identifiés, selon une typologie qu'on retrouvera d'ailleurs en dehors du droit international : le droit souple comme étape destinée à préparer des évolutions du droit dur (a) ; le droit souple comme instrument d'accompagnement de la mise en oeuvre du droit dur (b) ; le droit souple comme système autonome de régulation des relations internationales (c). »²⁷⁹

²⁷⁷ Conseil d'État, *Droit souple*, *op. cit.*, note 118, p. 191.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 74.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 25.

167. Tels sont en effet les « angles » à travers lesquels le juge appréhende le droit souple, notamment celui d'origine institutionnelle. C'est la seconde fonction, celle « d'accompagnement de la mise en œuvre du droit dur » qui intéresse particulièrement le présent chapitre, dans la mesure où il vise à rendre compte des interactions entre le droit institutionnel avec les sources attirées du droit international, à savoir principalement les traités et la coutume. L'intérêt d'une approche en termes d'enchevêtrements normatifs est d'autant plus grand que, comme il a été démontré au chapitre précédent, le juge interne tranche rarement la question de la valeur normative des actes institutionnels, en les reléguant *ipso facto* à une catégorie indéterminée, où le droit dur et le droit souple s'entremêlent, dans une sorte de *continuum* juridique, sans seuil précis de passage d'une catégorie à l'autre.

168. Toutefois il convient de la circonscrire d'emblée ne serait-ce qu'en raison de la distinction fondamentale entre norme et acte²⁸⁰. Les mêmes normes ou presque peuvent être contenues dans des instruments juridiques différents, voire des sources de droit différentes. La même norme se retrouve dans un traité, un acte institutionnel, une constitution nationale et relève, en outre, de la coutume. L'interaction est une médiation entre ces instruments. Elle crée des enchevêtrements normatifs, mais ne change pas la valeur formelle des *instrumenta*. Il en est de même de l'acte institutionnel : s'il est recommandatoire au moment de son entrée en vigueur, l'interaction n'a pas pour effet de le rendre obligatoire. En effet, la valeur normative intrinsèque, objective, de l'acte ne varie pas au gré des enchevêtrements normatifs. En revanche, l'interaction modifie la consistance matérielle des normes. Le phénomène a été mis en évidence par la Cour internationale de Justice en ce qui concerne la coutume²⁸¹. Il est manifeste également dans l'interaction des actes juridiques, dont l'interprétation s'en trouve affectée.

169. L'interaction du droit institutionnel avec la coutume internationale a fait l'objet d'études approfondies et son rappel, dans le cadre de cette étude, a pour seul objectif de vérifier l'adhésion des juges internes aux théories internationalistes (Section I). En revanche, les recherches portant sur l'interaction entre le droit institutionnel et la source conventionnelle

²⁸⁰ V. le *distinguo* par J.-P. Jacqué : « [U]n acte juridique a avant tout pour objet un texte et que la norme est la signification donnée à ce texte. » (« Acte et norme en droit international public », *RCADI*, t. 227, 1991-II, p. 368).

²⁸¹ CIJ, 20 févr. 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, *Rec.*, 1969, p. 3.

n'ont rien de systématique²⁸² ; quelques incursions théoriques deviennent nécessaires afin d'établir les modalités de l'interaction, et c'est seulement ensuite que l'application à ce titre du droit institutionnel par les juges internes pourra être analysée (Section II).

Section I. L'interaction du droit institutionnel avec la source coutumière

170. La jurisprudence internationale et la doctrine se sont régulièrement penchées sur les interactions du droit institutionnel et de la coutume internationale²⁸³. Même si le sujet semble inépuisable²⁸⁴ – « le mystère de la coutume » le veut ainsi...²⁸⁵ – les ressources sont suffisantes pour élucider les « liens complexes et ambivalents, animés d'une tension permanente entre concurrence et complémentarité »²⁸⁶ qui existent entre ces deux sources du droit international. La formule la plus concise se retrouve probablement dans l'avis de la Cour internationale de Justice relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* :

« La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai

²⁸² Le nouveau rapporteur spécial de la CDI sur le sujet de la pratique ultérieure, Georg Nolte, entend traiter du droit institutionnel sous cet angle ; mais ni les rapports soumis au groupe de travail (CDI, *Rapport de la Soixante-cinquième session*, 6 mai-7 juin et 8 juil.-9 août 2013, Assemblée générale, Documents officiels, Soixante-huitième session, Suppl. n° 10 (A/68/10), pp. 9-49, spéc. p. 33) n'en traitent pour l'instant. Il semblerait qu'un rapport spécial sera consacré à ce sujet (« *The report does not address subsequent agreements or subsequent practice relating to constituent instruments of international organizations and by their organs. International organizations merit separate treatment in that regard.* ») (G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, Oxford, OUP, 2013, p. 311).

²⁸³ CIJ, avis consultatif, 23 oct. 1956, *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*, Rec. 1956, pp. 91 *in fine* ; CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, préc., note 74, par. 22, p. 22 ; CIJ, avis consultatif, 9 juil. 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, pars. 22-35, pp. 145-152 ; CJCE 14 déc. 1971, *Commission c. France*, aff. 7/71, Rec. 1971, p. 1003 ; 8 avr. 1976, *Defrenne/Sabena*, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 455 ; TPIY, 2 oct. 1995, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, n° IT-94-1-AR72, par. 107. K. Skubiszewski, « L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative. Résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies », Institut du Droit International, travaux de la session d'Helsinki, 1985 *Annuaire de l'I.D.I.*, vol. 61, t. II, pp. 29-24 ; Résolution IDI, « L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative. Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies », Session du Caire, 1987.

²⁸⁴ Le catalogue du Peace Palace Library comporte, tous les ans, de nouvelles entrées sur le sujet. Des thèses, plus ou moins récentes, sont également consacrées au sujet (v. G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Doctorat d'État, Droit public, Nancy 2, 1998, 680 p. (Paris, Pedone, 2001, VII + 782 p.) et A.-T. Norodom, *L'influence du droit des Nations Unies...*, *op. cit.*, note 173, pour ne citer que deux, françaises, et relatives au droit des Nations Unies seulement).

²⁸⁵ P. Weil, « Le droit international en quête de son identité... », *op. cit.*, note 233, p. 161.

²⁸⁶ G. Cahin, « Droit de la Charte et coutume internationale », in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, *op. cit.*, note 75, vol. I, p. 83.

d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption ; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle. »²⁸⁷

171. Ce passage de l'avis met en évidence les caractéristiques essentielles de l'interaction entre la coutume et le droit institutionnel non obligatoire :

- dans le même mouvement, elle témoigne de la normativité du droit recommandatoire et du fait que le normatif ne se réduit pas à l'obligatoire ;
- la valeur normative du droit recommandatoire est de fournir des preuves de l'existence d'une coutume ou de l'émergence d'une *opinio juris* ;
- la fonction coutumière de l'acte institutionnel²⁸⁸ est double : il peut être « déclaratoire de droit »²⁸⁹ ou le germe du développement de nouvelles règles²⁹⁰ ;
- cette fonction coutumière n'est pas inhérente à tout acte institutionnel, mais varie au gré des circonstances : le contenu normatif de la recommandation doit être univoque – il en va de la suffisance et de la précision de la preuve – et les conditions de son adoption doivent témoigner de l'universalité de l'*opinio juris*²⁹¹.

172. De toutes les sources internationales, la coutume est, du moins en principe, la mieux reçue par les ordres internes, qu'ils soient de tradition moniste ou dualiste, alors même qu'elle ne l'emporte que rarement sur les dispositions législatives contraires²⁹². De ce fait, elle

²⁸⁷ CIJ, avis consultatif, 8 juil. 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.*, 1996, pp. 254-255, par. 70.

²⁸⁸ Le pluriel serait plus adéquat, car il s'agit souvent de l'effet agrégé de plusieurs actes. La possibilité à un seul acte institutionnel de donner naissance à des normes coutumières est menue (le concept de « coutume sauvage » n'a en effet pas pris. V. not. R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87 ; Brigitte Stern, « La coutume au cœur du droit international : quelques réflexions », in D. Bardonnnet (dir.), *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 479-499 ; M. C. Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *BYIL*, vol. 47, n° 1, 1975, pp. 1-53).

²⁸⁹ V. Rés. IDI, session de Caire, 1987, préc. note 283 : « *Conclusion 4 : Résolutions déclaratoires de droit* : Une Résolution déclaratoire de droit a pour but d'affirmer une règle de droit existante. En particulier, elle peut être un moyen de détermination ou d'interprétation du droit international, constituer un élément de preuve d'une coutume internationale ou énoncer des principes généraux de droit. »

²⁹⁰ *Ibid.*, « *Conclusion 5 : Résolutions qui développent le droit*

On peut distinguer les catégories suivantes de Résolutions développant le droit :

a) les Résolutions qui contribuent à la création d'une coutume internationale. »

²⁹¹ V. aussi la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Texaco Calasiatic* (19 janv. 1977, *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement Libyen*, *JDI*, 1977, p. 350-389) ; et Rés. IDI, 1987, préc. note 283, conclusions. 13 à 17.

²⁹² C'est le cas de l'Union européenne, si l'on admet que les règlements et directives relèvent de la loi (v. la nomenclature des actes introduites par le traité de Lisbonne, article 288 TFUE). V. en ce sens (2 jp sur la coutume : CJCE, 24 nov. 1992, *Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp.*, aff. C-286/90, *Rec.*, 1992, p. I-06019, spéc. par. 10 ; et CJCE, Grde. Ch., 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, *Rec.*, 2011, spéc. pars. 101 et s. ; CJCE,

apparaît comme une source formelle commode pour permettre à l'acte institutionnel de pénétrer dans les autres ordres juridiques. En réalité, le juge interne manifeste une saine prudence à l'égard de l'application d'une norme non écrite, dont l'existence et la teneur sont à établir. Il n'en reste pas moins que cette source est invoquée par les requérants internes et que les juges s'inspirent des solutions dégagées dans l'ordre international. Et puisque la norme coutumière n'est pas toujours appelée par son nom et que la terminologie varie d'une juridiction à l'autre, voire d'une décision à l'autre, c'est en identifiant les solutions internationalistes que l'on comprend être en présence de normes coutumières²⁹³.

173. Le raisonnement du juge interne n'est pas toujours calé sur celui du juge international : si le dernier prend comme point de départ l'affirmation de l'existence de telle ou telle règle, et se tourne ensuite vers les actes institutionnels pour la prouver, le premier a souvent comme point de départ l'acte institutionnel lui-même, voire une de ses dispositions, dont il entend établir les fonctions coutumières. Ce n'est qu'une tendance, qui n'est pas systématique²⁹⁴ et dont la justification relève du pragmatisme : l'acte institutionnel a la précision de l'écrit et les actes des organisations universelles bénéficient d'une présomption d'universalité. La généralité de la norme semble ainsi acquise, il ne restera qu'à déterminer si elle est « acceptée comme étant le droit ». Il importe de souligner que cette tendance, quand elle se réalise, trahit un renversement de perspective : l'accent n'est plus mis sur la norme, mais sur le texte, l'*instrumentum*, donc sur l'acte institutionnel. Dès lors, il ne s'agit plus de prouver l'existence d'une coutume, mais la fonction coutumière d'un texte institutionnel.

§ 1. Le droit institutionnel, preuve de la coutume

174. « [L]a substance du droit international coutumier doit 'être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États²⁹⁵. » Rares sont pourtant les exemples jurisprudentiels internes qui utilisent la méthode inductive pour établir l'existence et la

7 juin 2012, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, aff. C-27/11, p. non encore attribuée, spéc. par. 33. V. aussi, A. Soussan, « Coutume internationale et droit communautaire », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 655-667.

²⁹³ Parmi ces variations terminologiques, on peut rencontrer : « *law of nations* », « *basic principles of international law* ». On comprend que les juges internes préfèrent des expressions qui attestent du pedigree universel de ces normes.

²⁹⁴ V., *infra*, pars. 186 et s.

²⁹⁵ CIJ, 8 juil. 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, préc., note 287, p. 253, par. 64 citant CIJ, 26 juil. 1982, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, *Rec.*, 1985, p. 29, par. 27.

substance d'une norme coutumière²⁹⁶. La fonction déclarative des résolutions est plutôt présumée que prouvée. Ainsi, certaines jurisprudences américaines affirment d'une manière très générale :

*« Plaintiffs refer to United Nations resolutions and the work of the Nuremberg tribunals as further evidence of the content of customary international law and the Court finds that such analogies have merit. »*²⁹⁷

175. De la même manière, dans l'affaire *Eichmann*, les juges de la Cour suprême d'Israël ont considéré que les résolutions de l'AGNU constituent une preuve péremptoire du caractère coutumier des Principes de Nuremberg:

*« [If] there was any doubt as to this appraisal of the Nuremberg Principles as principles that have formed part of customary international law 'since time immemorial,' such doubt has been removed by two international documents. We refer to the United Nations Assembly resolution of 11.12.46 which 'affirms the principles of international law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal, and the judgment of the Tribunal,' and also to the United Nations Assembly resolution of the same date, No. 96 (1) in which the Assembly 'affirms that genocide is a crime under international law. (...) Perhaps the most important of such resolutions have been the affirmation of the Nuremberg principles and the declaration that genocide is an international crime... If fifty-eight nations unanimously agree on a statement of existing law, it would seem that such a declaration would be all but conclusive evidence of such a rule, and agreement by a large majority would have great value in determining what is existing law. (...) The deduction to be made from the above analysis is that the crimes established in the Law of 1950, which we have grouped under the inclusive heading 'Crimes against Humanity,' must be seen today as acts that have always been forbidden by customary international law – acts which are of a 'universal' criminal character and entail individual criminal responsibility. »*²⁹⁸

176. La Déclaration universelle des droits de l'homme est l'une des résolutions de l'Assemblée générale le plus souvent invoquées dans les ordres internes²⁹⁹. Même si, au moment de son adoption, elle relevait plus des idéaux éthiques que des principes juridiques,

²⁹⁶ J. P. Kelly, « The Twilight of Customary International Law », *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, n° 2, 2000, p. 478. L'arrêt de la Cour d'appel du 2^e Circuit (30 juin 1980, *Filartiga v. Pena-Irala*, F.2d 876, *Westlaw*, 630) ou encore celui de la Chambre des Lords du Royaume-Uni, dans la décision du 10 déc. 2004, *Regina (European Roma Rights Centre) v Immigration Officer at Prague Airport and another*, Appeal, (2004) UKHL 55, sont, de ce point de vue, exemplaires. Le fait que les juges aient bénéficié de l'assistance d'éminents internationalistes, dans un premier cas le conseiller juridique du département d'État (v. Memorandum for the United States as Amicus Curiae, *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980) (n° 79-6090), disponible en ligne : <http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/filartiga-us-amicus-brief-19800529.html>, notes de bas de page omises) et dans un second des avocats dont certains sont des habitués du prétoire de La Haye, expliquent sans doute cette exemplarité.

²⁹⁷ États-Unis, Cour du District Est de New York, 31 août 2000, *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117, 128 (EDNY 2000) (nous soulignons).

²⁹⁸ Israël, Cour suprême, 26 mai 1962, *Eichmann Case*, *ILR*, vol. 36, p. 59, égal. disponible en ligne : <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/185> (nous soulignons).

²⁹⁹ L'article de M. Gambaraza et A. Rodd fournit de nombreux exemples, même si les conclusions tirées sont souvent hâtives (« Le statut juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme dans les États de droit anglo-saxon », *Droits fondamentaux*, n° 8, 2010, <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article175>).

sa force normative est de plus en plus affirmée. Il ne faut toutefois pas tirer de conclusions trop définitives ou générales. Premièrement, toutes les dispositions de la Déclaration ne bénéficient pas de la même force coutumière. Ainsi, la jurisprudence américaine a-t-elle reconnu que l'article 5 sur l'interdiction de la torture reflète le droit coutumier :

« *For although there is no universal agreement as to the precise extent of the 'human rights and fundamental freedom' guaranteed to all by the Charter, there is at present no dissent from the view that the guaranties include, at a bare minimum, the right to be free from torture. This prohibition has become part of customary international law, as evidenced and defined by the Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217 (III)(A) (Dec. 10, 1948) which states, in the plainest of terms, 'no one shall be subjected to torture'. »³⁰⁰*

177. L'article 14 relatif au droit d'asile, quant à lui, ne bénéficie pas de la même force normative, si l'on en juge d'après une décision britannique qui souligne, moult exemples à l'appui³⁰¹, que :

« *[A]rticle 14 of the Universal Declaration of Human Rights confers no such right [to asylum]. »³⁰²*

178. Une deuxième mise en garde en ce qui concerne l'appréciation de la force normative de la DUDH vient du fait que la recherche du caractère coutumier de certaines de ses dispositions n'est pas méthodique. Les décisions qui l'écartent en raison de son caractère non obligatoire en sont un exemple³⁰³. Celles qui la soumettent au régime interne de réception prévu pour les traités – notamment à la nécessité d'incorporation – en sont un autre³⁰⁴.

179. Les décisions exemplaires sur la fonction coutumière de certaines résolutions cherchent par ailleurs à resituer l'acte institutionnel dans son ensemble normatif propre et à vérifier si la position affirmée par l'organisation dans un acte particulier a été confirmée par la suite. Ainsi, l'arrêt *Filartiga* souligne :

³⁰⁰ États-Unis, Cour d'appel du 2^e Circuit, 30 juin 1980, *Filartiga v. Pena-Irala*, préc., note 296.

³⁰¹ Le juge d'appel avait donné 17 autres exemples jurisprudentiels de plusieurs pays, pour attester de l'absence de règle coutumière en matière d'asile territorial (v. Royaume-Uni, Chambre des Lords, 10 déc. 2004, *Regina*, préc., note 296, par. 38 (Lord Lester).

³⁰² *Ibid.* V. aussi *in ibid.*, par. 14 (Lord Bingham).

³⁰³ V. *supra*, jurisprudence citée en note 29.

³⁰⁴ Ainsi de la Cour suprême de Bangladesh : « *True it is that the Universal Human Rights norms, whether given in the Universal Declaration or in the Covenants, are not directly enforceable in national courts. But if their provisions are incorporated into the domestic law, they are enforceable in national courts.* » (Cour suprême, 16 août 2000, *Ershad v Bangladesh, Appeal*, 21BLD (AD) 2001 69 ; *ILDC* 476 (BD 2000) ; v. aussi *ibid.*, 29 juil. 2001, *Tayazuddin v Bangladesh*, Criminal appeal, 21 BLD (HCD) 2001 ; *ILDC* 479 (BD 2001), par. 26).

« *The General Assembly has declared that the Charter precepts embodied in this Universal Declaration 'constitute basic principles of international law.'* G.A.Res. 2625 (XXV) (Oct. 24, 1970). »³⁰⁵

180. Suivant de près la méthodologie indiquée par les juridictions internationales, le juge américain a mis en avant les dissensions manifestées par les États au sein des Nations Unies lors de l'adoption de résolutions sur le terrorisme pour conclure qu'en 1984³⁰⁶ l'interdiction du terrorisme n'avait pas le statut de norme coutumière :

« *To witness the split one need only look at documents of the United Nations. They demonstrate that to some states acts of terrorism, in particular those with political motives, are legitimate acts of aggression and therefore immune from condemnation. For example, a resolution entitled 'Basic principles of the legal status of the combatants struggling against colonial and alien domination and racist regimes,' G.A.Res. 3103, 28 U.N. GAOR at 512, U.N.Doc. A/9102 (1973), declared:*
[...]

The divergence as to basic norms of course reflects a basic disagreement as to legitimate political goals and the proper method of attainment. Given such disharmony, I cannot conclude that the law of nations-which, we must recall, is defined as the principles and rules that states feel themselves bound to observe, and do commonly observe – outlaws politically motivated terrorism, no matter how repugnant it might be to our own legal system. »³⁰⁷

181. De la même manière, les conditions du vote de certaines résolutions de l'AGNU³⁰⁸ – les majorités obtenues et les réserves exprimées par les États – ont été soigneusement passées en revue, afin de déterminer si l'obligation d'assurer une compensation appropriée en cas d'expropriation reflétait le droit international coutumier. Le juge a conclu par la négative :

« This overview of the actions of members of the General Assembly presents at best a confused and confusing picture as to what the consensus may be as to the responsibilities of an expropriating nation to pay 'appropriate compensation,' and just what that term may mean. *The resolutions, the views of commentators, and the positions taken by individual states or blocs are varied, diverse, and not easily reconciled.* [...]

Further, we regard so much of the General Assembly resolutions as purports to allow expropriating states to determine both the existence and the scope of their duties to compensate aliens as not correctly reflecting international law. »³⁰⁹

³⁰⁵ États-Unis, Cour d'appel du 2^e Circuit, 30 juin 1980, *Filartiga v. Pena-Irala*, préc., note 296.

³⁰⁶ La jurisprudence internationale ultérieure reflète les modifications en droit international (v. *infra*, pars. 182-183).

³⁰⁷ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 3 févr. 1984, *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (nous soulignons).

³⁰⁸ La Cour a considéré les résolutions 1803 (XVII) du 14 déc. 1962, 3171 (XXVIII) du 17 déc. 1973, 3201 (S-VII) du 1^{er} mai 1974, 3281 (XXIX) du 12 déc. 1974.

³⁰⁹ États-Unis, Cour d'appel du 2^e Circuit, 4 août 1981, *Banco Nacional de Cuba, v. Chase Manhattan Bank*, 658 F.2d 875 (nous soulignons) (note de M. Leigh, in *AJIL*, vol. 76, n^o 4, oct. 1982, pp. 847-849). V. égal. sentence arbitrale du 17 janv. 1977, *Texaco Calasiatic c. Gouvernement Libyen*, dans lequel l'arbitre unique

182. Les actes recommandatoires ne sont pas les seuls investis de fonctions coutumières. Ainsi, les résolutions du Conseil de sécurité se dotent d'une double fonction normative : obligatoires en vertu de leurs effets propres, elles contribuent également à la naissance de normes coutumières :

« *In addition to treaties, United Nations Security Council resolutions, which are binding on all Member States, are evidence of the law of nations. [...] While such resolutions cannot be relied on as a sole source of international law, they are informative as to what the current state of international law is.* »³¹⁰

183. À ce titre, elles ont été invoquées pour établir que le terrorisme relève de la catégorie des crimes internationaux (Résolution 1566 (2004)) et que la responsabilité pour complicité de crime de terrorisme est également établie en droit international pénal (Résolution 1373 (2001)). Ces conclusions sont toutefois peu argumentées en droit et sujettes à caution³¹¹. La Cour ne s'est pas livrée à une recherche de la pratique internationale et a passé sous silence les difficultés persistantes pour aboutir à une définition universellement acceptée³¹², pour conclure, avec beaucoup de légèreté, qu'une banque qui détient des fonds du Hamas se rend complice de terrorisme. Or, pas plus que les résolutions de l'Assemblée générale, les résolutions du Conseil de sécurité ne peuvent créer de « coutumes sauvages »³¹³. Même si les conditions de leur adoption révèlent un consensus sur le texte, ceci ne dispense pas les juges

le Professeur René-Jean Dupuy est arrivé à la même conclusion. Pour un autre exemple où le droit institutionnel a valeur de preuve négative, en attestant de l'inexistence d'une coutume, v. Canada, Cour suprême, 15 févr. 2001, *EU c. Burns*, [2001] IRCS, 283, pars. 86-89.

³¹⁰ États-Unis, Cour du District de New York, 29 janv. 2007, *Oran Almog v. Arab Bank*, 04-CV-5564 (NG) (VVP) accessible depuis le site Internet officiel de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime : [https://www.unodc.org/tldb/pdf/Oran%20Almog%20et%20al.%20v.%20Arab%20Bank%20PLC%20\(USA%202007\).pdf](https://www.unodc.org/tldb/pdf/Oran%20Almog%20et%20al.%20v.%20Arab%20Bank%20PLC%20(USA%202007).pdf) (consulté le 13 sept. 2013).

³¹¹ La jurisprudence internationale a reconnu la spécificité du crime terroriste : TPIY, Ch. de 1^{ère} instance, 16 nov. 1998, *Le Procureur c. Mucić et consorts* – « *Camp de Čelebići* », n° IT-9621-T, § 976 ; 14 janv. 2000, *Kupreskic et al.*, n° IT-95-16-T ; TPIY, Ch. de 1^{ère} instance, 3 mars 2000, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić* – « *Vallée de la Lašva* », n° IT-95-14-T ; TPIY, Ch. de 1^{ère} instance, *Le Procureur c. Radislav Krstić* – « *Srebrenica-Drina Corps* », 2 août 2001, n° IT-98-33-T ; TPIY, Ch. de 1^{ère} instance, 5 déc. 2003, *Le Procureur c. Stanislav Galić*, n° IT-98-29-T, 26 févr. 2001, *Kordic et Cerkez*, n° IT-95-14/2-T ; 29 juil. 2004, Ch. d'appel, *Blaskic*, n° IT-95-14-A + Tribunal spécial pour le Liban, Ch. d'appel, 17 févr. 2011, *Ayyash et autres*, décision relative au droit applicable, STL1101/I/AC/R176bis. Toutefois, l'échec persistant dans l'adoption d'une convention globale, ainsi que l'exclusion temporaire de ce crime de la compétence de la CPI sont autant de raisons qui devraient inviter les juges internes à la jurisprudence.

³¹² V. A. Miron, « Le terrorisme, un crime en droit international pénal », *Gazette du Palais*, 27 nov. 2010 n° 331, p. 28.

³¹³ *Supra*, note 288. Les juridictions se sont par la suite montrées plus circonspectes à admettre la responsabilité des sociétés multinationales pour complicité de génocide et de crime contre l'humanité : « *We again issued a caution : 'in determining what offenses violate customary international law, courts must proceed with extraordinary care and restraint.'* [citing Flores] *The decisive issue in this case is whether accessorial liability can be imposed absent a showing of purpose. To answer this question 'we look primarily to the formal lawmaking and official actions of States and only secondarily to the works of scholars as evidence of the established practices of States.'* », (Cour d'appel du 2^e Circuit, 2 oct. 2009, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244 C.A.2 (NY) 2009).

internes de la recherche d'une pratique générale, et d'une *opinio juris* convergente, surtout lorsqu'ils entendent utiliser les textes à des fins normatives différentes de celles auxquelles leur auteur les avait destinés. La décision du juge américain semble d'autant plus contestable sur le fond qu'il ne s'est pas contenté d'affirmer le caractère coutumier de l'incrimination terroriste, mais il a étendu cette qualification à des actes de complicité alors que les critères de la complicité en droit international pénal sont encore aujourd'hui des plus débattus.

184. Parmi les textes d'origine institutionnelle qui occupent une place à part dans la jurisprudence interne, il y a ceux dont la vocation est de codifier le droit coutumier : il s'agit des conventions de codification, mais aussi des travaux de la CDI qui n'ont pas débouché sur une convention internationale. Les *Articles sur la responsabilité internationale des États* de 2001³¹⁴ sont un instrument de référence récurrent lorsque les juges internes sont amenés à se prononcer sur les conditions d'engagement de la responsabilité internationale de l'État :

*« It was common ground between the parties that the governing principle is that expressed by the International Law Commission in article 5 of its draft articles on the Responsibility of International Organizations. »*³¹⁵

185. Plus récemment, les juridictions néerlandaises ont dû se prononcer sur la question autrement plus délicate de la responsabilité de l'État lorsqu'il agit dans le cadre d'une mission de maintien de la paix, organisée par les Nations Unies. Même si les dispositions du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de 2011³¹⁶ ne relèvent pas toutes de la codification du droit international coutumier, loin de là, les juges internes néerlandais ont considéré qu'il était plus prudent de s'y référer plutôt que de dégager par eux-mêmes les règles coutumières :

« The Supreme Court derives this criterion from Section 7 of the Draft Articles on Responsibility of International Organisations (hereinafter to be referred to as: DARIO) that the International Law Organisation (ILO)[sic!³¹⁷] has drawn up. In the cases referred to the Appeals Court considered that though this provision of effective

³¹⁴ *Ann. CDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 29 et Nations Unies, Assemblée générale, rés. 56/83, 12 déc. 2001, Annexe.

³¹⁵ Royaume-Uni, 12 déc. 2007, *R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, [2007] UKHL 58, par. 5. V. aussi, à propos de l'article 16 sur la complicité, v. Irlande, High Court, 28 avr. 2003, *Edward Horgan v An Taoiseach and ors, Application for declaratory relief*, (2003 No 3739P) ; (2003) 2 IR 468 ; (2003) IEHC 64, *ILDC* 486 (IE 2003), par. 70. V. aussi Pays-Bas, Cour suprême, 6 sept. 2013, *The State of the Netherlands c. Hasan Nuhanovic*, n° 12/03324 ; Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 13 Oct. 2009, *Parliamentary Group of the Left Party v. Federal Government of Germany*, 2 BvE 02/07, *ILDC* 819 (DE 2007).

³¹⁶ CDI, Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, préc. note 244.

³¹⁷ On n'a pas pu clarifier si la dénomination incorrecte ici utilisée (« ILO » au lieu de « ILC ») est due à une méconnaissance par les juges de l'architecture des Nations Unies et de la place de la CDI en son sein ou à une erreur de traduction de l'arrêt de la Cour.

control is only mentioned in relation to attribution to the UN the same criterion holds when answering the question whether actions of troops must be attributed to the state that placed them at the disposal of others. The Supreme Court considered that the ILO's DARIO recommendations and the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter to be referred to as: DARS) may generally be accepted as a reflection of current, unwritten international law and were apparently accepted as such even in 1995. »³¹⁸

Il y a là un exemple concret du rôle ambivalent joué par les textes institutionnels, qui parfois font plus qu'apporter la preuve de l'état du droit coutumier, et viennent combler des lacunes juridiques, lorsque le besoin s'en fait sentir.

186. Le droit institutionnel n'a toutefois pas le monopole de la fonction déclarative du droit coutumier. D'ailleurs, si les juges internes estiment la méthode inductive impraticable et s'en remettent aux preuves documentaires pour attester de l'existence d'une règle coutumière, la combinaison de plusieurs sources auxiliaires s'impose comme la seule garante de la justesse des conclusions affichées. De ce point de vue, les actes institutionnels sont une source auxiliaire parmi d'autres. Les deux arrêts exemplaires du point de vue de la méthodologie – *Filartiga* et *European Roma Rights Centre*³¹⁹ – illustrent ainsi à souhait la préoccupation du juge interne d'appuyer son raisonnement sur une variété de moyens auxiliaires, alors même que la qualité coutumière des normes en question (l'interdiction de la torture et de la discrimination raciale) semble évidente.

187. La source jurisprudentielle semble l'emporter, le problème étant plutôt la paucité des déclarations judiciaires. Deux exemples illustrent cette préférence : la Cour de justice de l'Union européenne qui fait référence aux arrêts *Lotus*³²⁰ et *Activités militaires et paramilitaires*³²¹ pour certifier l'existence du principe coutumier de souveraineté complète et exclusive d'un État sur son propre espace aérien³²² et la Cour suprême des Pays-Bas qui s'appuie extensivement sur l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de*

³¹⁸ Pays-Bas, Cour du District de La Haye, 16 juil. 2014, *Stichting Mothers of Srebrenica*, C/09/295247 / HA ZA 07-2973, par. 4.33. La Cour du District de La Haye se réfère ici à la décision de la Cour suprême du 6 sept. 2013, *The State of the Netherlands c. Hasan Nuhanović*, n° 12/03324.

³¹⁹ *Supra*, note 296. V. aussi, Royaume-Uni, Cour d'appel, 12 déc. 2010, *Kıbrıs Türk Hava Yolları v. Secretary of State for Transport and The Republic of Cyprus*, [2010] EWCA Civ 1093, pars. 41-49, qui cite des écrits de doctrine, des documents de la CDI, un arrêt de la CIJ, et le *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* pour établir les conditions de suspension des traités.

³²⁰ CPJI, 7 sept. 1927, *Affaire du « Lotus »*, série A - n° 70.

³²¹ CIJ, 26 nov. 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, préc., *supra*, note 230.

³²² CJUE, Grde. Ch., 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America*, préc., *supra*, note 292.

l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), moins de deux mois après qu'il a été rendu, pour confirmer l'absence d'exception à l'immunité des États fondée sur les violations des normes de *jus cogens*³²³. Les opinions dissidentes ou individuelles des juges de la Cour internationale de Justice sont également évoquées³²⁴. La source doctrinale (internationaliste) est souvent appelée en renfort. Ainsi, les décisions judiciaires citent-elles très régulièrement des écrits doctrinaux³²⁵, lorsque les parties n'invitent pas des professeurs de droit international à témoigner en tant qu'experts³²⁶ et que la juridiction n'adresse pas d'invitations à obtenir des *amicus curiae*³²⁷.

§ 2. *Le droit institutionnel, preuve de la maturation des normes coutumières*

188. La jurisprudence interne illustre également le phénomène de cristallisation de règles coutumières à partir de textes institutionnels³²⁸. Les exemples sont toutefois beaucoup moins nombreux que pour les conventions de codification et développement progressif³²⁹. Il en va ainsi de la DUDH, dont la force normative s'est affermie au fil du temps, dans la mesure où les principes moraux qu'elle formule ont été suivis d'une pratique étatique constante et conséquente :

« [A] U.N. Declaration is, according to one authoritative definition, 'a formal and solemn instrument, suitable for rare occasions when principles of great and lasting importance are being enunciated.' 34 U.N. ESCOR, Supp. (No. 8) 15, U.N. Doc.

³²³ V. aussi, Pays-Bas, Cour suprême, 13 avr. 2012, *Mothers of Srebrenica Association*, 10/04437 EV/AS, pars. 4.311-4.3.14, disponible en ligne :

<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/Supreme-court/Summaries-of-some-important-rulings-of-the-Supreme-Court/Pages/Ruling-Dutch-Supreme-Court-Mothers-of-Srebrenica.aspx> (consulté le 13 sept. 2013).

³²⁴ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 10 déc. 2004, *Regina*, préc., note 296, par. 102 (Baroness Hale). V. aussi, Royaume-Uni, Cour d'appel, 12 déc. 2010, *Kıbrıs Türk Hava Yolları v. Secretary of State for Transport and The Republic of Cyprus*, [2010] EWCA Civ 1093, pars. 44-45, citant l'arrêt de la CIJ du 25 sept. 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *Rec.*, 1997, p. 7 à propos des conditions de suspension des traités ; ou encore Suisse, Tribunal fédéral, *Beverly Overseas SA v. Privredna Banka Zagreb*, préc., note 157 ; Pays-Bas, Cour suprême, 13 avr. 2012, *Mothers of Srebrenica Association*, préc., note 323.

³²⁵ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 10 déc. 2004, *Regina*, *ibid.*, par. 11 (Lord Lester) ; Canada, Cour suprême, 28 juin 2001, *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 RCS 241 (au sujet du principe de précaution) ; Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 30 sept. 2004, *The Attorney-General v. Ahmed Zaoui And Ors*, CA 2000/04, *ILR*, pars. 35-36 (au sujet du principe de non refoulement).

³²⁶ V. États-Unis, Cour du District de New York, 29 janv. 2007, *Oran Almog v. Arab Bank*, préc., *supra*, note 310, note 17 : « both parties have submitted affidavits by various commentators regarding current international law ».

³²⁷ V. l'avis d'*amicus curiae* produit par le Juge Gilbert Guillaume pour le Conseil d'État dans l'affaire *Brito Paiva*, n° 303678, en vertu de la procédure introduite à l'article R. 625-3 du Code de justice administrative par le décret n° 2010-164 du 22 févr. 2010 (« Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales. Avis d'*amicus curiae* », *RFDA*, 2012, pp. 19-25).

³²⁸ V. CIJ, 20 févr. 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, préc., note 281, p. 41, pars. 70-71.

³²⁹ V. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., 2009, pp. 370-372.

E/cn.4/1/610 (1962) (memorandum of Office of Legal Affairs, U.N. Secretariat). [...] Thus, a Declaration creates an expectation of adherence, and 'insofar as the expectation is gradually justified by State practice, a declaration may by custom become recognized as laying down rules binding upon the States.' 34 U.N. ESCOR, *supra.* »³³⁰

189. L'arrêt *European Roma Rights Center*³³¹ souligne lui aussi la maturation normative des principes de la DUDH :

« *The Universal Declaration of Human Rights (1948) was a proclamation of ethical values rather than legal norms. [...]. The moral force of this instrument was enormous. The European Convention on Human Rights (1950) and the Refugee Convention (1951) are direct descendants of the Universal Declaration. But they contained relatively weak legal norms of non-discrimination. [...] But the international community has signed up to it. The moral norm has ripened into a rule of customary international law. It is binding on all states.* »³³²

190. De la même manière, la jurisprudence américaine s'est fondée sur les très consensuelles résolutions 1373 (2001) et 1566 (2004) du Conseil de sécurité pour conclure que l'acte terroriste, quand bien même serait-il perpétré à des fins politiques, relevait des crimes internationaux en 2007³³³ ; le constat en avait été tout autre en 1984³³⁴. La jurisprudence *Oran Almog v. Arab Bank*³³⁵ tire des conclusions sans doute prématurées et erronées, car en fait de coutume, « c'est avoir tort que d'avoir raison trop tôt »³³⁶. Il n'en reste pas moins que l'activité normative effrénée du Conseil de sécurité, en matière de terrorisme, bouleverse l'état du droit coutumier.

191. Toutes les juridictions ne s'empressent pas de conclure, sur la base de l'accumulation de textes internationaux convergents, à l'existence d'une norme coutumière. Un exemple est fourni par une décision de la Cour suprême du Canada, qui a pris appui sur toute une série d'instruments d'origine institutionnelle, comme des conventions adoptées dans le cadre d'organisations internationales universelles ou régionales, les résolutions du CSNU instaurant le TPIY et le TPIR, et diverses autres résolutions de l'AGNU, pour souligner l'évolution vers une interdiction de la peine de mort en droit international, sans pour autant conclure que cette maturation était suffisamment aboutie pour reconnaître l'existence d'une norme coutumière :

³³⁰ États-Unis, Cour d'appel du 2^e Circuit, 30 juin 1980, *Filartiga v. Pena-Irala*, préc., note 296 (nous soulignons).

³³¹ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 10 déc. 2004, *Regina*, préc., note 296.

³³² *Ibid.*, par. 46 (Lord Steyn) (nous soulignons).

³³³ *V. supra*, pars. 182-183.

³³⁴ *V. supra*, par. 180.

³³⁵ États-Unis, Cour du District de New York, 29 janv. 2007, *Oran Almog v. Arab Bank*, préc., *supra*, note 310, note 17.

³³⁶ M. Yourcenar, *Mémoires d'Hadrien*, éd. Gallimard, coll. Folio, 1974, p. 97.

« L'abolition de la peine de mort est également la politique préconisée dans le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, Rés. A.G. 44/128 (15 décembre 1989) (entré en vigueur en 1991); le Canada est encore à « étudi[er] [. . .] attentivement » sa position : Doc. N.U. A/46/40, par. 64-65, et voir, de façon générale, W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2^e éd. 1997), p. 176), le Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort (1990) (Organisation des États américains), et le Protocole no 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort (le Conseil de l'Europe), S.T.E. no 114, qui contiennent des interdictions similaires applicables aux États parties à ces protocoles. Un nombre appréciable de pays ont ratifié ou signé ce dernier protocole depuis les arrêts Kindler et Ng : voir Conseil de l'Europe, *The Death Penalty: Abolition in Europe* (mai 1999), p. 169-184.

88. Il convient de souligner que le Conseil de sécurité des Nations Unies a exclu la peine de mort des peines pouvant être infligées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (résolution 827, 25 mai 1993) et par le tribunal pénal international pour le Rwanda (résolution 955, 8 novembre 1994), et ce malgré la nature odieuse des crimes reprochés aux personnes accusées. Cette exclusion a été confirmée dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, que le Canada a signé le 18 décembre 1998 et ratifié le 7 juillet 2000.

89. Ces éléments de preuve n'établissent pas l'existence d'une norme de droit international prohibant la peine de mort ou l'extradition de personnes vers des pays où elles sont passibles d'une telle peine. Cependant, ils témoignent de l'existence, à l'échelle internationale, d'un important mouvement favorable à l'acceptation d'un principe de justice fondamentale déjà adopté par le Canada sur le plan interne, l'abolition de la peine capitale. »³³⁷

Section II. L'interaction du droit institutionnel avec la source conventionnelle

192. Le droit institutionnel recommandatoire peut également voir sa force normative affermie par interaction avec la source conventionnelle. Celle-ci prend deux formes : une première, classique, d'interprétation du traité constitutif. Dans ce cas, il est considéré que les organes conventionnels bénéficient d'un pouvoir inhérent, qui s'exerce quand bien même aucune disposition conventionnelle ne serait prévue à cet effet³³⁸. Il n'est pas rare que les juges, internationaux comme internes, donnent effet à ces interprétations, même si des tensions surgissent lorsque l'interprétation relève plus de la modification des dispositions

³³⁷ Canada, Cour suprême, 15 févr. 2001, *Ministre de la Justice Appelant c. Glen Sebastian Burns et Atif Ahmad Rafay (États-Unis c. Burns)*, [2001] RCS, 283, 2001 CSC 7, par. 87-89 (nous soulignons).

³³⁸ V. C. F. Amerasinghe, « Interpretation of Texts in Open International Organizations », *BYIL*, vol 65, 1994, p. 176 (qui compare ce pouvoir inhérent d'interprétation avec celui de la *kompetenz kompetenz* pour les juridictions). V. aussi E. P. Hexner, qui considère que l'interprétation relève de la routine : « *Every international organization is, of course, interpreting its basic instrument in its daily routine work. In this sense the application of the provisions of the basic instruments is co-extensive with their interpretation* » (« Interpretation by Public International Organizations of their Basic Instruments », *AJIL*, vol. 53, n° 2, 1959, p. 341).

conventionnelles que de leur clarification (§ 1). Une deuxième forme d'interaction naît lorsqu'une convention multilatérale opère un renvoi, formel ou matériel, au droit institutionnel d'une organisation internationale tierce. Ce phénomène est relativement nouveau et ses effets se prêtent difficilement à la systématisation (§ 2).

§ 1. Le droit institutionnel, outil d'interprétation du traité constitutif

193. Le pouvoir d'interprétation des traités constitutifs des organisations internationales n'est pas centralisé dans le chef d'un seul organe. Au contraire, organes institutionnels, États membres, et occasionnellement juridictions internationales se disputent cette compétence interprétative³³⁹. La Cour internationale de Justice a toutefois reconnu la particularité du processus interprétatif des traités institutionnels :

« [L]es actes constitutifs d'organisations internationales sont aussi des traités d'un type particulier ; ils ont pour objet de créer des sujets de droit nouveaux, dotés d'une certaine autonomie, auxquels les parties confient pour tâche la réalisation de buts communs. De tels traités peuvent poser des problèmes d'interprétation spécifiques en raison, notamment, de leur caractère à la fois conventionnel et institutionnel ; la nature même de l'organisation créée, les objectifs qui lui ont été assignés par ses fondateurs, les impératifs liés à l'exercice effectif de ses fonctions ainsi que sa pratique propre, constituent autant d'éléments qui peuvent mériter, le cas échéant, une attention spéciale au moment d'interpréter ces traités constitutifs. »³⁴⁰

194. Aux yeux de la Cour, la particularité des traités institutionnels est double : ils mettent en place des organes, dont la mission est de réaliser les objectifs du traité. En adoptant ces traités, les États ont décidé d'exercer leurs compétences dans le domaine assigné à l'organisation par le biais d'organes institutionnels. Les actes institutionnels sont la concrétisation de cette mission. En outre, « la texture ouverte »³⁴¹ des traités constitutifs est une qualité recherchée : ces traités sont tournés vers l'avenir, et les compétences dont les organisations sont investies se traduisent en termes de principes généraux et non pas d'obligations précises. Comme le notait le Juge Percy Spender :

« Dans l'interprétation d'une convention multilatérale telle que la Charte qui établit un mécanisme ou une organisation internationaux permanents chargés de réaliser certains buts donnés il faut, à mon avis, tenir compte de certaines considérations particulières.

³³⁹ V. J. E. Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, Oxford, New York, OUP, 2005, p. 78 ; A. Roberts, « Subsequent Practice : The Battle over Interpretive Power », in G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, op. cit., note 282, pp. 95-102.

³⁴⁰ CIJ, avis consultatif du 8 juil. 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé Armes nucléaires (avis OMS)*, Rec., 1996, p. 75, par. 19.

³⁴¹ H. L. A., Hart, *Le concept de droit*, op. cit., note 129, p. 143 ; et s. J. A. Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, vol. 175, 1982, p. 277.

Les dispositions de la Charte ont été, par nécessité, exprimées en termes larges et généraux. Elle s'efforce de prévoir l'inconnu, l'imprévu et même l'imprévisible. »³⁴²

195. Le pouvoir normatif des organes traduit le désir d'adapter l'état du droit institutionnel aux réalités contemporaines. Il s'ensuit que les traités constitutifs autorisent ces organes à produire des interprétations dynamiques, et pourvu qu'elles aient toujours pour finalité la réalisation des buts du traité, ces interprétations relèvent des missions de l'organisation. Quant aux modalités d'exercice de la compétence interprétative, elles sont des plus variées : elles peuvent être expressément prévues par les traités constitutifs³⁴³ ; les organes de contrôle (*monitoring bodies*) ont un rôle majeur dans l'interprétation³⁴⁴ qui s'exerce par le biais des recommandations générales, mais aussi des plaintes individuelles³⁴⁵ ; les secrétariats peuvent fournir des interprétations à portée générale³⁴⁶.

196. Certes, rare est l'acte interprétatif qui soit purement déclaratoire. Comme le soulignait Michel Troper :

³⁴² Sir Percy Spender, Opinion individuelle sous CIJ, avis consultatif du 20 juil. 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, Rec., 1962, p. 185. Pourtant, Sir Spender considère que le passage par la pratique ultérieure n'est requis que lorsqu'il y a ambiguïté ou incertitude sur le sens ordinaire d'une disposition conventionnelle (*ibid.*, pp. 186 et 189)

³⁴³ *Infra*, pars. 225 et s.

³⁴⁴ V. P. Alston et J. Crawford (dir.), *The future of UN human rights treaty monitoring*, Cambridge, CUP, 2000, 563 p. ; et E. Decaux, « Coopération et suivi dans le système de protection des droits de l'homme des Nations Unies », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel, *L'effectivité des organisations internationales : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 229-246. Ces mécanismes de surveillance ne sont pas propres aux traités sur les droits de l'homme ; l'OIT a d'ailleurs été la première organisation à en instaurer et son modèle a été importé par la suite (v. not. in P. Alston et J. Crawford (dir.), *ibid.* : G. Lansdown, « The reporting process under the convention on the rights of the child », pp. 113-128 ; S. Leckie, « The committee on economic, social and cultural rights: catalyst for change in a system needing reform », pp. 129-144 ; R. Bank, « Country-orientated procedures under the convention against torture: towards a new dynamism », pp. 145-174 ; A. Clapham, « UN human rights reporting procedures: an NGO perspective », pp. 175-198). Des mécanismes de suivi sont instaurés après l'adoption du traité constitutif (le cas des comités des sanctions des Nations Unies (<http://www.un.org/french/sc/committees/>) est topique. V. in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel, *ibid.* : J. Charpentier, « Les comités des sanctions du Conseil de sécurité », pp. 9-22 ; P. Juillard, « Le suivi des instruments OCDE du 21 juin 76 (déclaration et décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales) », pp. 182-195.

³⁴⁵ V. *infra*, ce Chapitre, pars. 215 et s.

³⁴⁶ C'est le cas notamment du Secrétaire général des Nations Unies consulté sur de nombreux domaines juridiques (v. par ex. Rapport du Secrétaire général sur la création du TPIY établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704, 3 mai 1993 ; v. M. Virally, « Le rôle politique du Secrétaire général de l'ONU », *AFDI*, vol. 4, 1958, pp. 360 – 399 ; A.-L. Vauris Chaumette, « commentaire de l'article 98 », in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, op. cit., note 75, pp. 2035-2050) et qui dispose d'un « pouvoir implicite d'établissement des faits » (v. J. Cardona Llorens et M. J. Aznar Gomez, « commentaire de l'article 99 », in *ibid.*, pp. 2061-2082). Pour un exemple où une telle interprétation est considérée « particulièrement autorisée », v. *supra*, par. 188.

« Interpréter, c'est attribuer une signification. Le terme 'attribuer' laisse ouverte la question de savoir si cette attribution est une décision ou une description, un acte de connaissance ou de volonté. »³⁴⁷

197. L'œuvre interprétative des organes institutionnels oscille toujours entre ces deux pôles de l'interprétation. Toutefois, peu de traités constitutifs investissent les organes institutionnels du pouvoir de formuler des interprétations qui font foi. Si l'interprétation est acceptée comme un pouvoir inhérent des organes (A.), les États et leurs juridictions s'avèrent des gardiens jaloux des limites de ces compétences interprétatives, en ne reconnaissant pas la valeur obligatoire des interprétations avancées (B.).

A. Pouvoir d'interprétation par voie d'autorité

198. Dans une version expurgée du projet de Code Napoléon, les auteurs de celui-ci identifiaient « deux sortes d'interprétation : celle par voie de doctrine et celle par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement »³⁴⁸. Les interprétations des traités constitutifs par les organes institutionnels se veulent souvent des interprétations par voie d'autorité, même s'il est rare que ces organes prétendent ouvertement avoir le dernier mot pour décider de la justesse d'une interprétation. Mais, si un différend d'interprétation surgit entre un État (ou une de ses juridictions) et un organe institutionnel, on peut se demander si, de par sa nature collective, l'interprétation institutionnelle ne l'emporte pas sur l'interprétation unilatérale d'un État, et ne se rapproche pas ainsi de l'interprétation authentique. De fait, un certain flottement terminologique s'est introduit dans les analyses doctrinales, où les interprétations fournies par les organes institutionnels sont parfois présentées comme des « interprétations authentiques ». Comme le soulignait Anne Peters :

« Par interprétation 'authentique', on entend normalement une compréhension commune des prescriptions des traités par les États parties. L'interprétation 'autoritaire' est celle de l'organe ayant, en dernier ressort, le pouvoir d'interprétation selon le traité. [D'ailleurs les] deux types peuvent se chevaucher. »³⁴⁹

³⁴⁷ M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *Office du Juge. Actes du colloque du Sénat du 29 et 30 septembre 2006*, Palais du Luxembourg, p. 28 (disponible en ligne à l'adresse : http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, consulté le 31 oct. 2014)

³⁴⁸ Projet d'article 5 du Code Napoléon, cité L. Husson, « Un débat révélateur : la discussion de l'article 4 du Code napoléon », in *Estudios en honor del Dr. Luis Recasens Siches*, vol. I, Mexico, 1980, p. 526.

³⁴⁹ A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.*, note 3, p. 212, § 405.

199. L'interprétation authentique est un des moyens d'interprétation énumérés à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En effet, le paragraphe 3 (a) prévoit que : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : - de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ». Il s'agit d'un moyen privilégié d'interprétation, bien que l'article 31 ne lui réserve en apparence pas une place de choix. Les commentaires de la CDI clarifient toutefois l'importance des accords ultérieurs, qui seuls sont élevés au rang d'interprétation authentique du traité. En effet, l'interprétation authentique fait partie intégrante du texte conventionnel :

« [Un] accord sur l'interprétation d'une disposition réalisé après la conclusion du traité constitue une interprétation authentique des parties, qui doit être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation. »³⁵⁰

200. Partant, l'interprétation authentique s'impose comme celle qui fait foi, sans que l'interprète ait besoin de recourir aux autres moyens d'interprétation pour confirmer le sens ainsi dégagé. En ce sens, elle est auto-suffisante. Par ailleurs, l'interprétation authentique peut être *contra-textum*, sans qu'elle ne soit de ce fait écartée. En effet, une interprétation authentique modificatrice est admise³⁵¹.

201. La question se pose de savoir si les actes des organes institutionnels peuvent relever de l'interprétation authentique des traités de base, avec toutes les conséquences qui découleraient de cette qualification³⁵². Pour ce faire, il est nécessaire de déterminer quels sont les auteurs des interprétations authentiques et à quelles conditions un acte produit les effets qui s'attachent aux interprétations authentiques. La doctrine française fournit quelques indices.

202. Faisant écho aux théories réalistes de l'interprétation, Brigitte Stern estime que toute interprétation authentique est un acte de volonté, et par conséquent, un acte créateur de droit :

³⁵⁰ *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, 2^e partie, p. 241, par. 14. V. aussi CIJ, 1^{er} juil. 1952, *Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni) (Exception préliminaire)*, Rec. 1952, p. 75.

³⁵¹ V. *mutatis mutandis*, CPJI, avis consultatif du 6 déc. 1923 dans l'affaire de *Jaworzina (Frontière Polono-Tchécoslovaque)*, Série B, n° 8, spéc. p. 37 : « le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer ». V. aussi L. Crema, « Subsequent Agreements and Practice within the Vienna Convention », in G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, *op. cit.*, note 282, pp. 13-28.

³⁵² Pour une prise de position résolument positive, v. J. Castañeda, « Valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *RCADI*, vol. 129, 1970, pp. 291-292.

« *Authentic interpretation, i.e. interpretation made by a body authorised to apply the law, is not the result of a purely intellectual action based on legal theory. Rather, it is an act of will, belonging to the sphere of legal policy.* »³⁵³

203. C'est justement parce que toute interprétation est création que le droit international réserve classiquement le pouvoir d'interprétation *authentique* des traités aux États parties³⁵⁴. Et d'ailleurs, « [d]ans le vocabulaire classique, l'interprétation authentique était celle qui émanait de l'auteur du texte »³⁵⁵. Toutefois, cette vision est aujourd'hui contestée. Selon Michel Troper, « à la suite de Hans Kelsen, on appelle plutôt 'authentique' l'interprétation à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets »³⁵⁶. De son côté, Brigitte Stern considère que l'interprétation authentique est celle donnée par tout organe autorisé à appliquer le droit³⁵⁷. Ces deux critères, pas toujours conciliables d'ailleurs³⁵⁸, ont en commun le rejet de la conception restrictive, qui investit les États seuls du pouvoir d'interpréter les traités avec force de droit.

204. Ce dépassement du classicisme est salutaire au regard des traités constitutifs d'organisations internationales, à l'égard desquels les organes institutionnels jouent le rôle de gardien tout autant que les États, si ce n'est plus. On doit dès lors admettre la force normative de certaines interprétations par les organes institutionnels. Cependant, il convient de réserver le terme d'« interprétation authentique » à celles émanant des auteurs du traité et de réserver aux interprétations institutionnelles celui plus neutre, d'« interprétation faisant autorité » ou « d'interprétation par voie d'autorité ». C'est un simple besoin de clarification terminologique, plus fidèle aux définitions communément admises, mais qui ne comporte pas de conséquence en termes de hiérarchisation entre les deux types d'interprétation.

³⁵³ B. Stern, « Interpretation in International Trade Law », in M. Fitzmaurice, et O. Elias, P. Merkouris (dir.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties : 30 Years on*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2010, p. 115 (italiques dans l'original).

³⁵⁴ CPJI dans son avis consultatif, dans l'affaire de *Jaworzina*, préc., note 351 ; CIJ, avis consultatif du 11 juil. 1950, *Statut international du Sud-Ouest africain*, Rec., 1950, pp. 135-136. La pratique ultérieure est dès lors considérée comme une forme d'interprétation authentique (v. CIJ, 21 juin 1971, avis consultatif, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. 1971, p. 179 ; CIJ, 9 juillet 2004, avis consultatif, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p. 179, par. 109 ; CIJ, 12 décembre 1996, *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, (exceptions préliminaire), Rec. 1996, p. 815, par. 30 ; R. Higgins, « Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Kluwer Law International, 1996, p. 180 ; G. Distefano, « La Pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 52-54).

³⁵⁵ M. Troper, « La liberté de l'interprète », *op. cit.*, note 347, p. 28.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Supra*, par. 202.

³⁵⁸ V. *infra*, pars. 214 et s.

205. Pour bien saisir la force normative des interprétations institutionnelles, encore faut-il ne pas y inclure pêle-mêle tous les actes des organes institutionnels et en généraliser la portée. Or, c'est bien ce à quoi conduirait le critère trop large de Brigitte Stern : tous les organes institutionnels, dans le cadre de leurs missions les plus anodines, appliquent le traité constitutionnel, et tous ces actes d'interprétation implicite ne relèvent pas de l'interprétation par voie d'autorité. En effet, l'acte institutionnel doit porter la marque indéniable de la volonté de produire une interprétation autorisée du traité. Peu importe du reste qu'il s'agisse d'une interprétation abstraite ou *in casu*, à l'occasion d'un règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application des traités. À défaut, pas plus que Monsieur Jourdain ne faisait de la littérature, bien qu'il eût dit de la prose sans le savoir depuis plus de quarante ans³⁵⁹, l'acte institutionnel ne relève de l'interprétation par voie d'autorité, mais de la pratique institutionnelle.

206. Et même dans cette hypothèse, la plus grande prudence est de mise. En effet, la proposition que tous les organes investis du pouvoir d'appliquer les dispositions conventionnelles en fournissent, par ce biais, des interprétations authentiques est vigoureusement rejetée pour les organes de contrôle mis en place pour certains traités multilatéraux (*treaty monitoring bodies*)³⁶⁰. Il appert que la combinaison du critère organique de Brigitte Stern et de celui fonctionnel de Michel Troper s'impose : l'interprétation institutionnelle ne fera autorité que si l'organe institutionnel a la compétence conventionnelle d'appliquer le droit et qu'en outre, l'ordre juridique (ici, principalement le traité constitutif et, subsidiairement, le droit international³⁶¹) fait produire à l'acte institutionnel des effets d'interprétation par voie d'autorité³⁶². À défaut, le risque est grand de noyer la catégorie des interprétations par voie d'autorité dans un magma d'actes et pratiques institutionnelles aux effets les plus hétéroclites. Du reste, la pratique montre que les États gardent un certain contrôle même sur les interprétations par voie d'autorité : si certains traités investissent des organes conventionnels d'un tel pouvoir, il s'agit là d'organes administratifs, composés de représentants des États. En revanche, l'autorité des interprétations fournies par les organes d'experts, en principe libres de toute allégeance étatique, est contestée.

³⁵⁹ Molière, *Le Bourgeois gentilhomme*, acte II, scène IV.

³⁶⁰ V. *infra*, pars. 214 et s.

³⁶¹ L'interprétation institutionnelle peut, sous conditions, relever de la pratique ultérieure au sens de la Convention de Vienne v. *infra*, pars. 225 et s.

³⁶² Ces effets ont été énumérés *supra*, aux pars. 199 et s.

1. *Les organes administratifs investis d'un pouvoir d'interprétation authentique*

207. Lorsque le pouvoir d'interprétation est expressément prévu par le traité constitutif, il relève plus du règlement des conflits d'interprétation qui pourraient surgir entre les organes institutionnels et les États membres, que d'un pouvoir abstrait d'exégèse. Plusieurs traités constitutifs d'organisations internationales, en particulier à vocation économique, prévoient de tels mécanismes³⁶³. Le phénomène reste toutefois marginal³⁶⁴. Ces mécanismes prévoient l'intervention, dans un premier temps, de l'organe restreint ; si un État conteste l'interprétation donnée par l'organe restreint, celle-ci est déferée à l'organe plénier³⁶⁵. La valeur juridique des interprétations ainsi données est source d'interrogations. Les traités constitutifs ne donnent pas d'indication sur un éventuel effet obligatoire³⁶⁶. Le terme « décisions » utilisé pour leur identification³⁶⁷ n'est en effet point décisif ; les mécanismes d'adoption, bien que très élaborés, n'offrent pas non plus de base suffisante pour conclure à leur caractère obligatoire³⁶⁸.

208. Il n'en reste pas moins que leur force normative est impérieuse : les interprétations ainsi données sont considérées comme des interprétations authentiques des traités constitutifs et s'imposent comme telles. Cet effet n'est pas anodin, car l'adage « *ejus est interpretari cujus est condere* » garde une vitalité particulière en droit international. Or, dans les cas évoqués ci-dessus, non seulement les organes institutionnels sont-ils investis de la compétence interprétative, mais cette compétence est-elle aussi exclusive et définitive³⁶⁹. Les organes

³⁶³ V. article XXIX (a) des statuts du FMI (*Interprétation*) ; article IX (a) des statuts de la BIRD (*Interprétation*) ; article X (a) des statuts de l'ADI (*Interprétation et Arbitrage*) ; article VIII (a) des Statuts d'IFC ; article 56 (a) de la Convention portant création de la de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (Convention MIGA) ; article II (i) (a) de l'accord Fonds international de développement agricole (FIDA) ; article IX (1) et (2) de l'accord instituant l'OMC. Au sujet de ce dernier, la jurisprudence de l'Organe d'appel souligne que « 'La Conférence ministérielle et le Conseil général [ont] le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux.' (...) Le fait que ce 'pouvoir exclusif' d'interpréter le traité a été établi de façon si précise dans l'*Accord sur l'OMC* est un motif suffisant pour conclure que ce pouvoir n'est conféré nulle part ailleurs de façon implicite ou fortuite » (Organe d'appel, 4 oct. 1996, Japon — *Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, p. 16).

³⁶⁴ V. J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 242.

³⁶⁵ V. C. F. Amerasinghe, « Interpretation of Texts in Open International Organizations », *op. cit.*, note 338, pp. 178-179.

³⁶⁶ Pour les indices de l'obligatoire, v. *supra*, Chapitre 1, pars. 51 et s.

³⁶⁷ V. article XXIX (a) des statuts du FMI (*Interprétation*).

³⁶⁸ T. Treves insiste toutefois sur l'importance de cet aspect : « Le decisioni interpretative nell'accordo insitutivo del Fondo Monetario Internazionale », in *Studi in Onore di Gaetano Morelli*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 925-944.

³⁶⁹ La compétence interprétative prévue par l'article XXIX des Statuts du FMI est considérée comme exclusive (v. J. Gold, *Fund Agreements in Courts*, Washington DC, International Monetary Fund, vol. IV, 1989, éd. Kindle, notes 8 et 9). Le paragraphe c) de l'article XXIX prévoit toutefois l'intervention d'un tribunal arbitral si la divergence d'interprétation subsiste. Pour une analyse en ce sens, v. J. Matringe, *La*

juridictionnels ont le dernier mot. Par conséquent, ces actes sont considérés comme obligatoires, non en vertu d'un pouvoir décisoire propre, mais en tant qu'interprétation par voie d'autorité.

209. Ce sont les décisions interprétatives du FMI³⁷⁰ qui ont particulièrement interpellé les juristes³⁷¹. Dans sa majorité, la doctrine les considère comme des actes obligatoires³⁷². La jurisprudence interne s'y est aussi intéressée de près³⁷³ ; elle accepte les décisions interprétatives soit comme étant obligatoires, soit comme étant revêtues d'une autorité persuasive particulière. En outre, il importe peu que l'État du for soit le même que celui qui a soumis la question d'interprétation au Conseil d'administration. En effet, les interprétations données par le Fonds s'imposent *erga omnes partes*³⁷⁴.

210. La valeur obligatoire de ces décisions interprétatives a été reconnue par les juridictions françaises, d'abord d'une manière indirecte, car les juridictions donnent plein effet à l'article VIII, Section 2b) des Statuts, qui prévoit :

« Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État membre maintenue ou imposée conformément aux présents Statuts ne sont exécutoires sur les territoires d'aucun État membre. »

contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les États membres, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II, 2000, pp. 175-177.

³⁷⁰ Dans la version originale des Statuts du FMI, le pouvoir d'interprétation était prévu à l'Article XVIII. Dans la version actuellement en vigueur, ce pouvoir est prévu donc à l'article XXIX.

³⁷¹ J. Gold, « The Interpretation by the International Monetary Fund of its Articles of Agreement », *ICLQ*, vol. 3, n° 2, 1954, pp. 256-276 ; du même auteur, « The Interpretation by the International Monetary Fund of its Articles of Agreement II », vol. 16, n° 2, 1967, p. 289-329 ; F. A. Mann, « The 'Interpretation' of the Constitutions of International Financial Organizations », *BYIL*, 1968-1969, pp. 1-19 ; E. P. Hexner, « Interpretation by Public International Organizations of their Basic Instruments », *AJIL*, vol. 53, n° 2, avr. 1959, pp. 341-370 ; T. Treves, « Les décisions d'interprétation des statuts du Fonds monétaire international », *RGDIP*, vol. 79, 1975, pp. 5-24.

³⁷² E. P. Hexner, *ibid.*, pp. 352-353 ; T. Treves, *op. cit.*, note 368 ; J. Gold, « Certain Aspects of the Law and Practice of the International Monetary Fund », in Schwebel, S. (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden, Sijthoff, 1971, pp. 86-89. D. Simon est plus nuancé, car il estime que cette force obligatoire serait problématique (*in L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, pp. 36-37 ; dans le même sens v. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, note 329, par. 167, pp. 281-282.

³⁷³ V. les quatre volumes de J. Gold, *Fund Agreements in Courts*, Washington D.C., *International Monetary Fund*, publiés respectivement en : vol. I, 1962 (159 p.) ; vol. II, 1982 (99 p.) ; vol. III, 1986 (841 p.) ; vol. IV, 1989 (330 p.). Le volume IV est dédié aux affaires relatives à l'interprétation des Statuts.

³⁷⁴ V. Hexner, « Interpretation by Public International Organizations of their Basic Instruments », *op. cit.*, note 371, pp. 352-353. Un parallèle peut être fait avec l'effet des arrêts en interprétation de la Cour de Justice de l'Union européenne, dont l'effet *erga omnes* est reconnu (V. A. Trabucchi, « L'effet *erga omnes* des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, vol. 10, 1974, pp. 56-87.). Une différence de taille réside dans le fait que la Cour a les moyens d'imposer cette approche, ce qui n'est pas le cas du FMI.

Cette disposition a fait l'objet d'une décision interprétative remarquable du Fonds, qui laisse peu de marge d'application pour les États, dans la mesure où elles imposent à la fois aux autorités administratives *et judiciaires* de donner effet à l'article VIII :

« 1° [L]es autorités judiciaires ou administratives des États membres ne donneront pas effet aux obligations résultant de tels contrats, par exemple en ordonnant l'exécution de ces contrats ou en accordant des dommages-intérêts en cas de non-exécution.

2° En acceptant les statuts du Fonds, les membres se sont obligés à incorporer les principes susmentionnés dans leur droit national'. »³⁷⁵

C'est en se fondant sur cette interprétation que la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Moojen* de 1961³⁷⁶, a considéré que les contrats de change contraires à la législation néerlandaise n'étaient pas exécutoires en France :

« Considérant [...] que la France et les Pays-Bas ont adhéré [...] au 'Fonds Monétaire international' [...]

Considérant qu'usant du pouvoir à lui conféré par l'article 18 des statuts, le Fonds a interprété de la manière suivante le sens et la portée de cet article : [...]

Considérant qu'il résulte de ces textes que la Cour ne saurait refuser effet à des décisions hollandaises fondées sur les dispositions du décret hollandais du 10 octobre 1945 pour le motif qu'elles seraient contraires à l'ordre public international français ou que les juridictions étrangères n'auraient pas respecté les règles françaises de conflit des lois. »³⁷⁷

Occasionnellement, les juges des juridictions inférieures ont très directement affirmé le caractère obligatoire de ces interprétations :

« Selon l'interprétation officielle du Fonds monétaire international de l'art. VIII, 2, b) des statuts, qui s'impose également aux États membres en application de l'art. 29 A des accords, les autorités judiciaires et administratives se doivent de ne fournir aucune aide pour l'exécution de tels contrats ni en refuser l'application au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public du for. »³⁷⁸

³⁷⁵ Décision n° 446-4 du FMI du 10 juin 1949, *Revue critique de droit international privé*, 1951, p. 586.

³⁷⁶ France, Cour d'appel de Paris, 20 juin 1961, *Moojen*, *JDI*, 1962, pp. 718-726 (note de J. Gold et P. Lachmann, *JDI*, 1962, pp. 667-685).

³⁷⁷ France, Cour d'appel de Paris, *Moojen*, *ibid.*, pp. 723-724. Sur cet arrêt, v. aussi G. Guillaume, « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies prises en vertu du chapitre VII de la Charte », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 50, n°2, 1998, p. 544. Les juridictions d'autres États ont avancé des arguments similaires : v. Luxembourg, Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (Civil), *Société 'Filature et Tissage X. Jourdain c. Epoux Heynen-Bintner, Pasicrisie Luxembourgeoise*, 1957, pp. 36-39, *ILR*, vol. 22, pp. 727-732 (discuté dans J. Gold, *Fund Agreements in Courts*, *op. cit.*, note 371, vol. I, pp. 94-96).

³⁷⁸ France, TGI de Paris, 8 mars 1985, *Dame Ba Ta Thu Van c. Banque Nationale de Paris*, et TGI de Paris, 12 mars 1985, *Dame Thi To Tam et autres c. Banque Française Commerciale*, *Recueil Dalloz Sirey*, n° 43, 19 déc. 1985, pp. 500-501. Ces décisions ont été commentées par J. Gold, *ibid.*, vol. IV, spéc. notes 28-31 (éd. Kindle).

211. Les juridictions américaines sont plutôt enclines à suivre ces interprétations sur la base de leur autorité persuasive particulière, tout en évitant, et très délibérément, d'admettre leur force obligatoire³⁷⁹ :

*« We consider the Fund's interpretations to be persuasive authority on the meaning of the Fund Agreement. [...] According to some commentators, since Art. XXIX of the Fund Agreement makes interpretations by the Fund binding on signatory nations, they are subsidiarily binding on the courts of signatory nations, including those of the United States [...]. We express no view on this question here, and employ the Fund's interpretation merely as persuasive rather than as binding authority. »*³⁸⁰

212. La justification mise en avant par le juge américain tient à la fois à la qualité intrinsèque de ces organes chargés de surveiller l'application du traité de base et à la nécessité de promouvoir une interprétation uniforme de celui-ci :

*« The Fund Agreement is a complex regulatory document whose sense is often obscure. In interpreting it, we defer to the greater expertise of the Fund. (...) This deference is akin to the deference that we accord to an administrative agency's interpretations of its own statutory scheme. (...) Here, however, an additional policy counsels in favor of deference: promoting uniform interpretations of the Fund Agreement. In contrast to the domestic sphere, where the territorial reach of our jurisdiction is coextensive with that of the statutes that we interpret, here we cannot give interpretations of the Fund Agreement that are binding on other member nations. See Restatement (Second), supra note 12, at § 148(2). If each member of the Fund were to interpret the Fund Agreement separately-deciding when and when not to follow the Fund's own interpretations-this would detract from the Fund Agreement's underlying policy of promoting uniformity in international finance. »*³⁸¹

213. On pourrait également évoquer à ce titre les actes interprétatifs des Conférence des parties. Un exemple très significatif est donné par une décision de la Cour constitutionnelle belge, à propos de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac³⁸². L'article 7 de la Convention prévoit que la « Conférence des Parties propose des directives appropriées pour l'application » de la Convention³⁸³. À l'évidence, ces actes ne sont pas obligatoires. Toutefois, la Cour constitutionnelle a fait une application (indirecte³⁸⁴) très extensive de ces directives, qui ont été la seule source ayant guidé l'interprétation de la Cour. De la même manière, la CJCE a relevé que « les notes explicatives élaborées dans le cadre de l'OMD contribuent de

³⁷⁹ De leur côté, les autorités administratives américaines s'estiment liées par ces interprétations (v. J. Gold, *op. cit.*, note 371, vol. I, pp. 20-26 et 55-59).

³⁸⁰ États-Unis, Court of Appeals, 5^e Circuit, 16 juil. 1985, *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101 (longuement discuté par J. Gold, *ibid.*, vol. IV, spéc. notes 40-60 (éd. Kindle) (nous soulignons)).

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² Belgique, Cour constitutionnelle, 15 mars 2011, *ADS et autres c. Belgique*, n° 37/2011, *ILDC* 1726 (BE 2011).

³⁸³ Sur la procédure d'adoption, v. le site internet de l'OMS : <http://www.who.int/fctc/guidelines/fr/>.

³⁸⁴ La norme applicable par la Cour était l'article 23 de la Constitution belge, relatif au droit à la santé.

façon importante à l'interprétation de la portée des différentes positions douanières sans toutefois avoir force obligatoire de droit. »³⁸⁵

2. *Interprétations par les organes quasi juridictionnels : un cas contesté d'interprétation par voie d'autorité*

214. La valeur juridique des actes des organes de contrôle institués par certains traités multilatéraux, en particulier de protection des droits humains, est un des champs de bataille récurrents entre les tenants du positivisme juridique et les « droits-de-l'hommistes ». La question revient chaque fois qu'il faut déterminer la valeur de tel ou tel prononcé d'un organe de contrôle. D'une part, une interprétation orthodoxe des traités de base³⁸⁶ conduit à la conclusion, partagée par une doctrine majoritaire³⁸⁷, que ces actes ne sont pas obligatoires. D'autre part, les organes de contrôle (et, à leur suite, une doctrine « progressiste »³⁸⁸) n'ont de cesse d'insister sur le fait que leurs actes ne sont pas de « simples recommandations ». Deux types d'arguments sont avancés pour justifier cette position : que les traités investissent ces organes de la mission de surveiller l'application des traités par les États ; et que, par conséquent, ils seraient investis d'un pouvoir d'interprétation par voie d'autorité, qui l'emporterait de surcroît sur toute exégèse contraire, notamment de la part des organes étatiques, juridictions incluses. C'est d'ailleurs souvent à l'encontre du refus par ces dernières de faire application de constatations des organes de contrôle à la suite d'une procédure de plainte individuelle, et notamment de rouvrir des procédures internes en forme de réparation

³⁸⁵ CJCE, 19 janv. 2005, ordonnance, *Commissioners of Customs & Excise c. SmithKline Beecham pic.*, aff. C-206/03, *Rec.* 2005, p. I-418, par. 25 ; v. aussi not. arrêts du 6 nov. 1997, *Laboratoires de thérapeutique moderne (LTM)*, C-201/96, *Rec.*, p. I-6147, par. 17 ; du 12 mars 1998, *Laboratoires Sarget*, C-270/96, *Rec.*, p. I-1121, par. 16 ; du 10 déc. 1998, *Glob-Sped*, C-328/97, *Rec.*, p. I-8357, par. 26 ; du 9 févr. 1999, *ROSE Elektrotechnik*, C-280/97, *Rec.*, p. I-689, par. 16, et du 28 avr. 1999, *Mövenpick Deutschland*, C-405/97, *Rec.*, p. I-2397, par. 18.

³⁸⁶ V. A. Nollkaemper, et R. van Alebeek, « The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law », in H. Keller et G. Ulfstein (dir.), *UN Human Rights Treaty Bodies : Law and Legitimacy*, Cambridge, CUP, 2012, pp. 380-381.

³⁸⁷ International Law Association Berlin Conference, *International Human Rights Law and Practice*, 2004, par. 15, disponible en ligne : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/20>. V. aussi Ch. Tomuschat, *Human rights : between idealism and realism*, Oxford, OUP, The collected courses of the Academy of European Law, vol. 13/1, 2003, pp. 812-813 ; F. Pocar, « Legal Value of the Human Rights Committee's Views », *Canadian Human Rights Yearbook*, 1991-1992, pp. 119-123 ; A. Nollkaemper et R. van Alebeek, « The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law », *op. cit.*, note 386, pp. 356-413.

³⁸⁸ V. M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR commentary, Kehl, Engel, 2^e éd. rev., 2005, p. 893 ; M. Scheinin, « International Mechanisms and Procedures for Implementation », in R. Hanski et S. Markku (dir.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights : A Textbook*, 2^e éd., Turku, Åbo Akademi University, 1999, p. 444 ; E. E. Rieter, « Preventing Irreparable Harm, Provisional Measures in International Human Rights Adjudication », *School of Human Rights Research Series*, vol. 37, Antwerp, Intersentia, 2010, p. 886.

des violations du Pacte par eux constatées³⁸⁹, que les organes de contrôle ont revendiqué avec insistance l'obligation pour les États de les mettre en œuvre.

215. Le Comité des droits de l'homme est sans doute le champion de cette cause. L'Observation générale n° 33³⁹⁰, relative aux plaintes individuelles en vertu du Protocole facultatif au Pacte sur les droits civils et politiques, reflète ces thèses. L'histoire de sa rédaction illustre parfaitement les positions contraires de l'organe et des États membres. Dans un premier temps, le Comité avait soutenu que ces communications bénéficiaient de l'autorité de la chose jugée et étaient donc obligatoires, comme le montre le second projet d'observation :

« 13. Cette terminologie pourrait donner à penser que les constatations du Comité ont simplement un caractère d'avis consultatif ou de recommandation. Or une telle conclusion n'est pas justifiée eu égard à la place et à la fonction qu'occupe le Protocole facultatif dans le système d'établissement des normes et de surveillance de l'exécution des obligations institué par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

En premier lieu, les constatations du Comité au titre du Protocole facultatif, quand une violation est établie à l'issue d'un examen minutieux de la communication, constituent *une décision qui fait autorité, rendue par un organe institué en vertu du Pacte lui-même comme étant l'interprète authentique de cet instrument*. Le respect des obligations que les États parties ont volontairement contractées en vertu du Pacte s'étend également au respect qui est dû aux constatations formulées par le Comité dans les cas individuels présentés au titre du Protocole facultatif, du fait que le rôle conféré au Comité en vertu des deux instruments forme un tout. »³⁹¹

216. Ce projet dans lequel l'affirmation du caractère obligatoire était explicite, a été vivement contesté par de nombreux États³⁹². Comme résultat, la version finale est dépouillée

³⁸⁹ V. les exemples cités in A. Nollkaemper, et R. van Alebeek, « The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law », *op. cit.*, note 386, aux notes 17, 18 et 19.

³⁹⁰ ONU, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 33 : Les obligations des États parties en vertu du protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, 94^e, 95^e et 96^e session, Assemblée générale, Documents officiels 64^e session, suppl. n°40, doc. A/64/40, vol. I, 2009, p. 239.

³⁹¹ Projet d'observation générale n° 33, Deuxième version révisée au 18 août 2008, doc. CCPR/C/GC/33/CRP.3, pars. 13 et 14. V. aussi *ibid.*, par. 18 et 19 (nous soulignons).

³⁹² H. Keller et L. Grover, « General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy », in H. Keller et G. Ulfstein (dir.), *UN Human Rights Treaty Bodies : Law and Legitimacy*, *op. cit.*, note 386, p. 118, note 12 et p. 133. D'une manière générale, les rapports étatiques soulignent régulièrement le caractère non obligatoire des constatations des organes de contrôle : Comité des droits de l'homme, *Mr. Dimitry L. Gridin c. Fédération de Russie*, comm. n° 770/1997, du 20 juil. 2000, UN Doc. CCPR/C/69/D/770/1997. Pour la réponse de la Fédération de Russie, v. *Rapport du Comité des droits de l'homme*, 82^e, 83^e et 84^e session, Assemblée générale, Documents officiels 60^e session, suppl. n°40, doc. A/60/40, vol. II, pp. 552-553. V. égal. la réponse du Canada, du 29 févr. 2008, faisant suite à la mesure de réparation recommandée par le Comité contre la torture, sur la base de l'article 3 de Convention contre la torture (*Bachan Singh Sogi*, comm. n° 297/2006, 16 Nov. 2007, UN Doc. CAT/C/39/D/297/2006), dans laquelle l'État partie refuse de donner suite aux constatations du Comité, considérant que ni une demande de mesures provisoires ni les constatations elles-mêmes du Comité ne sont juridiquement contraignantes et estimant s'être acquitté de

de toutes les références antérieures, hautement critiquables et critiquées, à l'autorité de la chose jugée ou au caractère obligatoire de ces constatations :

« 11. Même si la fonction conférée au Comité des droits de l'homme pour examiner des communications émanant de particuliers n'est pas en soi celle d'un organe judiciaire, les constatations qu'il adopte en vertu du Protocole facultatif présentent certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire. Elles sont le résultat d'un examen qui se déroule dans un esprit judiciaire, marqué notamment par l'impartialité et l'indépendance des membres du Comité, l'interprétation réfléchie du libellé du Pacte et *le caractère déterminant de ses décisions*. [...]

13. Les constatations du Comité au titre du Protocole facultatif constituent une *décision qui fait autorité*, rendue par l'organe institué en vertu du Pacte lui-même et chargé d'interpréter cet instrument. »³⁹³

217. Ces conclusions ne sont pas pour autant dépourvues d'ambiguïté. Sans prendre parti sur la question de savoir si le comité est un organe judiciaire, comme ces conclusions le suggèrent, il faut s'interroger sur la signification normative des références au « caractère déterminant » (en anglais, « *determinative character* ») et à la « décision qui fait autorité » (en anglais, « *authoritative determination* »). Si le Comité entend souligner ainsi le caractère définitif de ses interprétations, cela reviendrait à renouer avec la thèse de l'obligatoire : car si ces interprétations sont sans appel, les États perdent la possibilité de les contester et elles s'imposent comme obligatoires, notamment pour les juridictions internes. Si le Comité entend les réinvestir subrepticement de l'autorité de la chose jugée, cette position serait encore plus difficilement tenable, car ce n'est pas seulement un rehaussement de ses compétences que le Comité réclamerait ainsi, mais une mutation de sa nature propre.

218. Du reste, la Comité ne saurait s'appuyer sur la théorie des compétences implicites ou de l'effet utile³⁹⁴ des dispositions du Protocole facultatif pour en dériver un pouvoir de décision obligatoire³⁹⁵. Comme la CDI l'avait remarqué dans ses commentaires au Guide de

toutes ses obligations internationales, v. ONU, Assemblée générale, *Rapport du Comité contre la torture*, 39^e et 40^e session, AG, Documents officiels, Supplément n° 44 (A/63/44), pp. 118-119.

³⁹³ ONU, Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 33 : Les obligations des États parties en vertu du protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques, préc., note 390, pp. 240-241, pars. 11 et 13 (nous soulignons).

³⁹⁴ V. aussi le rapport de l'ILA sur le droit et la pratique internationaux des droits de la personne humaine : « *None of the human rights treaties explicitly confers on the relevant treaty bodies the power to adopt binding interpretations of the treaties, and the practice of at least some States suggest that this power has not been conferred implicitly, as part of the implied power that a body established by treaty is considered to possess in order to carry out the functions conferred on it by the States parties. At the same time, it can be accepted that the treaty bodies have, as a practical matter, the power to adopt interpretations of the treaty in question, since that is essential to their carrying out their functions.* » (International Law Association, *International Human Rights Law and Practice*, Rapport final, 2004, par. 18, disponible en ligne : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/20>, consulté le 14 sept. 2013).

³⁹⁵ V. aussi *supra*, Chapitre 1 (compétences implicites).

la pratique sur les réserves aux traités, l'obligatoire n'est pas un accessoire indispensable au Comité pour remplir ses fonctions :

« On doit en effet admettre que ces organes ne pourraient s'acquitter des fonctions qui leur sont dévolues s'ils ne pouvaient s'assurer de l'étendue exacte de leurs compétences à l'égard des États concernés, que ce soit à l'occasion de l'examen de requêtes étatiques ou individuelles ou de rapports périodiques, ou encore dans l'exercice d'une compétence consultative; pour cela, il leur appartient d'apprécier la validité des réserves faites par les États parties aux traités les créant. En deuxième lieu, à cette occasion, ils ne disposent ni de plus, ni de moins de pouvoirs que dans toute autre matière : *le Comité des droits de l'homme et les autres organes universels de droits de l'homme qui n'ont pas de pouvoir de décision* ne l'acquièrent pas en matière de réserves ; les cours régionales qui peuvent rendre des arrêts ayant l'autorité de la chose jugée l'ont – mais dans certaines limites. »³⁹⁶

219. L'obligation de coopération, que le Comité invoque pour tout fondement³⁹⁷, ne saurait se traduire en un devoir d'exécution de ces actes³⁹⁸. Dès lors, les références au « caractère déterminant » et à « la décision qui fait autorité »³⁹⁹ ne peuvent être entendues comme des références au caractère obligatoire. Le Comité est un organe dont les interprétations font autorité et bénéficient d'une présomption de justesse⁴⁰⁰. Si les États le contestent, ils doivent fournir des arguments à même d'emporter la conviction, comme dans toute hypothèse d'interprétations rivales. Il est important de noter que les interprétations institutionnelles ne l'emportent pas sur les interprétations étatiques contraires, si ces dernières sont partagées par une majorité considérable d'États. De ce point de vue, le Comité n'a pas en principe pas le dernier mot. Il n'en reste pas moins que les juridictions internes devraient les prendre systématiquement en considération, si elles sont saisies d'une question d'interprétation des traités à l'application desquels ces organes veillent. Et, de fait, il y a de nombreux exemples où les constatations individuelles et les observations générales ont été invoquées comme moyens supplémentaires d'interprétation⁴⁰¹. Mais dans ce cas, ces actes ne contraignent plus la volonté de l'interprète, mais la confortent.

³⁹⁶ CDI, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, préc., note 192, par. 6-8 du commentaire de la directive 3.2, notes de bas de page omises. V. aussi le Rapport de la CDI sur les travaux de sa 49^e session, doc. A/52/10, *Annuaire CDI*, 1997, vol. II (deuxième partie), pp. 57-58, par. 8-9 des Conclusions préliminaires de la Commission du droit international concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, adoptées par la Commission.

³⁹⁷ ONU, Comité des droits de l'homme, *Rapport 2009*, préc., note 390, pp. 240-241, par. 11 et 13, p. 241, par. 15.

³⁹⁸ V. aussi *supra*, Chapitre 1, par. 61.

³⁹⁹ *Supra*, par. 216.

⁴⁰⁰ V. Ch. Tomuschat, *Human rights : between idealism and realism*, op. cit., note 387, p. 220.

⁴⁰¹ V. *infra*, par. 223. V. aussi rapport ILA, *International Human Rights Law and Practice*, préc., note 394, par. 80-94.

220. Les juridictions internes n'ont ni la compétence ni l'ambition de trancher entre les interprétations rivales des États membres et des organes institutionnels. En pratique, elles affirment plutôt leur refus d'appliquer les constatations individuelles, si celles-ci impliquent un changement de législation interne ou le renversement d'une jurisprudence constante des plus hautes juridictions internes⁴⁰², en rappelant soigneusement le fait que les constatations sont dépourvues de valeur obligatoire. Tel a été le cas en Irlande :

*« The notion that the 'views' of a Committee even of admittedly distinguished experts on international human rights experts, though not necessarily lawyers, could prevail against the concluded decision of a properly constituted court is patently unacceptable. To be fair, even in international law, neither the Covenant nor the Protocol make such a claim. Neither the Covenant nor the Protocol at any point purports to give any binding effect to the views expressed by the Committee. »*⁴⁰³

En France :

*« [L]es constatations émises par le Comité des droits de l'homme institué par l'article 28 dudit Pacte ne revêtent aucun caractère contraignant à l'égard de l'État auquel elles sont adressées et ne sauraient donc lier les juridictions françaises. »*⁴⁰⁴

En Espagne :

*« Il faut en outre tenir compte du fait que les 'observations' du Comité ne sont pas des résolutions judiciaires, car le Comité n'a pas de telles compétences (comme il résulte clairement des articles 41 et 42 du Pacte) et ses constatations ne sauraient constituer une interprétation authentique du Pacte, puisque ni le Pacte ni le Protocole facultatif ne lui reconnaissent une telle compétence. »*⁴⁰⁵

⁴⁰² A. Nollkaemper met en évidence des situations où les juridictions internes pourraient être saisies suite aux remèdes recommandés par les organes de contrôle : « [T]he UN treaty bodies are not confined to declaratory findings of violation and compensation orders but may recommend specific remedies. Recommended remedies include the amendment or repeal of legislation, reopening of national proceedings, release of prisoners, commutation of a sentence, an investigation to establish the facts, bringing perpetrators to justice, restitution of property, issuance of a passport and re-instatement of a person in civil service. The HRC also occasionally quantifies the amount of compensation that it considers appropriate A. Nollkaemper, et R. van Alebeek, « The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law », *op. cit.*, note 386, pp. 362-363.

⁴⁰³ Irlande, Cour suprême, 1 mars 2002, *Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison*, ILDC 488 (IE 2002), §36 (discuté dans le rapport ILA, *International Human Rights Law and Practice*, préc., note 394, pars. 31 et s). Il convient de souligner que la jurisprudence irlandaise est particulièrement avare à reconnaître des effets internes aux actes institutionnels (v. aussi Irlande, High Court, 21 juin 1994, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Minister for Transport, Energy and Communications and Others*, 1994 WL 1063270 (HC (Irl)), CMLR, n° 3, 1994, p. 468, où le juge dénie tout effet aux actes d'un des comités des sanctions du CSNU).

⁴⁰⁴ France, Conseil d'État, ord. de référé, 11 oct. 2001, *M. Hauchemaille*, n° 238849, *Lebon*, p. 460. V. aussi Conseil d'État, 3 nov. 2003, *M. X.*, n° 239559, inédit au *Lebon*.

⁴⁰⁵ Espagne, Cour constitutionnelle (*recours d'amparo*), 3 avr. 2002, *José Luis PM v. Criminal Chamber of the Supreme Court*, ILDC 1794 (ES 2002) (notre traduction). L'original est : « Además, ha de tenerse en cuenta que las 'observaciones' que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia. »

En Autriche :

« *The ‘views’ of the HRC are not binding under international law. They merely have the effect of a moral appeal. Even though states which had previously adhered to the HRC’s ‘views’ had never denied the authoritative character of a determination of a violation of the ICCPR, a majority of them had stressed that any compensation was made only ex gratia. (...) Likewise, the ‘views’ of the HRC have no legally binding domestic effect and did not create any subjective rights for individuals. This conclusion also derived from the wording of the Optional Protocol.* »⁴⁰⁶

221. Cette réticence est également perceptible lorsque les constatations du Comité des droits de l’homme ou même les observations générales sont invoquées comme des interprétations authentiques, qui lieraient les juridictions du for :

Au Canada :

« [32] *A further answer to Ahani’s submission is found in the nature of Canada’s international commitment under the Covenant and the Protocol. The nature of that commitment is the second undisputed fact. In signing the Protocol, Canada did not agree to be bound by the final views of the Committee, nor did it even agree that it would stay its own domestic proceedings until the Committee gave its views. In other words, neither the Committee’s views nor its interim measures requests are binding on Canada as a matter of international law, much less as a matter of domestic law. The party states that ratified the Covenant and the Optional Protocol turned their minds to the question of whether they should agree to be bound by the Committee’s views, or whether they should at least agree to refrain from taking any action against an individual who had sought the Committee’s views until they were known. They decided as a matter of policy that they should not, leaving each party state, on a case-by-case basis, free to accept or reject the Committee’s final views, and equally free to accede to or not accede to an interim measures request.* »⁴⁰⁷

Au Japon :

« *the General Comment neither represents authoritative interpretation of the ICCPR nor binds the interpretation of the treaty in Japan.* »⁴⁰⁸

Ou par les juridictions de l’Union européenne :

« En outre, dans la communication du Comité des droits de l’homme à laquelle se réfère M^{me} Grant⁴⁰⁹, cet organe, qui n’est d’ailleurs pas une instance juridictionnelle et dont les constatations sont dépourvues de valeur juridique contraignante, s’est borné, selon ses propres termes et sans donner de motivation particulière, à ‘observer qu’à

⁴⁰⁶ Autriche, Cour suprême, 6 mai 2008, *Perterer v Land Salzburg and Austria*, 10b8/08w ; ILDC 1592 (AT 2008).

⁴⁰⁷ Canada, Cour d’appel, 8 févr. 2002, *Ahani v Canada (Attorney General)*, (2002) 58 OR (3d) 107 ; 2002 *Ont Rep LEXIS* 38 (Ont CA), par. 32 (Juge Laskin) (nous soulignons).

⁴⁰⁸ Japon, Cour du District de Tokyo, 15 mars 2001, *Hanrei Jiho*, 1784-67, p. 74, (à propos de l’Observation générale n° 15), mentionné dans le rapport ILA, *International Human Rights Law and Practice*, préc., note 394, par. 87.

⁴⁰⁹ Comm. n° 488/1992, *Toonen c. Australie*, constatations adoptées le 31 mars 1994, CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), 50^e session.

son avis la référence au ‘sexe’ au paragraphe 1 de l’article 2 et à l’article 26 doit être considérée comme recouvrant les préférences sexuelles’. »⁴¹⁰

222. L’insistance sur le caractère recommandatoire de ces actes marque le refus des juges de leur reconnaître une efficacité juridique sur le plan interne⁴¹¹. Mais elle est également tournée vers le plan international : en l’absence d’opposition, les États pourraient être présumés avoir consenti à cette pratique institutionnelle qui conduit à une extension des compétences des organes⁴¹². Les juridictions internes incitent ainsi les autorités politiques à tenir la garde haute et les contraignent – du point de vue du droit interne – à exprimer leur opposition sur le plan international.

223. En revanche, l’acceptation de leur autorité interprétative simple⁴¹³ est mieux accueillie. La raison en est évidente : en affirmant son caractère facultatif, le juge interne garde le pouvoir de s’en départir, le cas échéant. Un exemple parmi d’autres est celui des interprétations fournies par un comité d’experts de l’OIT, à propos desquelles la Cour suprême du Canada affirmait :

« La convention n° 87 a été fréquemment interprétée par le Comité de la liberté syndicale, la Commission d’experts et des Commissions d’enquête de l’OIT. Ces interprétations ont été décrites comme constituant la ‘pierre angulaire du droit international en matière de liberté syndicale et de négociation collective’. [...] Bien qu’elles ne soient pas contraignantes, elles clarifient la portée de l’al. 2 (d) de la Charte tel qu’il est censé s’appliquer à la négociation collective. »⁴¹⁴

224. Une nuance est toutefois de mise : l’autorité interprétative simple peut être décisive, comme le montre l’exemple des recommandations du comité d’experts de l’OIT relatives au contrat « nouvelles embauches » en France. Certes, la procédure de l’OIT prévoit l’intervention d’un organe administratif, le Conseil d’administration du BIT, qui doit entériner le rapport d’experts⁴¹⁵. De ce point de vue, le mécanisme est à mi-chemin entre les procédures

⁴¹⁰ CJCE, 17 févr. 1998, *Grant c. South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec.*, 1998, pp. I-650-651, par. 46. V. aussi CJCE, 21 janv. 1993, *Deutsche Shell* (à propos de la Commission AELE), aff. C-188/91, *Rec.*, 1993, p. I-363. V. A. Miron, « Les actes unilatéraux des organisations internationales (hors les résolutions du Conseil de sécurité », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l’honneur de Patrick Daillier*, op. cit., note 292, pp. 668-685.

⁴¹¹ V. *supra*, par. 18 et s.

⁴¹² V. *supra*, par. 207 et s.

⁴¹³ Mais v. *infra*, par. 224.

⁴¹⁴ Canada, Cour suprême, 8 juin 2007, *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, n° du greffe : 30554, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 76, traduction française officielle, disponible : <http://compendium.itcilo.org/fr/decisions-par-pays>. V. aussi Israël, Cour Suprême, 5 févr. 2003, *Marab and Others v. Israel Defence Force Commander in the West Bank and Another*, HCJ 3239/02 (2003) 133, *ILR* 332, 349, par. 27. V. aussi *infra*, par. 236 et s.

⁴¹⁵ V. articles 24 et 25 de la Constitution de l’OIT et les dispositions du Règlement relatif à la procédure à suivre pour l’examen des réclamations au titre des articles 24 et 25 de la Constitution de l’OIT, disponible sur :

administratives et celles quasi-juridictionnelles. Saisi de la compatibilité d'une période d'essai de deux ans avec la convention n° 158 de l'OIT, le comité d'experts avait conclu par la négative⁴¹⁶, alors qu'auparavant, les plus hautes juridictions françaises avaient eu des appréciations divergentes du caractère raisonnable de ce délai⁴¹⁷. Le rapport du comité d'experts, malgré son caractère recommandatoire, a eu une influence péremptoire sur la suite des procédures judiciaires internes, et plus largement sur la décision politique d'abrogation de la législation. Il a été invoqué et appliqué par les juridictions internes comme l'interprétation de la Convention n° 158 qui faisait autorité, comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Douai, qui fait prévaloir l'interprétation du comité d'experts sur celle du Conseil d'État⁴¹⁸.

B. La pratique institutionnelle, un moyen d'interprétation parmi d'autres

225. L'autorité interprétative simple des actes institutionnels est, en revanche, mieux acceptée par les juridictions internes. L'autorité simple se manifeste lorsque l'acte concourt, avec d'autres moyens d'interprétation, à établir le sens de la disposition conventionnelle. En même temps, l'autorité simple implique que le juge peut écarter l'acte institutionnel s'il estime qu'il est *contra textum*, ou qu'il ne se concilie pas avec le sens dégagés par les autres moyens. C'est donc en tant qu'élément non décisif qu'elle s'intègre dans le processus exégétique.

226. L'article 31 de la Convention de Vienne énumère, parmi les autres outils d'interprétation auxquels pourrait se rapporter le droit institutionnel, la « pratique

http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/publications/WCM_041900/lang--fr/index.htm.

⁴¹⁶ V. BIT, Conseil d'administration, *Rapport du Directeur général*, Sixième rapport supplémentaire : *Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions n° 87 de 1948 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, n° 98 de 1949 sur le droit d'organisation et de négociation collective, n° 111 de 1958 concernant la discrimination (emploi et profession), et n° 158 de 1982 sur le licenciement, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'O.I.T. par la Confédération générale du travail - Force ouvrière*, doc. GB.300/20/6, Genève, 6 nov. 2007.

⁴¹⁷ V. arrêt du Conseil d'État, 19 oct. 2005, n° 283471, dans lequel la haute juridiction administrative a considéré le délai compatible avec la Convention OIT n°158 (*Lebon*, p. 430 et *AJDA*, n° 36, 24 oct. 2005, p. 1980 ; v. note de G. Borenfreund, « Le Conseil d'État et le contrat « nouvelles embauches » », *Dalloz*, n° 9, 2006, p. 629-633, note de C. Landais et F. Lenida, *AJDA*, n° 39, 21 nov. 2005, pp. 2162-2166) ; tandis que la Cour de cassation, dans un 29 mars 2006, a estimé qu'une durée inférieure à six mois constituait une période d'ancienneté raisonnable au sens de la même convention (n° 04-46.499, *Bulletin* 2006-V, n° 131, p. 127 ; note de P. Lokiec, « L'applicabilité directe de la convention n° 158 de l'OIT », *Revue de droit du travail*, n° 5, oct. 2006, pp. 273-274 ; L. Perrin, « Interactions des sources internationales et nationales en matière de préavis de licenciement », *Dalloz*, n° 32, 28 sept. 2006, pp. 2228-2233).

⁴¹⁸ France, Cour d'appel de Paris, 31 janv. 2008, *SARL Ambulance Bruno*, n° RG 07/01932. La cour ne précise toutefois pas à quel titre le rapport de l'OIT a été pris en considération. Il convient toutefois de noter que la Cour de cassation n'a pas mentionné ce rapport dans son arrêt du 1^{er} juil. 2008 (n° 07-44.124, *Bulletin* 2008, V, n° 146 ; texte et note de S. Maillard, *Dalloz*, n° 29, 4 sept. 2008, pp. 1986-1989).

ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (paragraphe 3, (b)) et « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (paragraphe 3 (c)). L'application de l'article 32 de la Convention pourrait également être envisagée : le droit institutionnel serait alors un moyen complémentaire d'interprétation, auquel le juge aurait recours « en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »

227. La différence entre les deux cas de figure est de taille : s'il est utilisé au titre de l'article 31, le droit institutionnel représente un passage obligé du processus interprétatif ; s'il est utilisé au titre de l'article 32, il n'est qu'un moyen facultatif ; il appartient au juge de décider de l'opportunité d'y recourir. Par ailleurs, dans le premier cas, le droit institutionnel participerait à la détermination du sens du traité, tandis que dans le second, il n'aurait qu'une portée subsidiaire, confirmative.

228. Ainsi va la théorie. En pratique, le processus exégétique n'est jamais aussi limpide et le passage d'un élément à l'autre n'est ni annoncé ni toujours saisissable⁴¹⁹. Même si les juridictions internationales se réfèrent de plus en plus explicitement aux catégories identifiées aux articles 31 et 32, les taxinomies sont toujours difficiles à établir. Et pour cause, le même acte ou fait peut, concomitamment, relever de plusieurs de ces catégories.

229. L'approche des juges internes se prête encore plus mal à la systématisation. Rares sont les circonstances où les juges internes font appel aux catégories établies par la convention de Vienne lorsqu'ils interprètent des traités, institutionnels ou non⁴²⁰. De fait, le problème de

⁴¹⁹ On ne peut que se référer ici aux mots de sage de Ch. de Visscher : « L'interprétation [...] requiert l'esprit de finesse plus que l'esprit de géométrie ; elle fait appel à l'intuition plus qu'à la technique. Il y a un art de l'interprétation des traités. » (*in Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 13) auxquels la CDI elle-même s'est référée : « En d'autres termes, l'application d'un grand nombre de ces principes est plutôt discrétionnaire qu'obligatoire et l'interprétation des documents est dans une certaine mesure un art, non une science exacte » (*in Rapport de la CDI sur les travaux de sa 18^e session*, A/CN.4/191, *Annuaire CDI*, 1966, vol. II (2), p. 238, par. 4).

⁴²⁰ Quelques exceptions où l'article 31 de la Convention de Vienne est mentionné : Nouvelle-Zélande, Cour suprême, 21 juin 2005, *Attorney-General v. Zaoui and Ors. Sc.*, SC. CIV 19/2004, [2005] NZSC 38 ; Canada, Cour suprême, 4 juin 1998, *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n° 25173, RCS, vol. 1, 1998, p. 982 ; CJUE, 22 nov. 2012, *Pedro Espada Sánchez et autres*

l'impact de l'acte institutionnel sur l'interprétation du traité de base doit être replacé dans le contexte plus large de l'interprétation des traités par les juges internes⁴²¹. Paradoxalement, le poids des traditions juridiques internes n'est pas décisif : en effet, même dans les États de tradition dualiste, dans lesquels le traité a pu être incorporé par le biais d'un acte interne, le juge garde à l'esprit l'origine internationale de la norme⁴²² et interprète souvent le traité lui-même. Christopher Schreuer le soulignait déjà en 1971, et cette tendance s'est systématiquement confirmée depuis :

« *English courts, although influenced by the methods of transformation adopted by Parliament, will not stop short of looking at and interpreting international agreements, once effect has been given to them in English law by legislation.* »⁴²³

230. Toutefois, les préoccupations des juridictions internes sont tout autres que celles du juge international : l'interprétation par un juge interne, est, par définition, une interprétation unilatérale du traité⁴²⁴. L'attitude du juge interne oscille alors entre une approche minimaliste – éviter que l'interprétation donnée constitue une violation du traité – et maximaliste – assurer le plein effet du traité, surtout s'il concerne les droits humains. C'est ainsi qu'émergent des impératifs d'interprétation correcte, uniforme et téléologique. Pour arriver à ses fins, le juge interne fait preuve d'un grand pragmatisme. L'utilisation du droit institutionnel est l'une des expressions de ce pragmatisme. En s'en remettant au droit institutionnel :

- il se rapporte à des autorités compétentes pour confirmer l'interprétation textuelle ou contextuelle qu'il fournit⁴²⁵ et conjure ainsi le risque des interprétations infondées unilatérales ;

c. Iberia Líneas Aéreas de España SA., C-410/11, non publié ; 15 juil. 2010, *Alexander Hengartner et Rudolf Gasser c. Landesregierung Vorarlberg*, aff. C-70/09, *Rec.*, 2010, p. I-7233.

⁴²¹ Pour une description de la problématique, v. C. H. Schreuer, « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », *BYIL*, vol. 45, 1971, p. 264 ; I. M. Sinclair, « The Principles of Treaty Interpretation and Their Application by the English Courts », *ICLQ*, vol. 12, p. 1963, p. 525.

⁴²² Lorsqu'il interprète les actes internes, la théorie de l'interprétation conforme est un levier de l'harmonisation entre droit interne et traité international (v. *infra*, Chapitre 5).

⁴²³ C. H. Schreuer, « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », *op. cit.*, note 421, pp. 260-261.

⁴²⁴ V. la sentence arbitrale du 9 déc. 1921 (aff. *Jesse Lewis (United States) c. Great Britain (David J. Adams case)*), dans laquelle le tribunal arbitral a déclaré que : « *[t]he fundamental principle of the juridical equality of States is opposed to placing one State under the jurisdiction of another State. It is opposed to the subjection of one State to an interpretation of a Treaty asserted by another State. There is no reason why one more than the other should impose such a unilateral interpretation of a contract which is essentially bilateral. The fact that this interpretation is given by the legislative or judicial or any other authority of one of the parties does not make that interpretation binding upon the other party.* » (*RSA*, vol. 6, p. 89).

⁴²⁵ Les autorités politiques internes, et en particulier, le ministère des affaires étrangères en faisaient parties, jusqu'à récemment. Le cas de la France est bien connu : jusqu'en 1990 (Conseil d'État, Ass., 29 juil. 1990, *GISTI*, n° 78519, *Lebon*, p. 171, concls. R. Abraham, *AJDA*, n° 9, sept. 1990, p. 621 ; note de G. Téboul, *ibid.*), le juge administratif adressait au Ministère des affaires étrangères un renvoi préjudiciel en interprétation et s'estimait lié par l'interprétation reçue (v. M. F. Buffet-Tchakaloff, « L'interprétation des

- il assure l’uniformité d’application ;
- il permet la réalisation des objectifs du traité, dont les organes institutionnels sont les gardiens.

1. *La reconnaissance de l’autorité interprétative simple du droit institutionnel*

231. Si la qualité authentique des interprétations par les organes de contrôle n’est pas reconnue⁴²⁶, il en va autrement de leur autorité interprétative simple. Ainsi, le juge australien n’a pas hésité à qualifier les commissions d’enquête de l’OIT d’organes judiciaires, dont les décisions (qui ne concernaient pas l’Australie en l’espèce) relevaient de la jurisprudence. Cette qualification est audacieuse, au vu des discussions sur la nature de ces organes sur le plan international⁴²⁷, mais elle n’emporte pas de conséquences particulière sur le plan interne : en effet, le texte institutionnel n’est qu’un outil (« *aid* ») d’interprétation, qui préserve à la fois la position internationale de l’État et la liberté du juge :

« No reason appears to me why there should be treated as less significant, in the construction of the Convention, a report by a Commission of Inquiry appointed by the Governing Body of the ILO [...]. Valticos and von Potobsky [...], in discussing the ILO Commission of Inquiry as an institution, emphasise its ‘independent nature’, ‘impartiality’ and ‘thoroughness’ and mention that ‘the complaints procedure is quasi-judicial, its primary purpose being to ascertain whether the situation in a given country is in conformity with international obligations assumed’. Of more significance, perhaps, than that view of Valticos and von Potobsky is the fact that in his separate (concurring) opinion in the International Court of Justice at the jurisdictional stage of the South West Africa Cases [I 962] ICJR 319, Jessup J, in relying on a report by an ILO Commission of Inquiry, referred (at 427-28) to the ‘judicial nature’ of such a Commission of Inquiry and to the Commission of Inquiry’s having conducted, in the particular ‘case’ on which he was relying, a ‘judicial investigation’ of a complaint that Portugal, an ILO member, was not securing the effective observance of a particular ILO Convention relating to forced labour which it had ratified. In the circumstances, I consider that the use of the report of a Commission of Inquiry, such as the one regarding Romania, as an aid to the

Traité internationaux par le Conseil d’État. L’arrêt GISTI », *RGDIP*, vol. 95, 1991, pp. 109-124 ; v. aussi D. Lochak, « Commentaire de l’arrêt GISTI », in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître en 2015). Mais il n’est pas isolé (v. A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 51, spéc. note 26 ; J. Wouters et M. Vidal, « Non-Tax Treaties : Domestic Courts and Treaty Interpretation », in G. Maisto (dir.), *Courts and Tax Treaty Law*, EC and International Tax Law Series vol. 3, Amsterdam, International Bureau of Fiscal Documentation, 2007, pp. 6-7, spéc. pars. 5-6). Aujourd’hui, cette mode persiste, mais les interprétations des autorités politiques ne s’imposent plus.

⁴²⁶ V. *supra*, pars. 220 et s.

⁴²⁷ V. *supra*, pars. 214 et s.

construction of an ILO Convention is an unexceptional illustration of the use of 'la jurisprudence.' »⁴²⁸

232. Dans la même veine, l'acte institutionnel peut être qualifié de « guide d'interprétation ». Comme tel, sa fonction est d'orienter le juge, sans pour autant le diriger. Le Guide du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés⁴²⁹ est souvent invoqué à ce titre. Il est défini comme :

- « *a practical and guiding tool for the application of the Refugee Convention* »⁴³⁰ ;
- « *a useful reference for those whose task it is to determine whether or not a person is a refugee* »⁴³¹ ;
- *as providing « significant guidance in construing the Protocol, to which Congress sought to conform »*⁴³² ;
- « *contain[ing] valuable instructions for the application of the EU law* »⁴³³ .

⁴²⁸ Australie, Cour fédérale d'Australie, 15 déc. 2000, *Le Commonwealth d'Australie c. Commission des droits de la personne et de l'égalité de chances*, n° 1366/1999, [2000] FCA 1854, par. 44, disponible en ligne : <http://compendium.itcilo.org/fr/decisions-par-pays>.

⁴²⁹ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, doc. HCR/1P/4/FRE/REV.1, 1979, réédité, Genève, janv. 1992. V. aussi W. Kälin, « Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees : Article 35 and beyond », in E. Feller et al. (dir.), *Refugee Protection in International Law*, CUP, 2003, pp. 625-627.

⁴³⁰ Chypre, Cour suprême, 3 avr. 2007, *Sarmadi v. Cyprus per the Refugee Review Authority*, n° 61/2006, *ILDC* 835 (CY 2007), par. A2 (nous soulignons). V. aussi Chypre, Cour suprême, ch. crim. (appel), 5 nov. 2004, *Wilesinge v. Police*, n° 7789 ; *ILDC* 900 (CY 2004) ; Royaume-Uni, Chambre des Lords, 10 déc. 2004, *Regina*, préc., note 296, par. 16 (Lord Bingham) ; Canada, Cour d'appel, 7 avr. 2003, *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.)*, n° A-33-02, 2003 CAF 178, [2003] 3 C.F. 761, *passim*.

⁴³¹ Australie, Federal Magistrates Court of Australia (Federal Circuit Court of Australia depuis avr. 2013), 18 août 2011, *SZQAM v. Minister For Immigration & Anor* [2011] FMCA 624, par. 74, disponible en ligne sur : <http://www.refworld.org/type,CASELAW,,,4f1050642,0.html> ; et depuis le site Internet de l'*Australasian Legal Information Institute (ALII)* : <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FMCA/>, consulté le 15 sept. 2013 (nous soulignons). V. aussi Australie, Haute Cour d'Australie, 12 sept. 1989, *Chan Yee Kin v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs* ; *Soo Cheng Lee v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs* ; *Kelly Kar Chun Chan v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, HCA 62, (1989) 169 CLR 379, F.C. 89/034 (disponible en ligne : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b70a4.html>, consulté le 15 sept. 2013) ; Australie, Haute Cour d'Australie, *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, 24 févr. 1997, HCA 4 ; (1997) 190 CLR 225 ; (1997) 142 ALR 331, (disponible en ligne : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b7180.html>land, consulté le 15 sept. 2013) (la jurisprudence de la Haute Cour peut égal. être consultée depuis le site Internet de l'ALII) ; Australie, Cour fédérale d'Australie, 14 avr. 1999, *Semunigus v Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [1999] FCA 422 (disponible depuis le moteur de recherche du site Internet officiel de la juridiction : <http://www.fedcourt.gov.au/publications/judgments/search>).

⁴³² États-Unis, Cour suprême, 9 mars 1987, *INS v. Cardoza-Fonseca*, n° 85-782, 480 U.S. 421 (1987), spéc. p. 439, note 22. V. aussi Cour suprême, 3 mai 1999, *INS v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415, 427 (1999).

⁴³³ Pays-Bas, Cour du District de la Haye, 17 mai 2013, *Applicants 1, 2, 3 and 4 v. The Secretary of State for Security and Justice*, n° AWB 12/11727, 12/11734 et 12/11741, disponible en ligne : <http://www.refworld.org/type,CASELAW,,,51b1dfd84,0.html>, consulté le 15 sept. 2013).

Et puisque le Guide bénéficie d'une telle autorité, les juges considèrent que les autres actes interprétatifs du HCR « *may be a useful interpretive aid* »⁴³⁴ et soulèvent cet argument d'office.

233. Il importe de noter, à nouveau, que dans toutes les hypothèses où la jurisprudence interne s'est alignée sur l'interprétation internationale⁴³⁵, elle l'a fait en soulignant le caractère recommandatoire de ces actes⁴³⁶. Par ailleurs, l'insistance sur la valeur recommandatoire permet au juge interne de s'écarter de l'acte institutionnel. Ainsi, une jurisprudence européenne constante souligne au sujet des avis de classement et des notes explicatives adoptées par l'Organisation mondiale des Douanes⁴³⁷ :

« Il y a lieu de relever que les avis de classement délivrés dans le cadre de l'OMD ne lient pas les parties contractantes, mais constituent des éléments importants d'interprétation (...). Ils doivent être écartés, si leur interprétation apparaît inconciliable avec les termes de la position de la NC en question ou s'ils excèdent manifestement le pouvoir d'appréciation consenti à l'OMD. De même, il ressort d'une jurisprudence constante que les notes explicatives élaborées dans le cadre de l'OMD contribuent de façon importante à l'interprétation de la portée des différentes positions douanières sans toutefois avoir force obligatoire de droit. »⁴³⁸

⁴³⁴ V. États-Unis, Cour d'appel du 9^e Circuit, 3 juil. 2012, *Annachamy v. Holder, Attorney General*, n° 07-70336, agency n° A200-041-850, 3 July 2012, disponible en ligne : <http://www.refworld.org/docid/4ff5a2192.html> consulté le 15 sept. 2013, à propos des *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* (Agence des Nations Unis pour les réfugiés (UNHCR), doc. HCR/GIP/03/05, du 4 sept. 2003). V. aussi les concls. de l'Avocat général Sharpston dans l'affaire n° C-31/09, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivata*, présentées le 4 mars 2010 (Grde. Ch., 17 juin 2010, *Rec.*, 2010, p. I-5539), dans lesquelles celui-ci reconnaît la force de persuasion des déclarations du HCR (spéc. par. 16) ; égal. les références aux positions du HCR dans les concls. Mazák dans les aff. jtes. C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Aydin Salahadin Abdulla et autres c. Bundesrepublik Deutschland*, présentées le 15 sept. 2009 (Grde. Ch., 2 mars 2010, *Rec.*, 2010, p. I-1493), spéc. par. 20 ; et concls. M. Poirares Maduro dans l'affaire C-465/07, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, présentées le 9 sept. 2008 (*Rec.*, 2009, p. I-921), qui reconnaît également l'expertise du HCR (spéc. par. 27).

⁴³⁵ La position des juridictions françaises n'est pas aisée à définir. Au sein de la Cour nationale du droit d'asile, l'assesseur HCR, en cas de difficulté, fait souvent valoir le Guide du HCR. Mais il est vrai que cette prise en compte ne se retrouve presque jamais dans la rédaction des décisions. En outre, il arrive que l'interprétation judiciaire de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés ne soient pas identique avec celle du HCR (v. par exemple, les critiques adressées par le HCR à propos de l'interprétation des juridictions françaises de l'expression « appartenance à un certain groupe social », de l'article 1A(2), dans *Position du HCR relative à l'application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 ou Protocole de 1967 aux victimes de la traite en France. Publiée à l'occasion de deux décisions récentes de la Cour nationale du droit d'asile*, 12 juin 2012, disponible sur : <http://www.refworld.org/docid/4fd84c022.html>, consulté le 15 sept. 2013).

⁴³⁶ V. aussi *supra*, pars. 65 et s.

⁴³⁷ Ces avis et notes explicatives sont adoptés en vertu de l'article 8 de la Convention sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises, qui ne leur reconnaît en effet pas de force obligatoire (à l'opposé des amendements à la Convention et ses annexes, adoptés en vertu de l'article 16).

⁴³⁸ CJCE, ordonnance, 19 janv. 2005, *Commissioners of Customs & Excise c. SmithKline Beecham pic*, aff. C-206/03, *Rec.* 2005, p. I-418, points 24-25 (nous soulignons).

2. L'application uniforme du traité constitutif

234. Le rôle de la référence aux actes institutionnels est d'assurer l'interprétation uniforme des traités de base. Dans l'ordre de l'UE, c'est un des rouages essentiels pour assurer la cohérence de l'ordre juridique. Au nom de cet impératif, la CJUE s'est imposée comme l'ultime gardien de l'ordre juridique européen et les juridictions internes de dernier ressort sont d'abord tenues de renvoyer une question préjudicielle à la Cour en cas d'incertitude sur le sens d'une disposition du droit européen, et ensuite de déférer à l'interprétation fournie par la Cour, en l'espèce, mais aussi dans des affaires similaires⁴³⁹. Il n'existe pas de mécanisme similaire pour les traités constitutifs des organisations internationales universelles : et de fait, l'application uniforme ne s'impose pas comme un principe inhérent, qui guide l'interprétation de ces traités par les juges internes. Le droit institutionnel ne bénéficie pas de l'autorité nécessaire pour être invoqué à cette fin, la qualité d'interprétation par voie d'autorité lui étant le plus souvent déniée⁴⁴⁰. Une application uniforme impliquerait une coordination avec l'interprétation par les autres États et donc une analyse de leur pratique (judiciaire, mais aussi législative ou administrative). Tâche titanesque, s'il en est !

235. Les références jurisprudentielles sont très rares. La Cour fédérale d'Australie a évoqué une fois l'application uniforme, dans une affaire concernant l'interprétation du GATT :

*« [A]s a broad principle, it is obviously desirable that expressions used in international agreements should be construed, so far as possible, in a uniform and consistent manner by both municipal Courts and international Courts and Panels to avoid a multitude of divergent approaches in the territories of the contracting parties on the same subject matter. »*⁴⁴¹

⁴³⁹ V. G. Isaac (†) et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, note 249, pp. 635-666.

⁴⁴⁰ V. *supra*, par. 223.

⁴⁴¹ Australie, 6 avr. 2005, *Rocklea Spinning Mills Pty Ltd v The Anti-Dumping Authority & Anor*, [1995] FCA 210, (37 ALD 405 ; 129 ALR 401 ; 56 FCR 406) p. 35, à propos d'un rapport du Comité (GATT) des subventions et des mesures compensatoires, du 15 November 1994 (doc. SCM/185), disponible en ligne : <http://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/1995/1995fca0210>. Pour une application du même principe aux commissions d'enquête de l'OIT, v. Cour fédérale australienne, *le Commonwealth d'Australie c. Commission des droits de la personne et de l'égalité de chances*, 15 déc. 2000, [2000] FCA 1854, pars. 44-45, disponible en ligne : <http://compendium.itcilo.org/fr/decisions-par-pays>.

3. *Le rôle de la pratique institutionnelle dans l'interprétation évolutive*

236. Une interprétation est évolutive ou dynamique « *when a term or an expression takes on a different meaning than the one originally agreed upon by the parties. Such can be due to several reasons: the legal meaning of a term, or its meaning in the common language changing after the time of the conclusion of the agreement* »⁴⁴².

237. Par définition, en cas d'interprétation évolutive, il existe un écart entre la volonté initiale des Parties et le sens contemporain du texte, tel que l'interprète le dégage. On peut considérer donc qu'il y a modification informelle de l'accord à travers l'interprétation. Les juges internes sont circonspects mais pas tout à fait fermés face à une telle possibilité. L'interprétation évolutive des traités constitutifs d'organisations internationales, induite par une pratique institutionnelle, est mieux tolérée, à condition que la pratique institutionnelle ait reçu sinon l'acceptation, du moins l'assentiment des États parties⁴⁴³.

238. En effet, les traités institutionnels portent en eux, plus que les autres types de traités, le germe de l'évolution, dans la mesure où ils mettent en place des organes investis de la mission de contribuer, par leurs activités, à la réalisation des buts du traité⁴⁴⁴. Sur cette base, la Cour constitutionnelle allemande a considéré que la participation des troupes allemandes aux opérations de l'OTAN autorisées par le Conseil de sécurité relevait de l'application du traité :

« *Within the framework of modern international law, treaties are often subjected to a dynamic form of interpretation which itself is a reaction to changing circumstances.*

⁴⁴² L. Crema, « Subsequent Agreements and Practice within the Vienna Convention », *op. cit.*, note 351, p. 22, notes de bas de page omises. V. aussi S. D. Murphy, « The Relevance of Subsequent Agreements and Practice for Treaty Law to Date and in the Future », in G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, *op. cit.*, note 282, pp. 82-94.

⁴⁴³ Il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que les actes institutionnels relèvent de la pratique ultérieure au sens de l'article 31 (3) (b) de la Convention de Vienne. Certes, la CIJ l'a considéré ainsi s'agissant de l'interprétation des dispositions institutionnelles du traité et aux fins de la détermination des compétences des organes (CIJ, avis consultatif du 20 juil. 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies*, préc., note 342 ; le Juge Spender était d'un avis contraire : Opinion individuelle sous CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, *Rec.* p. 192). Mais il n'est pas certain que cette jurisprudence puisse être étendue à l'interprétation des dispositions matérielles de ces traités : « *More precisely, does subsequent practice encompass all secondary law, all resolutions adopted by any organ ? Technically speaking, a secondary law act is an act made by an organ of the organization. It is not a practice of the states as such, but a practice of the organization. Should the veil of the legal personality of the international organization be removed to reach states behind it and consider that this practice should be attributed to them? Taking on board the difference between the attribution of a practice to states and the opposability of an act to states leads to the working hypothesis that subsequent practice requires a complex approach.* » (H. Ruiz-Fabri, « Subsequent Agreements and Practice : Domestic Constitutions, Courts, and Legitimacy », in G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, *op. cit.*, note 282, p. 163).

⁴⁴⁴ V. *supra*, chapitre 1, pars. 78 et s.

Treaties which establish separate organizations whose bodies act independently within the framework of that treaty are particularly geared to dynamic processes. In treaties with a highly political character, this fact is usually reflected by loosely worded provisions outlining their aims and purposes which allows the Contracting Parties to adjust them to new international developments, especially where and in so far as they act by mutual accord. [...]. When approving an international treaty, the Legislature is fully aware of the significance which attaches to preambles and general aims and purposes. A further development of treaty law through so-called authentic interpretation and a treaty's practical implementation on the basis of such interpretation, both of which can lead to further legal developments, is therefore anchored in the existing treaty and covered by the legislative consent required under Article 59(2) (1) GG. »⁴⁴⁵

239. C'est toujours en acceptant la possibilité d'une interprétation dynamique de la Charte, à la lumière des nécessités contemporaines, que la Cour suprême britannique a reconnu la compétence du CSNU pour adopter des résolutions visant spécifiquement des personnes privées :

« Although previous practice did not go that far, it has not been suggested that it lay outside the powers of the Security Council under article 41 to direct the taking of collective measures at an international level against individuals. »⁴⁴⁶

240. Les occurrences de cas où les juridictions internes se réfèrent à l'absence d'acceptation par les États parties pour dénier effet à l'acte institutionnel sont plus courantes. Les juridictions japonaises ont rejeté à ce titre les rapports et recommandations de l'OIT :

« [R]eports and recommendations of ILO organs do not bind the parties [...] unless they amount to subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation as provided for in the Vienna Convention on the Law of Treaties. It is obvious that the views of [the ILO organs] fall short of it. »⁴⁴⁷

241. Enfin, la détermination de la valeur interprétative relève de l'office du juge, qui y parvient sur la base des critères – objectifs ou subjectifs – de son choix. L'arrêt de la Cour d'appel de Rennes dans l'affaire de l'*Erika*⁴⁴⁸ et de l'application, par les juges français, d'une

⁴⁴⁵ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 12 juil. 1994, *International Military Operations (German Participation) Case*, 2 BVE 3/92, décision AWACS, *ILR*, vol. 106, p. 339 (note C. Tomuschat, « Le juridisme fait place à la politique : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 juil. 1994 sur l'envoi à l'étranger de forces armées allemandes », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 371-378)

⁴⁴⁶ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2, par. 18 (Lord Hope).

⁴⁴⁷ Japon, Cour du District d'Oita, 19 janv. 1993, *Hanrei jiho*, 1457, pp. 36, 49, cité dans I. Iwasawa, « The domestic impact of international human rights standards : the Japanese experience », in Alston, P. et Crawford, J. (dir.), *The future of UN human rights treaty monitoring*, Cambridge, CUP, 2000, pp. 255-256.

⁴⁴⁸ V. France, Cour d'appel de Rennes, 2^e ch., 25 mai 2004, *FIPOL (Erika)*, préc., note 90. L'arrêt de la Cour de cassation, Ch. criminelle, du 25 sept. 2012, dans la même affaire ne discute pas ces questions (même s'il met en exergue d'autres aspects importants de l'application du droit international en France : v.

révolution du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures est symptomatique. Dans cette affaire, le Fonds était non seulement intervenu en instance, mais avait fourni une opinion d'un juriste dont le nom n'a pas été divulgué qui qualifiait les décisions interprétatives du Fonds comme étant des accords ultérieurs au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne⁴⁴⁹. La Cour n'en a pas moins rejeté – à raison⁴⁵⁰ – cette position, avec force arguments :

« Que le 'Manuel' sur les demandes 'd'indemnisation' publié en juin 1998 précise expressément : 'le présent manuel ne doit pas être considéré comme une interprétation de la convention de 1992 sur la responsabilité civile et de la convention de 1992 portant création du fonds. La recevabilité des demandes d'indemnisation est régie par les textes des conventions'.

Qu'ainsi de l'avis même des différents représentants des états membres au Conseil d'Administration du FIPOL, les critères des demandes d'indemnisation n'ont pas de caractère obligatoire et ne sauraient être assimilées à 'des accords entre parties' au sens de l'article 31.3 de la Convention de Vienne de 1969 sur la conclusion des traités ni à des normes se rattachant à une coutume internationale au sens de la même convention de Vienne ;

Qu'enfin le FIPOL qui ne saurait sans contradiction changer d'argumentation au gré des procédures, a reconnu que les critères d'indemnisation par lui arrêtés ne s'imposaient pas aux juridictions judiciaires ; que dans l'affaire 'LANDCATCH', faisant suite au naufrage du navire 'BRAER' survenu en 1993, alors que le demandeur invoquait 'la position unique du FIPOL en tant qu'organisation internationale' en précisant que l'uniformité de l'analyse était souhaitable', le défendeur (à savoir le FIPOL) a soutenu que: 'ses propres critères n'avaient aucune conséquence. Ils donnaient simplement une indication des prises de position émergeant des réclamations et dégagées de l'expérience. Il convient pour le fond de tenir compte des décisions judiciaires des tribunaux et non le contraire.' »⁴⁵¹

§ 2. L'interaction du droit institutionnel avec des conventions internationales autres que le traité constitutif

242. Hormis les cas où le droit institutionnel est un instrument d'interprétation par voie d'autorité, sa prise en considération est subsidiaire, voire aléatoire. Toutefois, des mécanismes conventionnels de renvoi permettent de la rendre plus systématique. Il convient de

commentaire de P. Guttinger in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître en 2015).

⁴⁴⁹ V. la réponse fournie par la Subdivision des Affaires juridiques de l'OMI au questionnaire envoyé par M. Nolte, publié dans « Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time. Subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings », in G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, *op. cit.*, note 282, p. 374, par. 12.

⁴⁵⁰ M. Nolte était en tout cas de même avis : « This opinion of the IMO Sub -Division of Legal Affairs seems to be based on the assumption that a 'subsequent agreement' in the sense of Art 31(3)(a) VCLT is or should be binding 'as a treaty, or an amendment thereto' (at para 8). This assumption is, however, erroneous », in *ibid.*, p. 374.

⁴⁵¹ V. France, Cour d'appel de Rennes, 2^e ch., 25 mai 2004, *FIPOL (Erika)*, préc., note 90. V. aussi *supra*, chapitre 1, par. 56 et s.

circonscrire et préciser ce cas de figure par rapport aux précédents : le traité en cause n'est pas le traité institutif de l'organisation internationale, ni un traité auquel l'organisation serait partie. Le droit institutionnel objet du renvoi n'est pas un produit dérivé du traité dans lequel s'insère la clause de renvoi et n'a donc pas vocation à intervenir dans l'interprétation de celui-ci⁴⁵². La clause de renvoi a toutefois pour effet de mettre en relation des instruments juridiques autrement indifférents l'un à l'autre, en l'occurrence un acte conventionnel et un ou plusieurs actes institutionnels⁴⁵³.

243. Selon le *Dictionnaire Salmon de droit international public*, le renvoi constitue une « [t]echnique de formulation de textes juridiques consistant à se référer expressément à d'autres textes juridiques, sans les reproduire »⁴⁵⁴. Ce dictionnaire n'envisage que le renvoi explicite, qui identifie avec précision l'acte objet du renvoi. Il existe toutefois des cas où la clause de renvoi fait référence à des principes et des standards vaguement désignés, dont le contenu est ensuite précisé par le droit institutionnel adopté par une organisation ayant compétence dans le domaine en question. Un dernier mécanisme de renvoi, très subsidiaire cette fois-ci, est celui résultant de l'article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui permet de prendre en considération, aux fins de l'interprétation d'un traité, « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Ce principe d'interprétation systémique a été indûment appelé *intégration* systémique par certains analystes⁴⁵⁵. Ce terme est en effet fort trompeur, car les liens que l'interprète tisse entre la convention à interpréter et les autres normes prises en considération sont distendus et aléatoires.

⁴⁵² V. les hypothèses envisagées dans § 1 (*supra*, pars. 199 et s.)

⁴⁵³ Le phénomène des renvois inter-conventionnels a été étudié par M. Forteau, « Les renvois inter-conventionnels », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 71-104. Nombre de ses conclusions, fort nuancées d'ailleurs, relatives aux effets des renvois s'appliquent toutefois aux renvois au droit institutionnel.

⁴⁵⁴ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 971.

⁴⁵⁵ CDI, *Fragmentation du Droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la CDI, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, CDI 58^e session, doc. A/CN.4/L.682, 13 avr. 2006, (rapport Koskenniemi), pp. 2225-264 ; J. d'Aspremont, « The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts : Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order », in O. K. Fauchald et A. Nollkaemper (dir.), *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 141-165 ; C. McLachlan, « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, vol. 54, n° 2, 2005, pp. 279-319.

A. Les renvois au droit institutionnel par certains instruments obligatoires

1. Renvois ayant pour effet de rendre l'acte institutionnel opposable aux États parties

244. Plusieurs exemples de renvois conventionnels au droit institutionnel existent aujourd'hui. Pour n'en citer que quelques-uns :

- l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires renvoie, dans plusieurs de ses dispositions⁴⁵⁶, aux normes adoptées par la Commission du *Codex alimentarius*⁴⁵⁷ ;
- les articles 21 et 211 de la Convention de Montego-Bay se réfèrent à « des règles ou des normes internationales généralement acceptées ». Sur cette base, les recommandations de l'IMO peuvent être prises en considération⁴⁵⁸ ;
- sur ce modèle, des instruments indéniablement obligatoires comme les décisions du Conseil de sécurité renvoient à des recommandations du GAFI⁴⁵⁹ ou de l'AIEA⁴⁶⁰.

245. Toutefois, les cas de renvois pris en considération par la jurisprudence interne sont parcimonieux. Aucun des renvois énumérés au paragraphe précédent n'a été appliqué par la jurisprudence interne. Si ces actes recommandatoires sont éventuellement pris en

⁴⁵⁶ Art. 3 §4 et 12 §3.

⁴⁵⁷ La Commission du *Codex Alimentarius* a été créée en 1963 par la FAO et l'OMS, pour adopter des normes alimentaires, des lignes directrices et des codes d'usages internationaux et harmonisés visant à protéger la santé des consommateurs et à assurer des pratiques loyales dans le commerce des aliments. La valeur de ce renvoi a été discutée dans plusieurs des rapports de l'ORD : *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, rapport de l'Organe d'appel, 16 janv. 1998, WTIDS26/ABIR, WTIDS481ABIR, pars. 160-166 ; *Communautés européennes - Désignation commerciale des sardines*, AB-2002-3, Rapport de l'Organe d'appel, 26 sept. 2002, WT/DS231/AB/R, pars. 219-226. V. égal. OMC, *États-Unis – Mesures concernant l'essence ancienne et nouvelle formules*, Rapport de l'Organe d'appel, 29 avr. 1996, WT/DS2/AB/R, p. 16 ; OMC, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, rapport du groupe spécial, 29 sept. 2006, WT/DS291/R Add.4, WT/DS292/R, WT/DS293/R, pars. 66 et 130. V. J. Cazala, « Le rôle du *soft law* dans l'interprétation du droit international », *Analele Universitatii Titu Maiorescu - Seria Drept*, vol. VIII, Bucarest, Editura Universitatii Titu Maiorescu, 2009, pp. 42-53 ; v. égal. M. Forteau, « Les renvois inter-conventionnels », *op. cit.*, note 453, pp. 96 et s.

⁴⁵⁸ C. Tomuschat parle à ce propos de « legislation by reference » (Ch. Tomuschat, « Obligations Arising for States without or against their Will », *op. cit.*, note 153, pp. 348-352.

⁴⁵⁹ Rés. 1617 (2005) du 29 juil. 2005, par. 7 : « Engage vivement tous les États Membres à appliquer les normes internationales détaillées que constituent les 40 recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) et les neuf recommandations spéciales du GAFI sur le financement du terrorisme ». V. aussi, L. De Lima, J. A. Farah, « Le Groupe d'Action Financière (GAFI) et sa 'liste noire' : punir sans juger ? », *op. cit.*, note 31.

⁴⁶⁰ Rés. 1737 (2006) du 23 déc. 2006 ; v. J. E. Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, *op. cit.*, note 339, p. 231, à propos de la rés. 1540 (2004), du 28 avr. 2004.

considération par les juges internes, c'est en raison de leur incorporation par l'ordre juridique du for⁴⁶¹. Plusieurs obstacles s'interposent entre le renvoi et son application par le juge interne : d'abord, l'acte-objet du renvoi est dépendant du statut interne du traité matrice. Ainsi, dans l'ordre de l'UE, les accords de l'OMC sont dépourvus d'effet direct⁴⁶². Les chances que le juge en vienne à discuter de l'application d'une clause de l'accord sur les mesures sanitaires sont donc illusoire. Ensuite, les effets de ces clauses de renvoi sur la force normative de l'acte recommandatoire sont incertains. Certains auteurs affirment qu'elles rendent contraignante la norme objet du renvoi⁴⁶³, alors que d'autres soulignent que :

« Le renvoi opéré par le droit de l'OMC à ces normes extérieures n'a aucune influence sur la nature juridique de ces normes. Ce qui n'est pas obligatoire à l'extérieur de l'organisation (sauf manifestation de volonté des États) ne le sera pas plus à l'intérieur. »⁴⁶⁴

246. Certes, tout est question d'interprétation de la clause de renvoi⁴⁶⁵. Mais, comme proposition générale, il paraît difficile d'accepter qu'un renvoi entraîne une novation de la valeur normative d'un acte qui a un fondement et une vie juridique indépendants du traité matrice du renvoi. Il serait plus exact de considérer que le renvoi a pour effet de rendre opposable l'acte institutionnel recommandatoire aux États parties au traité matrice, et dans une certaine mesure seulement – cette mesure étant donnée par la formulation de la clause⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ V. *inter alia*, pour les recommandations du GAFI, CJUE, 25 avr. 2013, *Jyske Bank Gibraltar Ltd c. Administración del Estado*, aff. C-212/11, non publié ; *Codex alimentarius* : CJCE, 22 sept. 1988, *Ministère public c. Gérard Deserbais*, aff. 286/86, *Rec.*, 1988, p. 4907 ; 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, aff. 178/84 ; *Rec.*, 1987, p. 1227 ; 4 juin 1992, *Procédure pénale contre Michel Debus*, aff. jtes. 13/91 et 113/91, *Rec.*, 1992, I-3617 ; 17 juil. 2008, *cp-Pharma Handels GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-448/06, *Rec.*, 2008, p. I-5685 ; 9 sept. 2003, *Monsanto Agricultura Italia SpA et a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri et a.*, aff. C-236/01, *Rec.*, 2003, p. I-8105 ; France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 4 nov. 2008, n° 08-80618, inédit au *Bulletin* (à propos du *Codex alimentarius*).

⁴⁶² V. A. Miron, « Les actes unilatéraux des organisations internationales (hors les résolutions du Conseil de sécurité) », *op. cit.*, note 410.

⁴⁶³ M. Forteau, « Les renvois inter-conventionnels », *op. cit.*, note 453, p. 96. V. aussi A. Boyle, « Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law », *op. cit.*, note 110, p. 906.

⁴⁶⁴ J. Cazala, « Le rôle du *soft law* dans l'interprétation du droit international », *op. cit.*, note 457, p. 52.

⁴⁶⁵ De ce point de vue, les clauses de renvoi sont similaires aux clauses parapluie dans les traités d'investissement. Leurs effets sont variables en fonction de la formulation de la clause. Selon la définition donnée par le Professeur I. Fadlallah, par clause parapluie (*umbrella clause*) il faut entendre « une clause du traité engageant l'État à respecter toutes ses obligations (sous-entendu : mêmes contractuelles) envers l'investisseur » (I. Fadlallah, « La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? », in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, pp. 210-211. Pour une étude fouillée, v. O. Danic, *L'émergence d'un droit international des investissements Contributions des traités bilatéraux d'investissements et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse de doctorat, Droit international public, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, vol. I, spéc. pp. 252-268.

⁴⁶⁶ V. *mutatis mutandis*, CIJ, 20 avr. 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *Rec.*, 2010, spéc. pp. 45-46, par. 62.

2. *Renvois ayant pour effet de rendre opposable une situation objective*

247. Plus courants sont les exemples de renvoi aux activités opérationnelles d'une agence des Nations Unies, investie de compétences fonctionnelles à l'égard de certaines catégories de personnes (réfugiés ou apatrides pour le HCR ou l'UNRWA) ou de compétences d'administration territoriale (à l'instar de la MINUK pour le Kosovo). Dans le cadre de leurs missions, ces agences adoptent des actes à effet interne, afin d'organiser leurs propres activités, et délivrent des actes à portée individuelle (comme les certificats de réfugié par le HCR). La valeur de ces actes peut être discutée par les juridictions internes à l'occasion de l'interprétation de conventions qui renvoient aux activités de ces agences.

248. Ainsi, la convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides prévoit dans son article 1^{er} : « Cette convention ne sera pas applicable : i) aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, tant qu'elles bénéficieront de ladite protection ou de ladite assistance »⁴⁶⁷. L'UNRWA est l'organisme visé, sans être directement nommé, par cette disposition⁴⁶⁸.

249. Un arrêt édifiant – surtout s'il est lu en conjonction avec les conclusions encore plus édifiantes de la commissaire du gouvernement, M^{lle} C. Verot – est celui du Conseil d'État français du 22 novembre 2006, dans l'affaire *Abdelhafiz c. OFPRA*⁴⁶⁹, relatif aux réfugiés palestiniens. Il se prête à plusieurs remarques :

- *primo*, le Conseil d'État interprète et applique l'article 1^{er} de la Convention de 1954 sur les apatrides ; le problème juridique est en effet de savoir si une personne qui ne réside plus dans la zone d'intervention de l'UNRWA doit être regardée comme ne bénéficiant plus de la protection de cette agence (et relève ainsi de la protection de la Convention).
- *secundo*, il met au visa de son arrêt la résolution n° 302 (IV) de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 8 décembre 1949 créant l'UNRWA ; c'est un indice de la force

⁴⁶⁷ Une clause similaire a été introduite à l'article 1, Section A, paragraphe 2 de la convention de Genève du 28 juil. 1951 relative au statut des réfugiés.

⁴⁶⁸ C'est la conclusion à laquelle est arrivée C. Verot, Commissaire du gouvernement, concls. sur Conseil d'État, 22 nov. 2006, *Abdelhafiz c. OFPRA*, n° 277373, *AJDA*, n° 2, 15 janv. 2007, pp. 91-95) : « Un point ne souffre pas de doutes : les deux clauses d'exclusion visent bien les réfugiés palestiniens bénéficiant de l'assistance de l'UNRWA. Ces deux clauses ont en effet été rédigées pour les réfugiés palestiniens, elles n'ont d'ailleurs jamais concerné que ces réfugiés-là ».

⁴⁶⁹ Conseil d'État, 22 nov. 2006, *Abdelhafiz c. OFPRA*, n° 277373, *Lebon*, n° 5, nov. 2007, p. 481.

normative de la résolution. Elle constitue en effet la base juridique pour les activités opérationnelles de l'agence. L'effet juridique de cette résolution va au-delà de la valeur de l'*instrumentum*. C'est un exemple remarquable de création d'une situation objective opposable *erga omnes*.

- *tertio*, les juridictions françaises doivent tenir compte des actes de l'UNRWA qui établissent l'étendue de sa compétence. Ainsi, M^{lle} C. Verot, commissaire du gouvernement dans cette affaire, précise : « L'UNRWA a défini elle-même les personnes susceptibles de bénéficier de ses programmes d'assistance. Cette définition, précisée en 1993, couvre les personnes qui résidaient en Palestine entre le 1^{er} juin 1946 et le 15 mai 1948, qui ont perdu leur foyer et leurs moyens de subsistance à la suite du conflit de 1948. La définition couvre aussi les descendants de la lignée masculine »⁴⁷⁰. C'est un exemple remarquable d'effets externes d'actes institutionnels à portée interne⁴⁷¹.
- *quarto*, faute de jurisprudence et pratique internationale au sujet de l'application de la Convention sur les apatrides, la commissaire du gouvernement s'est référée à l'interprétation donnée sur le plan international de la disposition analogue dans la Convention sur les réfugiés⁴⁷². Pour ce faire, elle a consulté le manuel du HCR, dont elle a relevé l'ambiguïté⁴⁷³, mais aussi la pratique d'autres États parties, ainsi que de l'Union européenne. Par conséquent, elle a proposé la solution la plus en conformité avec cette pratique, mais également avec le but de la clause d'exclusion, interprété à l'aune de la situation actuelle des réfugiés palestiniens. C'est un exemple remarquable d'interprétation systémique⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ Concls. C. Verot, Commissaire du gouvernement, dans l'aff. *Abdelhafiz c. OFPRA*, préc., note 468.

⁴⁷¹ V. J. E. Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, *op. cit.*, *op. cit.*, note 339, p. 122.

⁴⁷² V. *supra*, note 467.

⁴⁷³ Concls. C. Verot, préc., note 468.

⁴⁷⁴ Sur l'interprétation systémique, v. *infra*, pars. 260 et s. La CJUE est arrivée à une interprétation similaire de la clause analogue de la Convention de Genève de 1951 (v. *supra*, note 467), avec cette nuance importante que si la personne en cause a volontairement quitté la zone de protection de l'UNRWA, elle relevait de la clause d'exclusion du statut de réfugié (v. CJUE ; Grde. Ch., 19 déc. 2012, *Mostafa Abed El Karem El Kott et a. c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, aff. C-364/11. Il faut préciser que la juridiction européenne interprétait en l'espèce la directive 2004/83, dont certaines dispositions renvoyaient à la Convention de Genève. Le but de cette directive étant l'application harmonisée de la Convention de Genève dans les États membres v. *infra*, pars. 258 et s.

3. *Renvois ayant pour effet de rendre un acte institutionnel opposable aux personnes privées*

250. Un autre exemple de renvoi conventionnel que les juridictions internes ont eu à connaître est l'article 1F (c) de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, qui prévoit :

« F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. »

251. Comme une juridiction autrichienne l'a souligné, le problème avec ce renvoi est double : elle tient à la fois au caractère très général des buts et des principes des Nations Unies, dont l'application à des cas concrets supposent une interprétation de la Charte, et au fait que, par le biais du renvoi, ces principes deviennent opposables aux individus qui se réclament de la protection de la Convention, alors qu'en principe, ils sont destinés à régir les rapports entre États :

*« The Charter of the United Nations contains principles of an extremely heterogeneous nature, which cannot always be easily reconciled and whose harmonization is even more problematic where the original addressee of the norm, namely the State, must be replaced by a citizen. »*⁴⁷⁵

252. Par conséquent, les recommandations de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité ont été utilisées moins pour l'identification desdits principes, que pour la détermination des catégories d'actes qui seraient des agissements contraires aux principes. Il en résulte que des résolutions des Nations Unies deviennent indirectement opposables aux personnes physiques qui invoquent la Convention⁴⁷⁶. Dès lors, dussent-elles avoir agi à l'encontre de ces résolutions, elles seront considérées comme relevant de la clause d'exclusion de la Convention de Genève.

253. Suivant ce raisonnement, les juridictions autrichiennes ont exclu du bénéfice de la Convention Georg K., un des leaders de la résistance armée germanophone au Tyrol du Sud, qui avait d'ailleurs été condamné par les juridictions pénales pour la pose de bombes. Le juge

⁴⁷⁵ Autriche, Cour administrative, 16 mai 1972, *Georg K v. Ministère de l'intérieur*, aff. n° Zl. 185/72, *ILR*, vol. 71, p. 290.

⁴⁷⁶ En ce sens, Canada, Cour suprême, 4 juin 1998, *Pushpanathan*, préc., note 420, pars. 131-132.

administratif a considéré qu'il avait agi à l'encontre de la résolution 1497 (XV) de l'Assemblée générale⁴⁷⁷ dans la mesure où celle-ci recommandait à l'Autriche et à l'Italie de régler le problème de la minorité germanophone au Tyrol du Sud par des négociations. Et la Cour d'apprécier que :

« The situation of the German-speaking inhabitants of South Tyrol had given rise to an international dispute between Austria and Italy. The Resolution of the General Assembly of the United Nations of 31 October 1960 not only stated this fact but also recommended that the parties involved should try to solve their differences on the basis of negotiations, by requesting the intervention of the International Court of Justice or by other peaceful means, and that the parties concerned should abstain from any action which might harm their amicable relations. »

In the light of the purposes and principles of the United Nations as well as the aforementioned Resolution, any action involving the use of force and aimed at influencing the dispute between Austria and Italy regarding the situation of the German-speaking population in South Tyrol was to be considered as contrary to the purposes and principles of the United Nations. »⁴⁷⁸

254. La jurisprudence interne a quelque peu évolué sur ce point. Si, dans l'affaire *Georg K.*, les juridictions internes ont fait elles-mêmes une application *in casu* de la résolution, les décisions judiciaires les plus récentes visent à repérer dans les résolutions onusiennes des déclarations formelles que certaines catégories d'actes ont qualifiées d'« agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies ».

255. La position de principe de la Cour suprême du Canada est de considérer que si ces résolutions reflètent un consensus international (donc si elles n'ont pas été adoptées avec des oppositions notables), la qualification qu'elles opèrent est décisive aux fins de l'application de la Convention :

« Premièrement, lorsqu'un accord international généralement accepté ou une résolution des NU déclare explicitement que certains agissements sont contraires aux buts et aux principes des NU, cela constitue une forte indication que ces agissements sont visés par la section Fc) de l'article premier. Lorsque de telles déclarations ou résolutions représentent un consensus raisonnable de la communauté internationale, il convient de considérer pareille désignation comme décisive. »⁴⁷⁹

« À l'occasion, l'Organisation des Nations Unies a elle-même déclaré expressément qu'une activité donnée était contraire à ses buts et à ses principes. En pareil cas, selon

⁴⁷⁷ AGNU, rés. 1497 (XV) du 31 oct. 1960, *Le statut de l'élément de langue allemande dans la province de Bolzano (Bozen) ; application de l'accord de Paris du 5 septembre 1946*, doc. A/RES/1497(XV). Au sujet du problème des minorités au Tyrol du sud, v. A. Fenet, *La fin du litige italo-autrichien sur le Haut-Adige/Tyrol du Sud*, AFDI, vol. 39, 1993, pp. 357-376.

⁴⁷⁸ Autriche, Cour administrative, 16 mai 1972, *Georg K v. Ministère de l'intérieur*, préc., note 475, p. 287.

⁴⁷⁹ Canada, Cour suprême, 4 juin 1998, *Pushpanathan*, préc., *supra*, note 420, par. 66.

la portée juridique de la déclaration, le tribunal national peut être tenu de conclure que l'acte est contraire aux buts et aux principes des Nations Unies ou, à tout le moins, être convaincu qu'il convient de tirer une telle conclusion. »⁴⁸⁰

256. *A contrario*, s'il n'existe pas de résolutions qui déclarent le trafic de stupéfiants comme un agissement contraire aux buts et principes des Nations Unies, la Cour peut conclure qu'une personne condamnée pour ce genre de faits ne relève pas de cette clause d'exclusion. À l'exception du Juge Cory, dissident, la majorité de la Cour a considéré que des résolutions « relatives à la lutte contre le trafic de la drogue [qui] font toutes état d'une vive préoccupation à l'égard du problème et condamnent ceux qui en assurent la continuité et la progression »⁴⁸¹ ne suffisent pas. Une qualification expresse « d'agissements contraires... » est en effet requise par la jurisprudence interne.

257. Sur cette base, les résolutions visant les actes terroristes sont régulièrement mises en avant par nombre de juridictions internes⁴⁸². La résolution 1373 (2001) du CSNU⁴⁸³ est constamment invoquée en relation avec l'article 1F(c) de la Convention de Genève. Pour n'en donner qu'un exemple venant des juridictions françaises :

« [D]e tels agissements^[484] constituent des actes contraires aux buts et principes des Nations unies, au sens de la Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations unies du 28 septembre 2001, adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies, laquelle énonce dans son paragraphe 5 que 'les actes, méthodes et pratiques du terrorisme sont contraires aux buts et aux principes de l'Organisation des Nations unies et que le financement et l'organisation d'actes de terrorisme ou l'incitation à de tels actes en connaissance de cause sont également contraires aux buts et principes de l'Organisation des Nations unies'. »⁴⁸⁵

⁴⁸⁰ *Ibid.*, par. 120.

⁴⁸¹ *Ibid.* par. 116 (juge Cory).

⁴⁸² Dans sa rés. 51/210 du 16 janv. 1997, l'Assemblée générale note « que la Convention relative au statut des réfugiés, faite à Genève le 28 juil. 1951, ne peut être invoquée pour protéger les auteurs d'actes de terrorisme, notant également dans ce contexte les articles 1, 2, 32 et 33 de la Convention, et soulignant à cet égard qu'il est nécessaire que les États parties appliquent convenablement la Convention », doc. A/RES/51/210. V. aussi la résolution 64/118 AGNU, du 16 déc. 2009, *Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, doc. A/RES/64/118.

⁴⁸³ Rés. CSNU 1373 (2001), du 28 sept. 2001, doc. S/RES/1373 (2001), dont le dispositif, au point 5 : « Déclare que les actes, méthodes et pratiques du terrorisme sont contraires aux buts et aux principes de l'Organisation des Nations Unies et que le financement et l'organisation d'actes de terrorisme ou l'incitation à de tels actes en connaissance de cause sont également contraires aux buts et principes de l'Organisation des Nations Unies ; »

⁴⁸⁴ La juridiction française reprochait au demandeur des liens avec la mouvance *Al Qaida* (CNDA, 21 avr. 2011, *M. R.*, n° 10014066 C+). Certaines décisions marquantes de la CNDA, dont celle-ci en fait partie, sont réunies dans le recueil *Trente ans de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État sur l'asile*, disponible en ligne : <http://www.cnda.fr/actualites/trente-ans-de-jurisprudence-de-la-cnda-et-du-conseil-d-etat-sur-l-asile.html>).

⁴⁸⁵ France, CNDA, 21 avr. 2011, *M. R.*, *ibid.* ; v. aussi CNDA SR, 27 juin 2008, *M. M.*, n° 07014895/611731 R, *in ibid.*

258. Les juridictions internes s'en remettent donc aux instances des Nations Unies pour la précision des « agissements contraires aux buts et principes de l'organisation ». Il est en effet logique que ces institutions soient considérées comme le mieux placées pour préciser à la fois les principes qui guident leurs activités et les catégories d'actes qui violent ces principes, surtout lorsque ceux-ci sont appelés à évoluer dans le temps. Car, comme le notait la Cour suprême du Canada, « [l]e sens donné à des termes tels 'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies' devrait pouvoir suivre l'évolution du droit international »⁴⁸⁶. Toutefois, les juridictions internes se réservent le pouvoir d'apprécier *in concreto* si une personne a effectivement agi à l'encontre de ces résolutions. C'est ce qui résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne :

« 86 [II] importe de relever que l'article 12, paragraphe 2, sous b) et c), de la directive, comme d'ailleurs l'article 1^{er}, section F, sous b) et c), de la convention de Genève, ne permet d'exclure une personne du statut de réfugié que lorsqu'il y a 'des raisons sérieuses' de penser [...] qu'[elle] s'est rendu[e] coupable' d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies.

87 Il ressort du libellé desdites dispositions de la directive que l'autorité compétente de l'État membre concerné ne peut les appliquer qu'après avoir procédé, pour chaque cas individuel, à une évaluation des faits précis dont elle a connaissance en vue de déterminer s'il existe des raisons sérieuses de penser que les actes commis par l'intéressé, qui remplit par ailleurs les critères pour obtenir le statut de réfugié, relèvent de l'un de ces deux cas d'exclusion. »⁴⁸⁷

259. Il résulte que l'inscription d'une personne sur une liste terroriste du Conseil de sécurité ne vaut pas preuve irréfutable que ladite personne a agi à l'encontre des résolutions. Cette solution s'impose à plusieurs égards. C'est d'abord une question de compétence : le Conseil de sécurité n'est pas un agent d'application de la Convention de Genève ; c'est l'État d'accueil des réfugiés – et notamment ses juges nationaux – qui garde la compétence de l'appréciation. C'est ensuite une question d'appréciation des preuves, or, en la matière, les ordres internes gardent une liberté inaltérée⁴⁸⁸. C'est finalement une question de finalité des

Dans d'autres États, toujours faisant référence à la rés. 1373 (2001), v. Nouvelle Zélande, Cour d'appel, 30 sept. 2004, *The Attorney-General v. Ahmed Zaoui And Ors*, préc., *supra*, note 325, par. 164 p. 365 ; Pays-Bas, Cour du District de la Haye, 17 mai 2013, *Applicants 1, 2, 3 and 4 v. The Secretary of State for Security and Justice*, préc., *supra*, note 433 ; CJUE, Grde. Ch., 9 nov. 2010, *Bundesrepublik Deutschland c. B*, aff. jtes. C-57/09 et C-101/09, *Rec.*, 2010, p. I-10979, pars. 82-83.

⁴⁸⁶ Canada, Cour suprême, 4 juin 1998, *Pushpanathan*, préc., note 420, par. 128.

⁴⁸⁷ CJUE, (grande ch.), 9 nov. 2010, *Bundesrepublik Deutschland c. B*, préc., note 485, pars. 86-87.

⁴⁸⁸ Même dans les rapports entre l'ordre de l'UE et ceux des ordres nationaux, l'appréciation des preuves relève du principe de l'autonomie procédurale des États (v. U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes... », *op. cit.*, note 257, pp. 778-779 ; A. Vandepoorter, « L'application communautaire des décisions du Conseil de sécurité », *AFDI*, vol. 52, 2006,

listes terroristes : la vocation affichée des listes terroristes est de prévenir le financement du terrorisme⁴⁸⁹ et non de statuer sur la qualité de réfugié. Le Conseil de sécurité peut donc préciser les critères d'application de la clause d'exclusion, mais n'atteint pas le pouvoir d'appréciation des juges ; il peut influencer le contenu de la règle conventionnelle, mais non sa mise en œuvre.

B. Le renvoi interprétatif aux principes de droit international de l'article 31, paragraphe 3 (c), de la Convention de Vienne

260. L'article 31, paragraphe 3 (c), de la Convention de Vienne prévoit que, aux fins de l'interprétation d'un traité,

« 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

[...]

c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. »

Le rapport du groupe de travail de la CDI sur la fragmentation du droit international désigne ce principe comme étant celui de « l'intégration systémique »⁴⁹⁰, et considère qu'à sa faveur, « les obligations internationales sont interprétées par référence à leur milieu normatif ('système') »⁴⁹¹. Le mot « intégration » est toutefois mal choisi, car il tend à accréditer l'idée que les règles à prendre en compte à ce titre deviendraient, par ce biais, partie du traité à interpréter⁴⁹². Mais il n'en est rien ! Les liens qui se créent – ou plutôt que l'interprète tisse – entre les diverses règles internationales, en application de ce principe, sont à la fois très souples et très contingents. Puisque la finalité du principe est de situer un traité « dans son milieu normatif »⁴⁹³, ce que dénote d'ailleurs le mot « systémique », l'expression, plus modeste, d'« interprétation systémique » sera préférée.

p. 113 ; D. Bethlehem, « The European Union », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A Comparative Study*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 152.

⁴⁸⁹ V. A. Miron, « Les 'sanctions ciblées' du Conseil de sécurité des Nations Unies. Réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de sécurité », *RMCUE*, n° 529, 2009, pp. 355-366.

⁴⁹⁰ CDI, *Fragmentation du Droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, (rapport Koskenniemi), *op. cit.*, *supra*, note 455, par. 413.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² Le Dictionnaire Salmon définit l'intégration comme une « opération tendant à faire entrer un élément extérieur dans une entité dont il devient une partie indissociable. » (*op. cit.*, note 454, p. 590).

⁴⁹³ *Rapport Koskenniemi*, *op. cit.*, note 455, par. 423. C. McLachlan considère toutefois que le principe d'interprétation systémique a une valeur constitutionnelle (assure la cohérence du système juridique international) ; cette fonction potentielle est indéniable, mais la pratique ne l'utilise pas assez pour que cette noble fonction soit remplie (« The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *op. cit.*, note 455).

261. Rien n'est moins aisé à déterminer que le poids de ce renvoi dans le processus exégétique ; comme le rapport sur la fragmentation le montre, la variété de ses occurrences jurisprudentielles n'a d'égale que la diversité de ses fonctions interprétatives⁴⁹⁴. D'une manière générale, la fonction de l'interprétation systémique est d'éviter les conflits entre normes parentes issues de plusieurs internationaux⁴⁹⁵. On tient également pour établi qu'il remplit la fonction d'une simple méthode d'interprétation, à la fois supplétive – il n'intervient que lorsque le traité lui-même ne règle pas la question⁴⁹⁶ – et subsidiaire (ou confirmative), car son usage a pour but de confirmer un sens révélé par d'autres moyens d'interprétation.

262. L'objectif de cette sous-section n'est ni de résumer les tendances de la jurisprudence internationale, ni d'énumérer les rares situations où le principe a été expressément invoqué par la jurisprudence interne⁴⁹⁷. On se limitera à énumérer les cas où la philosophie derrière ce principe, à savoir la prise en compte de l'environnement normatif, a conduit le juge interne à faire référence au droit institutionnel.

263. Le juge interne se réfère aux actes institutionnels recommandatoires pour l'interprétation d'une norme conventionnelle s'il décèle une parenté formelle entre ces actes ou bien une parenté conceptuelle ou matérielle.

264. La parenté formelle peut être mise en évidence par l'histoire de la négociation du traité à interpréter. Ainsi, au Japon, la cour du district de Tokushima a considéré que la Convention européenne des droits de l'homme a inspiré le Pacte sur les droits civils et politiques de 1966 ; à ce titre, elle a donc pris en considération la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour l'interprétation du Pacte :

« In 1996, the Tokushima District Court explained the rationale of the courts' referring to judgments of the European Court of Human Rights in interpreting the ICCPR as follows. A draft Covenant was used as a model in the drafting of the European Convention on Human Rights (ECHR). One cannot assume that the same

⁴⁹⁴ *Rapport Koskenniemi, op. cit.*, note 455, pars. 433-460.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, pars. 2 et 4. V. aussi H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014, pp. 132-133.

⁴⁹⁶ « Toute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit international commun pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente » (sentence arbitrale, 19 oct. 1928, *Georges Pinson (France) c. Mexique, RSA*, vol. V, 1928, p. 422) ; nous soulignons). De la même manière, la CIJ a considéré que l'effet du renvoi ne peut être de priver d'effet une des clauses du traité à interpréter : v. CIJ, 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), Rec.*, 2008, p. 219, par. 114.

⁴⁹⁷ Japon, Cour du District de Tokushima, 15 mars 1996, *Hanreijihō*, 1597, p. 115, cité dans I. Iwasawa, « The Domestic Impact of International Human Rights Standards : the Japanese Experience », *op. cit.*, *supra*, note 447, p. 260.

*interpretation is always valid under the ICCPR, since the contracting parties to the ECHR form only a part of the states parties to the ICCPR. However, as a 'relevant rule of international law applicable in the relations between the parties' within the meaning of article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a judgment of the European Court of Human Rights has certain weight in interpreting the ICCPR. »*⁴⁹⁸

265. La parenté formelle est également établie si la convention à interpréter s'inspire d'un modèle de convention adopté par l'organisation dont le droit institutionnel est pris en compte. Il en est ainsi des conventions fiscales bilatérales, basées sur les modèles de conventions fiscales adoptées par l'OCDE. L'organisation a pour pratique d'adopter non seulement des modèles de conventions, mais également des commentaires⁴⁹⁹ sur l'interprétation de ces modèles. Ces commentaires sont en outre régulièrement mis à jour, à la suite des observations reçues par l'OCDE de la part des groupes intéressés⁵⁰⁰. Toutefois, la jurisprudence française a souligné, en toute logique, que les commentaires ne font pas partie des travaux préparatoires des conventions bilatérales, *a fortiori* s'ils ont été adoptés ultérieurement à la convention⁵⁰¹.

266. La jurisprudence interne n'est toutefois pas uniforme sur les conditions dans lesquelles ces actes sont pris en considération aux fins de l'interprétation. La jurisprudence française considère qu'il n'est pas suffisant d'établir que la convention bilatérale a été rédigée en fonction du modèle de convention. Pour que les commentaires soient pris en considération, encore faut-il établir l'intention des parties à la convention bilatérale de tenir compte de ces commentaires, surtout dans l'hypothèse où une interprétation évolutive, en fonction des modifications intervenues dans les commentaires, est envisagée :

« Considérant, en troisième lieu, que le ministre soutient que la clause de non-discrimination ne s'applique pas aux personnes morales à but non lucratif en se référant au paragraphe 6 des commentaires de l'OCDE sur le modèle de convention

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 115, réformé par la Haute Cour de Takamatsu, 25 nov. 1997, *Hanreijihō*, 1653, p. 117, reproduit in *JAIL (devenu JYBIL)*, n° 41, 1998, p. 87.

⁴⁹⁹ Il s'agit de recommandations adoptées sur la base de l'article (5 (b) de la Constitution de l'OCDE. V. N. Blokker, « Skating on Thin Ice ? On the Law of International Organizations and the Legal Nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention » , in S. Douma and F. Engelen (dir.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam, IBFD, 2008, pp. 17-18 (sur la procédure d'adoption et la valeur juridique intrinsèque de ces actes) et pp. 21-25 (sur les rapports entre la convention-modèle et les commentaires).

⁵⁰⁰ La force normative de ces actes a fait l'objet d'une étude collective, dont le fil conducteur est précisément le principe d'interprétation systémique : v. S. Douma et F. Engelen, « General Introduction », in S. Douma and F. Engelen (dir.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, *ibid.*, pp. 1-2.

⁵⁰¹ France, Cour administrative d'appel de Paris, 6 déc. 2007, n° 07PA01717, inédit au *Lebon*, disponible sur *Legifrance* : <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriAdmin.do>. V. aussi F. Engelen, « How 'Acquiescence' and 'Estoppel' Can Operate to the Effect that the States Parties to a Tax Treaty Are Legally Bound to Interpret the Treaty in Accordance with the Commentaries on the OECD Model Tax Convention », in S. Douma and F. Engelen (dir.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, *ibid.*, p. 82.

fiscale [...] ; que, toutefois, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'intention des parties à la convention fiscale franco-néerlandaise aurait été de donner aux stipulations de l'article 25 de ladite convention la portée résultant de ces commentaires supplémentaires ; qu'enfin le ministre ne saurait, en tout état de cause, invoquer les dispositions du paragraphe 8 de ces commentaires, qui sont postérieures auxdites stipulations. »⁵⁰²

267. La jurisprudence canadienne quant à elle est plus libérale : après avoir établi que les principes d'interprétation des traités permettent la prise en considération de documents extrinsèques, et que le modèle de l'OCDE était à la base de la convention bilatérale en cause, la Cour suprême a pris en considération automatiquement et sans plus de justifications les commentaires :

« Je passe maintenant à une autre série de documents extrinsèques, à d'autres conventions fiscales internationales et à leurs modèles généraux, pour illustrer et clarifier les intentions des parties à la Convention Canada [...] Suivant les art. 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [...], on peut recourir à ce genre de documents extrinsèques pour interpréter des documents internationaux comme les conventions fiscales. [...]

Comme l'a signalé la Cour d'appel, ce modèle, reconnu mondialement comme un document de référence fondamental aux fins de la négociation, de l'application et de l'interprétation de conventions fiscales bilatérales ou multilatérales, a servi de base à la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts (1980).

Les commentaires relatifs au Modèle de convention de l'OCDE de même que les auteurs indiquent qu'en général les lois nationales des États contractants ont recours à la résidence pour créer un 'assujettissement intégral à l'impôt'. »⁵⁰³

268. Les cas de parenté matérielle sont en pratique très fréquents : il est aujourd'hui courant qu'une multitude d'actes internationaux traitent des mêmes questions juridiques. Les références à ces autres actes sont en revanche rarissimes, et n'interviennent que si le juge interne entend donner une interprétation uniforme de la norme internationale ou encore confirmer l'interprétation qu'il a déjà avancée par une série de textes internationaux et ancrer

⁵⁰² France, Cour administrative d'appel de Paris, 6 déc. 2007, n° 07PA01717, *ibid.* V. aussi Conseil d'État, 20 juin 2003, n° 224407, *Sté Interhome AG, Lebon* p. 271 ; et Cour administrative d'appel de Paris, 2 févr. 2007, n° 05PA02361, *Sté Zimmer ltd*, inédit au *Lebon*. Sur ces commentaires, v. OCDE, Comité des Affaires fiscales, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, version abrégée, du 17 juil. 2008, disponible à l'adresse : <http://fiscus.fgov.be/interfafznl/fr/downloads/ocde.pdf>. V. aussi K. Vogel, « The influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation », *Bulletin for International Taxation*, vol. 54, n° 12, 2000, spéc. pp. 612-616.

⁵⁰³ Canada, Cour suprême, 22 juin 1995, *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, n° 23940, *Rec.* 1995, 2 S.C.R. 802, pars. 55-57, disponible en ligne : <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/fr/item/1271/index.do>. Pour d'autres exemples de jurisprudence, v. E. Alkema, « The Commentaries to the OECD Model Tax Convention on Income and Capital – Effective in Domestic Law or in Need of Alternatives ? », in S. Douma and F. Engelen (dir.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, *op. cit.*, note 499, p. 180.

ainsi sa solution dans l'universel et dans le présent juridique⁵⁰⁴. Cette dernière explication peut être illustrée par un arrêt de la Cour suprême fédérale suisse, saisie de la question de savoir si le crime de trafic de personnes est constitué en cas de consentement d'une prostituée à travailler dans les conditions imposées par le souteneur. La Cour a interprété la Convention internationale relative à la répression de la traite des femmes majeures de 1933⁵⁰⁵ à la lumière du système normatif d'aujourd'hui. Elle s'est donc livrée à une analyse des diverses dispositions pertinentes du droit international, parmi lesquelles une série de résolutions et actes de l'Union européenne (Parlement et Conseil) et du Conseil de l'Europe, ainsi que des conventions des Nations Unies⁵⁰⁶, pour conclure que le consentement donné dans des conditions d'indigence n'était pas valide.

269. La Cour de justice de l'UE offre également un exemple d'interprétation systémique : s'agissant de l'interprétation de l'article 22, paragraphe 2, de la Convention de 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, et notamment pour établir que les termes « dommages » et « préjudice » sont synonymes, la Cour s'est référé aux Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État de 2001 :

« La convention de Montréal ne contenant aucune définition des termes 'préjudice' et 'dommage', il convient d'emblée de souligner que, eu égard à l'objet de ladite convention, qui est d'unifier les règles relatives au transport aérien international, ces termes doivent recevoir une interprétation uniforme et autonome, nonobstant les sens différents donnés à ces concepts dans les droits internes des États parties à cette convention. (...)

Enfin, en vue de préciser le sens ordinaire à donner aux termes 'préjudice' et 'dommage' en application de la règle d'interprétation évoquée au point 23 du présent arrêt, il convient de rappeler qu'il existe bien une notion de dommage, d'origine non conventionnelle, commune à tous les sous-systèmes de droit international. Ainsi, selon l'article 31, paragraphe 2, des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, élaborés par la Commission du droit international des Nations Unies et dont l'Assemblée générale de ladite organisation a pris note par sa résolution 56/83 en date du 12 décembre 2001, '[l]e préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral [...]'. »⁵⁰⁷

270. Il ne faut pas conclure de ces exemples que l'interprétation systémique soit également systématique ou décisive⁵⁰⁸. En effet, la meilleure preuve du contraire est le fait que, même en

⁵⁰⁴ V. aussi *supra*, pars. 234 et s.

⁵⁰⁵ Convention internationale de Genève relative à la répression de la traite des femmes majeures, 11 oct. 1933 (entrée en vigueur : 24 août 1934), *RTNU*, vol. 150, p. 431 (LoN-3476).

⁵⁰⁶ Suisse, Tribunal fédéral, 29 avr. 2002, *Estratto della sentenza della Corte di cassazione penale nella causa Ministero pubblico del Cantone Ticino contro A. e B.*, BGE (ATF) 128 IV 117, *ILDC* 347 (CH 2002), par. 4 b).

⁵⁰⁷ CJUE, 6 mai 2010, *Axel Walz c. Clickair SA*, aff. C-63/09, *Rec.*, 2010, p. I -4257, pars. 21 et 27.

⁵⁰⁸ V. aussi *supra*, pars. 242 et s.

cas de parenté formelle, les juges peuvent s'écarter de l'acception établie pas les textes institutionnels⁵⁰⁹.

Conclusion du Titre 1

271. « En droit international plus encore que dans les autres branches du droit, l'application effective d'un instrument juridique ne dépend guère de son appartenance au droit dur ou au droit souple »⁵¹⁰, dit l'Étude annuelle 2013 du Conseil d'État français. Il en va *a fortiori* ainsi lorsque c'est le juge interne qui détermine la force normative des actes institutionnels. En effet, les juridictions internes manifestent des réticences à se prononcer sur la valeur obligatoire d'un acte institutionnel, en raison notamment des nuances dont les traités constitutifs accompagnent la reconnaissance d'un pouvoir décisionnel propre au chef des organes institutionnels. Hormis les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, dont la valeur obligatoire est aujourd'hui acquise sur le plan international, certitude qui se reflète dans sa reconnaissance par les juges internes, les autres actes institutionnels sont placés par les juridictions internes dans un flou juridique, où le droit dur et la *soft law* s'entremêlent. En toute hypothèse, les juges internes ne se hasardent pas à préciser où se situe la frontière entre les deux. Ils évitent ainsi soigneusement de se prononcer d'une manière trop définitive à la fois sur le fondement de la normativité des actes institutionnels, sur les critères applicables pour mesurer la portée de cette normativité, mais aussi sur les justifications de son opposabilité à l'État de for. Certes, on a pu rencontrer des prononcés isolés qui identifient le traité constitutif comme le fondement et la jauge de la force normative des actes institutionnels et l'engagement institutionnel de l'État comme fondement de son opposabilité. Ces prononcés sont toutefois peu nombreux et leurs appréciations apparaissent d'une manière trop incidente pour que l'on puisse en tirer des conclusions trop définitives. Dès lors, la reconnaissance, par les juges internes, de l'autonomie du droit institutionnel en tant que source formelle de droit international est principalement le résultat d'un raisonnement par exclusion – celle du droit institutionnel de la catégorie des traités – et par extrapolation – à partir des quelques références jurisprudentielles au traité constitutif comme fondement de la normativité, de la qualité de membre de l'organisation comme source d'opposabilité. Selon ce raisonnement, que le droit institutionnel engendre ou non des obligations contraignantes à la

⁵⁰⁹ V. *supra*, par. 265 et notes 501 et 502.

⁵¹⁰ Conseil d'État, *Droit souple*, *op. cit.*, note 118, p. 24.

charge de l'État (ou de l'UE) n'est pas un facteur décisif pour l'appréciation de sa force normative.

272. Dans une certaine mesure, cette supposition est vraie. En effet, après avoir contourné cette question existentielle pour l'esprit juridique classique, le juge interne se montre beaucoup plus ouvert à la reconnaissance, au droit institutionnel, d'une force normative auxiliaire. Cette force résulte de l'interaction avec les autres sources formelles du droit international : le droit institutionnel est, d'une part, un des instruments privilégiés de preuve de l'existence et de la consistance des normes coutumières, et il constitue, d'autre part, un moyen privilégié d'interprétation des traités, au premier rang desquels le traité constitutif de l'organisation. L'abondance surprenante des décisions internes qui font état de ces enchevêtrements normatifs n'a d'égale que la paucité de la jurisprudence portant sur la valeur normative du droit institutionnel, ce qui confirme la préférence des juges-interprètes pour les actes qui ne contraignent pas leur office interprétatif, mais le confortent. Puisque la plupart du temps le juge interne ne se prononce pas ouvertement sur la valeur obligatoire du droit institutionnel, il n'est pas étonnant que, dans le cadre des interactions normatives, il prenne en compte indifféremment des actes obligatoires et non obligatoires. En revanche, lorsque le caractère obligatoire s'impose à lui, il ne manquera de mettre en exergue les conditions de reconnaissance de l'efficacité du droit institutionnel, telles qu'elles sont posées par l'ordre juridique du for.

TITRE 2. L'efficacité du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes

1. Après l'appréciation de la force normative des actes institutionnels, donc de leur qualification en tant que source formelle du droit international, il convient de s'intéresser à la seconde dimension de leur portée normative, en prenant la mesure de leur reconnaissance dans et par les ordres juridiques internes. Celle-ci passe par « l'adaptation du droit interne au droit international, [qui] apparaît comme l'une des principales techniques d'exécution du droit international »¹. On a pu remarquer à ce sujet que :

« Longtemps parent pauvre de l'analyse doctrinale, la mise en œuvre constitue aujourd'hui l'un des défis principaux du droit international, et plus spécifiquement du droit des organisations internationales, du fait de l'attention accrue portée à l'effectivité des normes et actions internationales après une période davantage centrée sur l'édification de l'ordre juridique international. »²

En raison des connotations matérielles qu'ils comportent, aux termes d'« exécution » et « mise en œuvre » on préfère ici celui d'« efficacité » du droit institutionnel. Evelyne Lagrange, qui a utilisé le terme dans l'intitulé de son cours à l'Académie de droit international, le définit comme étant « l'aptitude des normes internationales à produire (...) les effets de droit voulus par les auteurs de la norme »³. Toutefois, du point de vue de l'ordre interne, qui est celui retenu pour cette étude, l'efficacité apparaît moins comme une aptitude inhérente au droit institutionnel ou commandé par l'ordre international, qu'une série de conditions posées par l'ordre interne à la reconnaissance des effets de droit voulus par les auteurs de la norme. À cet égard, « efficacité » est une alternative à l'utilisation du terme « validité », habituellement employé par la doctrine pour rendre compte de ce phénomène.

¹ C. Santulli, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 213. Le terme « exécution » renvoie dans ce contexte à l'adoption par les États de toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre du droit international, qu'elles soient normatives ou matérielles.

² P. Jacob, « La mise en œuvre des normes et opérations de l'organisation internationale », in E. Lagrange et J.-M. Sorel, (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2014, p. 862.

³ E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2011, p. 277. Il convient de distinguer l'*efficacité*, qui est une aptitude abstraite de la norme internationale à produire les effets de droit voulus par ses auteurs, de son *effectivité*, qui se vérifie dans l'ordre du réel, du concret, par le degré d'obéissance des sujets auxquels la norme s'adresse (v. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, sous « effectivité », p. 411 : « Caractère de ce qui existe en fait »). Cette mise en garde s'impose d'autant plus que de nombreux auteurs, dont Kelsen et Hart, utilisent le vocable « efficacité » pour désigner l'effectivité de la norme (v. Kelsen, *Théorie pure de droit*, trad. de la 2^e éd. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, rééd. LGDJ, 1999, p. 280 et H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 131).

2. En effet, en prolongation de la conception hartienne, qui voit dans la validité une des figures de la règle de reconnaissance⁴, nombre d'auteurs considèrent que déterminer le statut interne du droit international revient à poser les conditions selon lesquelles une norme (source) internationale est valide dans l'ordre interne⁵. Toutefois, on peut considérer avec le professeur Verhoeven que le terme est inapproprié⁶ et que celui d'efficacité convient mieux. Cette clarification conceptuelle s'impose plus encore dans le contexte d'une étude sur le droit dérivé des organisations internationales, qui doit son existence, sa validité, au traité constitutif. En effet, il est préférable de réserver le concept de validité à la question de savoir si l'acte est régulièrement entré dans son ordre juridique d'origine, en conformité avec les règles de fond, forme et compétence qui régissent son édicition⁷.

3. L'adoption par l'organe international n'entraîne pas l'efficacité immédiate du droit dérivé dans l'ordre interne : en effet, un acte institutionnel ne produira tous les effets recherchés par son auteur qu'à travers son incorporation par l'ordre du for (Chapitre 3). Est-ce dire pour autant que tous les systèmes analysés sont en fait dualistes dans leurs rapports avec le droit institutionnel ? L'introduction de cette étude a déjà mis en évidence le fait que la distinction entre les systèmes monistes et dualistes est sujette à caution : d'abord, parce qu'elle ne rend pas compte de la diversité des sources internationales à laquelle correspond une diversité de mécanismes de réception. Ensuite, parce qu'elle ignore les nuances des solutions dégagées au sein d'un même ordre juridique à l'égard de la même source formelle internationale. Et finalement, parce que la distinction entre les systèmes de tradition moniste et dualiste n'est guère décisive pour rendre compte des modalités de reconnaissance du droit institutionnel. La conclusion serait trop rapide et, du reste, inconforme à l'esprit du dualisme, selon lequel « *rules which are not created within the system may nevertheless be relevant for*

⁴ « Dire qu'une règle donnée est valide c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance et qu'elle constitue ainsi une règle du système. Nous pouvons même dire simplement que le jugement selon lequel une règle particulière est valide signifie qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance » (H. L. A. Hart, *Concept de droit*, *op. cit.*, note 3, p. 122). Dans le même sens, O. Pfersmann, « Hiérarchie des normes », in D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 780.

⁵ V. M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010, pp. 144-145 ; A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, pp. 68 et 130.

⁶ « L'on dit fréquemment qu'étrangères à la validité internationale d'une règle, ces conditions en déterminent la validité interne. Le terme est inapproprié, qui paraît suggérer deux appréciations distinctes de validité soumises à des ordres juridiques différents ; seule est en cause l'*efficacité interne* d'une règle internationale (...). A défaut d'avoir été régulièrement introduite dans l'ordre interne, une règle internationale ne pourra y être appliquée ; elle n'en continuera pas moins de lier l'État, qui répondra, le cas échéant, de sa violation sans pouvoir exciper des dispositions de son droit national pour échapper à sa responsabilité. » (J. Verhoeven, « La notion d'*applicabilité directe* du droit international », *RBDI*, n° 2, 1980, p. 250).

⁷ La question de la validité-régularité fait l'objet du Titre 4.

the system if they are referred to by a rule included in the system »⁸. Selon cette logique, si une norme n'était pas reçue par l'ordre interne, les juges internes ne pourraient en connaître en tant que norme juridique. Certes, l'absence d'incorporation empêche la norme institutionnelle de constituer la norme de décision dans le procès, mais les décisions judiciaires internes illustrent de nombreuses circonstances où le droit institutionnel est pris en compte, non pas en tant que « fait juridique », mais bien dans sa dimension normative (Chapitre 4).

⁸ G. Gaja, « Dualism – a Review », in J. E. Nijman et A. Nollkaemper (dir.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, pp. 52-53.

Chapitre 3. L'incorporation du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes

4. Le clivage monisme/ dualisme ne permet pas d'expliquer le traitement interne du droit dérivé des organisations internationales de coopération⁹. La sémantique vient ici à la rescousse des analyses savantes. Sans tomber dans le nominalisme, il est quand même intéressant de noter que le terme de « réception », central aux analyses de Hans Triepel¹⁰ et de Dionisio Anzilotti¹¹, devenu de ce fait un concept-clé pour la compréhension de la vision dualiste des rapports de systèmes, cède progressivement le pas devant celui d'« incorporation », qui s'est imposé dans la pratique judiciaire (il est très majoritairement utilisé, que ce soit dans les États dits « monistes » ou « dualistes ») et dans les analyses doctrinales¹².

5. Même si son utilisation croissante n'est que le signe d'une mode terminologique, elle laisse néanmoins entrevoir un dépassement de la l'approche dogmatique des rapports de systèmes. En effet, il faut se rappeler que Heinrich Triepel avait rejeté le terme d'« incorporation » aux motifs que :

« On ne peut naturellement parler d'une réception du droit international par l'État *que si le contenu de la règle étatique correspond exactement au contenu de la règle juridique internationale. Toute modification du droit exclut la notion de réception juridique.* Il est impossible, bien qu'on le fasse très souvent, de désigner sous les appellations d'« acceptation », ou d'« appropriation » ou d'« incorporation » le procédé par lequel l'État, pour remplir des devoirs internationaux, édicte des règles correspondantes au droit international. Car le plus souvent ces règles sont des ordres

⁹ V. *supra*, Introduction, Section II, spéc. pars. 67 et s.

¹⁰ H. Triepel, *Droit international et droit interne*, Paris, Éditions de l'Université Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010, 448 p. ; et « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, vol. 1, 1923, pp. 73-122, *passim*.

¹¹ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, facsimilé, coll. « Les introuvables », 1999, 534 p., *passim*.

¹² À titre d'exemple, dans l'étude collective J. E. Nijman et A. Nollkaemper (dir.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, le terme de « réception » est utilisé sept fois, contre 38 fois pour « incorporation » et ses dérivés. Dans son cours à l'Académie de Droit international de La Haye, Paul de Visscher retient le même terme, « Les tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI*, vol. 80, 1952, pp. 511-578, *passim*. V. aussi D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, pp. 406-530 *passim*, où « incorporation » et « insertion » sont utilisés indifféremment. Dans son compendium de décisions illustrant les problèmes d'application du droit international par les juges britanniques, S. Fatima fait la même observation terminologique (*Using International Law in Domestic Courts*, Hart Publishing, 2005, p. 55).

adressées aux individus ; elles ne sont donc pas de pures reproductions de règles internationales. »¹³

Son objection contient en elle-même les raisons du succès actuel du concept d'incorporation : l'ordre international n'exige pas que l'ordre interne copie mot par mot ses dispositions. Il exige la *compatibilité* du droit interne avec le droit international, notion qu'il convient de distinguer de celle d'*uniformisation*. La réception uniforme n'est qu'exceptionnellement nécessaire¹⁴. Corrélativement, le droit international s'accommode bien de la séparation des ordres juridiques et il ne rechigne pas à faire appel aux ordres internes pour atteindre les personnes privées. L'incorporation participe ainsi de la réalisation des fonctions normatives du droit international.

6. Cette vision est à plus forte raison appropriée à l'égard du statut interne du droit institutionnel. Loin de s'imposer aux ordres internes, le droit institutionnel y fait appel pour sa mise en œuvre. Les actes dérivés des organisations internationales ne percent pas le voile étatique, pour atteindre directement les personnes privées. Du moins, n'affichent-ils pas une telle vocation. C'est probablement là une des conséquences de leur caractère unilatéral et du fait que leur entrée en vigueur s'affranchit du consentement spécial des États¹⁵. En effet, les actes institutionnels s'adressent aux États pour leur mise en œuvre et l'incorporation, loin d'être une reconnaissance forcée de la norme institutionnelle, est souvent une mesure requise par celle-ci. L'incorporation du droit institutionnel aux ordres internes revêt alors une double dimension : *adaptation* aux particularités de l'ordre de réception (Section I) et *exécution* normative de l'acte international (Section II). En effet, il ressort de l'étude de la jurisprudence d'États de tradition aussi bien moniste que dualiste que les juges internes se prononcent sur la nécessité d'incorporation des actes institutionnels sur la base de la théorie de l'effet direct, sans poursuivre la recherche d'un introuvable principe de réception (Section III).

Section I. L'incorporation vue comme adaptation au cadre constitutionnel interne

7. L'incorporation des actes institutionnels est une forme de transposition de ceux-ci dans les ordres internes. La transposition juridique est définie comme un rite de passage d'un

¹³ H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *op. cit.*, note 10, p. 97 (nous soulignons).

¹⁴ V. en ce sens, H. Raspail, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Dalloz, 2013, pp. 21-22.

¹⁵ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 78 et s.

ordre juridique à un autre. Dans le Dictionnaire Henri Capitant le terme désigne : « le passage d'un ordre de réglementation à un autre moyennant parfois certaines conditions de délais, d'adaptation, de réserves ». Comme le souligne Patrick Daillier, « [l']idée maîtresse qui se dégage (...) est donc celle du passage d'un ordre juridique à un autre, passage qui est réalisé au moyen d'une action positive ; il en ressort également que ce passage impose une adaptation qui, toutefois, doit être réalisée sans dénaturation »¹⁶.

8. À la faveur de son utilisation fréquente en liaison avec l'exécution interne des directives européennes¹⁷, le terme « transposition » s'est imposé dans le langage juridique européeniste. Sans faire l'objet d'une attention excessive, il est également utilisé par les internationalistes¹⁸. On s'en servira ici pour expliquer la nécessité d'incorporation du droit institutionnel. L'incorporation assure aux États la *liberté d'adaptation* du droit institutionnel, « de manière à ce que soient choisis, dans chaque État membre, les moyens et les formes les plus appropriés, les plus adaptés au contexte national, tant il est évident qu'il ne s'agira pas toujours des mêmes, selon les États membres. »¹⁹

9. L'utilisation du concept de transposition ne doit toutefois pas conduire à la conclusion très erronée que le droit dérivé des organisations universelles bénéficierait, dans l'ordre interne, du même statut que les directives européennes. La comparaison est permise, mais la confusion des statuts ne l'est pas. En effet, les directives, comme la plupart des actes dérivés de l'UE, sont des instruments normatifs d'intégration, alors qu'aucun des actes institutionnels envisagés dans le cadre de la présente étude n'est pourvu d'une telle finalité, simplement parce que les organisations internationales dont ils émanent sont des organisations de coopération. Même lorsque les actes institutionnels ont pour finalité l'harmonisation des droits internes (c'est l'exemple des standards de l'OACI, ou encore du *Codex alimentarius* – pour ne donner que deux exemples, l'un obligatoire, l'autre recommandatoire), celle-ci s'inscrit dans le cadre de la coopération internationale²⁰. En outre, et par voie de conséquence,

¹⁶ P. Daillier et C. Zolynski, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : qu'est-ce que la transposition ? », *Petites Affiches*, n° 205, 2008, p. 4, note de bas de page omise.

¹⁷ Même si la Cour de justice de l'UE a occasionnellement utilisé des termes comme « traduction » ou « introduction », ceux-ci étant sans doute trop chargés de résonances dualistes, celui de « transposition » s'est finalement imposé (v. G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Sirey, 10^e éd., 2012, p. 308).

¹⁸ V. par ex. au sujet des normes de l'OACI et de l'OMI, la thèse de B. Trigeaud, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II Panthéon-Assas, 2013, pp. 355 et s.

¹⁹ G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, note 17, p. 308.

²⁰ V. *infra*, par. 63 et s.

le régime juridique dont bénéficient les directives dans les ordres internes des États membres de l'Union européenne est difficilement applicable au droit institutionnel. D'abord, parce que sous l'impulsion de la Cour de Luxembourg, les directives européennes ont acquis un statut interne qui les rapprochent des règlements ; entre autres, elles sont directement applicables à défaut de transposition. Ceci n'est évidemment pas le cas du droit institutionnel, qui ne bénéficie ni d'une finalité ni d'un contexte institutionnel d'intégration. Ensuite, si la transposition des directives européennes est une obligation inconditionnelle de résultat, tel n'est pas le cas de toutes les normes institutionnelles formellement obligatoires : pour certaines, la transposition relève d'un choix d'opportunité de l'État membre. Les juges internes s'estiment mal outillés pour faire la distinction entre ces divers degrés d'obligatorité²¹.

10. L'adaptation du droit institutionnel à l'ordre juridique interne se fait dans un contexte où le clivage entre les systèmes de tradition moniste et ceux de tradition dualiste est de moins en moins tranché, où les concepts propres aux premiers circulent dans le second, et vice-versa (§ 1.). Dans les deux, l'incorporation est un principe qui traduit la séparation des pouvoirs au sein de l'État (§ 2.) et défend un château-fort du domaine réservé du Parlement : la matière pénale (§ 3.).

§ 1. Un dépassement des particularités constitutionnelles des États

11. Cela étant, que ce soit dans les systèmes de tradition dualiste ou moniste, la première démarche des juges est de vérifier si les conditions de reconnaissance (ou de réception) fixées par l'ordre juridique interne sont remplies²². Certes, les juges puisent dans leurs traditions juridiques respectives pour exhumer les fictions justificatrices. Les juges « dualistes » se réfèrent naturellement à l'exigence d'incorporation. Les juges de tradition « moniste »

²¹ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 64 et s.

²² Cette analyse se focalise sur le droit institutionnel, mais les principes sur lesquels elle se fonde ne s'y résument pas nécessairement. D'ailleurs bien auteurs considèrent que, face à une norme internationale, les juges internes se posent fondamentalement la même question (v. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Lextenso éd., 10^e éd., 2012, p. 182 : « Sont directement applicables en droit interne, sans que soient requises des normes internes intermédiaires qui en transposent les dispositions, les règles internationales qualifiées de « *self executing* » ou exécutoires par elles-mêmes. Mais cette formule baptise le problème sans le résoudre. Elle revêt en effet deux significations complémentaires. D'une part, les États liés par la règle doivent avoir eu l'intention de permettre un effet direct, qui doit en outre être rendu possible par les dispositions du droit interne. D'autre part, la règle en cause doit avoir un contenu suffisamment précis pour que l'intervention d'actes intermédiaires d'exécution soit inutile. »). V. aussi E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, note 3, pp. 382 et s.

devraient se fonder sur les dispositions constitutionnelles de réception du droit international. Rares sont cependant les constitutions qui prévoient des mécanismes de réception du droit institutionnel. Ce silence entraîne l'application de solutions jurisprudentielles relatives à la réception du droit conventionnel. Cependant, plutôt qu'appliquer par analogie la règle de l'incorporation automatique des dispositions conventionnelles, les juges retiennent de cette jurisprudence les limites qui s'opposent à l'efficacité immédiate de l'acte international. En effet, mêmes dans les ordres les plus monistes, le rôle de la jurisprudence a été d'introduire des conditions supplémentaires au principe constitutionnel de l'application immédiate des normes internationales, non prévues par les constitutions nationales. Tel est le rôle joué par la théorie de l'effet direct (ou de la nature *self-executing* de l'acte international). Conçue d'abord comme l'applicabilité, par un juge interne, de la norme internationale dans un contentieux impliquant des personnes privées²³, la théorie de l'effet direct a progressivement acquis une dimension systémique²⁴ et en est venue à se confondre avec le concept d'application immédiate (A.). Curieusement, on se retrouve des échos dans les ordres juridiques de tradition dualiste, ce qui travestit bien un dépassement de la dichotomie classique (B.).

A. Une confusion persistante entre effet direct et application immédiate

12. Les concepts d'« effet direct » et d'« application immédiate » sont hérités de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, laquelle n'est d'ailleurs pas étrangère à la confusion des genres. C'est le célèbre passage de l'avis *Compétence des tribunaux de Dantzig* qui a donné ses titres de noblesse internationalistes au concept d'applicabilité directe né dans la jurisprudence américaine²⁵. Loin toutefois de clarifier la notion, l'avis propage la confusion de celle-ci avec l'incorporation automatique. Le passage unanimement interprété comme reconnaissance de l'effet direct est le suivant :

« [O]n ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. »²⁶

²³ V. *infra*, pars. 44 et s.

²⁴ Pour une critique vigoureuse de cette tendance, v. L. Henkin, « Implementation and Compliance : Is Dualism Metastizing ? », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, vol. 91, 1997, pp. 515-518.

²⁵ V. États-Unis, Cour suprême, 9 mars 1829, *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pet.) 253 (1829). Au sujet de cette jurisprudence, v. B. Taxil, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1, 2007, pp. 160-161 ; pour une perspective historique sur la jurisprudence américaine relative aux traités *self-executing*, v. J. Paust, « Self-Executing Treaties », *AJIL*, n° 2, 1988, pp. 760-783.

²⁶ Avis du 3 mars 1928, série B, n° 15, pp. 17-18.

Le raisonnement n'est pourtant ni clair ni exempt de contradictions. Le texte lui-même semble renvoyer à l'incorporation législative ou réglementaire des dispositions conventionnelles intéressant les personnes privées, l'objet du traité étant, selon la Cour, « l'adoption *par les Parties* de règles... ». La Cour se référerait ainsi à l'engagement d'incorporer les règles conventionnelles dans l'ordre interne. Cette interprétation est confortée par la phrase antérieure, où la profession de foi dualiste est réaffirmée comme « un principe bien établi » :

« On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, (...) [un] accord international, ne peut, *comme tel*, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. »²⁷

Mais dans le paragraphe suivant, la Cour conclut que l'accord international régit directement les rapports entre l'administration de la ville libre de Dantzig et les fonctionnaires dantziens. Une seule interprétation permet de rendre intelligibles ces trois phrases qui s'enchaînent dans le raisonnement de la CPJI, celle qui considère l'effet direct comme un mécanisme de reconnaissance interne de la norme internationale²⁸.

13. Ainsi détournée, la théorie de l'effet direct en est venue à poursuivre la même finalité que la notion d'incorporation : elle contient les conditions de reconnaissance de l'acte international dans les ordres internes. L'évolution terminologique rend compte de ce détournement. De « l'effet direct », on est insensiblement passé à « l'applicabilité directe », pour glisser ensuite un peu plus vers « l'applicabilité immédiate », et ce malgré les différences qui séparaient à l'origine les trois concepts²⁹.

²⁷ *Ibid.*, p. 17. Cet extrait fait écho à la Consultation adressée au président du Conseil de la SDN par le Commissaire général de Pologne à Dantzig : « Si, cependant, comme il arrive souvent, on parle dans un traité des droits et des obligations de fonctionnaires et d'individus, il s'agit d'expressions inexactes car les individus ne sont pas sujets du droit international. Ces expressions, interprétées correctement, signifient que les États contractants s'engagent réciproquement à introduire dans leurs législations internes respectives des dispositions qui assurent, pour les individus visés par le traité, la jouissance de droits et la charge d'obligations dont parle le traité lui-même » (Série B, n° 15, p. 26).

²⁸ V. aussi C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, pp. 99-105.

²⁹ Si « applicabilité directe » et « effet direct » peuvent, à la limite, être considérés comme synonymes (v. en ce sens le *Dictionnaire* Salmon, sous « applicabilité directe »), ces termes ne renvoient pas à la même réalité que celui d'applicabilité *immédiate*, pourtant distinct à son origine : « Il est fréquent en doctrine et en jurisprudence de viser sous les termes d'applicabilité directe une dispense de ces conditions d'introduction. Telle n'est pourtant pas la signification originelle de pareille notion. C'est la raison pour laquelle, afin de prévenir toute confusion, il est préférable en pareil cas de parler d'*applicabilité immédiate* : est immédiatement applicable la règle internationale qui peut être appliquée par une autorité nationale sans être soumise à des formalités d'introduction qui en conditionnent l'efficacité interne. » (J. Verhoeven, « La notion d'« applicabilité » directe du droit international », *op. cit.*, note 6, p. 252 (italiques dans l'original)).

14. L'applicabilité immédiate concerne les conditions d'existence de la norme internationale dans les ordres internes ; elle est équivalente à l'incorporation automatique de l'acte international. Seul l'ordre interne peut dire si elle est permise ou non. L'effet direct est toutefois dépendant à la fois de l'intention des parties et de qualités objectives de l'acte international ; mais puisque c'est l'ordre interne qui apprécie leur existence, il est nécessairement amené à repenser et reformuler ces critères en fonction du contexte juridique qui lui est propre. Il n'en reste pas moins que les termes « effet direct » et « application immédiate » sont utilisés comme des vocables interchangeable, à la fois par la jurisprudence et par une partie de la doctrine³⁰ : la force de l'usage l'emporte ici sur la rigueur analytique. Puisque cette étude repose sur la pratique des juridictions internes, elle peut difficilement échapper à cette confusion terminologique. Au titre des conventions de langage, il faut donc tenir pour acquis que la théorie de l'effet direct se mue en une théorie de l'application immédiate.

15. Parce qu'elles sont autorisées à s'interroger sur l'effet direct, les juridictions des États dits « monistes » font de plus en plus référence à l'applicabilité immédiate, ou plus exactement à l'absence d'applicabilité immédiate. Elles postulent donc une exigence d'incorporation. La jurisprudence française s'analyse en effet sous cet angle. On laisse ici de côté la jurisprudence relative aux traités, pour se concentrer sur la jurisprudence relative au droit institutionnel, bien que celle-là eût nécessairement influencé celle-ci. Que ce soit les juridictions civiles ou administratives, les solutions se ressemblent. Ainsi,

- les juridictions civiles ont refusé l'applicabilité immédiate du Règlement sanitaire international, en arguant que :

« [L]e Règlement sanitaire international adopté par l'Organisation mondiale de la santé *n'est pas de plein droit applicable au droit interne des pays membres de ladite organisation* ; que pour ce faire, il était nécessaire que des mesures réglementaires interviennent dans chacun des pays signataires. »³¹

³⁰ V., par. ex., M. Beulay, « La mise en œuvre des 'smart sanctions' des Nations Unies par les États membres et la communauté européenne », *RMCUE*, n° 529, pp. 370-371 ; C. Deffigier, « L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *Revue critique de droit international privé*, Paris, vol. 90, n° 1, janv.-mars, 2001, pp. 43-84.

³¹ France, Cour d'appel de Paris, 18 nov. 1967, *Époux Pivert*, *RCDIP*, 1968, p. 442 (nous soulignons) et *AFDI*, vol. 14, 1968, p. 866 ; v. aussi *JDI*, 1968, p. 728, note P. Kahn.

- après avoir accepté, comme un postulat et sans discussion aucune, l'application immédiate des annexes de l'OACI³², la Cour de cassation s'en est repentie, en posant le postulat contraire³³ :

« [A]ttendu que les juges d'appel ont énoncé que ladite convention selon l'interprétation qui en a été donnée par le Ministère des affaires étrangères ne contient pas de disposition directement contraignantes pour les autorités douanières françaises et l'annexe 9 à cette convention n'est pas immédiatement applicable sur le territoire national. »³⁴

L'affaire *Males* a donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation : le premier du 29 juin 1972, par lequel la Cour a annulé l'arrêt de la Cour d'appel pour avoir omis de demander au Gouvernement l'interprétation de la Convention de Chicago³⁵. La Cour a considéré que l'applicabilité immédiate de l'annexe était une question d'interprétation de la Convention, qu'elle a renvoyée au Ministère des affaires étrangères. Le second, du 27 juin 1973³⁶, tire les conséquences de la réponse négative du Gouvernement au sujet de l'applicabilité immédiate. En l'espèce, c'est donc le Gouvernement qui a tranché la question de l'application immédiate³⁷. Mais, plus, largement, à partir de ce moment-là, la plus haute juridiction judiciaire a opéré un revirement de jurisprudence, en réaffirmant constamment l'absence d'effet direct/ applicabilité immédiate des annexes OACI.

- plus récemment, dans l'affaire *Dumez*³⁸, la Cour de cassation récidive dans l'utilisation d'une terminologie et d'un raisonnement purement dualiste : la « transposition » est un moyen de « rendre obligatoire » dans l'ordre interne les résolutions du Conseil de sécurité :

³² France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 8 nov. 1963, *Schreiber et Air France*, *Bulletin criminel* 1963, p. 666 (note de A. Kiss, *AFDI*, 1964, pp. 891-1892). V. aussi Cour de cassation, Ch. criminelle, 29 juin 1972, *Kamailpraimpna*, n° 71-91.821, *Bulletin criminel* n° 226, p. 591.

³³ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 29 juin 1972, *Males*, n° 71-91.981, *Bulletin criminel* n° 227, p. 595. Comme l'affaire *Schreiber*, l'affaire *Males* intéresse la compétence des autorités douanières françaises de contrôler les avions en transit, dont traite l'annexe 9. Si dans *Schreiber*, le juge a considéré irrégulière la saisie des diamants ainsi découverts, en raison de l'incompétence des autorités nationales à procéder à des contrôles systématiques, dans l'affaire *Males*, elle a considéré régulière la saisie du haschich et la condamnation du transporteur, bien que le contrôle concernât sur un vol en transit.

³⁴ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 27 juin 1973, *Males*, n° 73-90.057, *Bulletin criminel* n° 305, p. 73 (nous soulignons) ; égal. disponible sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

³⁵ Cour de cassation, Ch. criminelle, 29 juin 1972, *Males*, n° 71-91.981, *Bulletin criminel* n° 227, p. 595 ; notes de Ch. Rousseau, *RGDIP*, 1974, p. 536 ; de D. Rousseau, *JDI*, n°1, 1974, p. 142 ; de J.-F. Lachaume, *AFDI*, 1974, p. 974.

³⁶ Préc. note 34.

³⁷ V aussi A. Cassese, « Modern constitutions and International Law », *RCADI*, t. 192, 1985, p. 408.

³⁸ Cour de cassation, Ch. civile, 25 avr. 2006, *État irakien c/ Soc. Dumez GTM et autre*, n° 02-17.344, *Bulletin* n° 202, 2006-I, p. 178 ; v. commentaire de M. Devers, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître en 2015.

« Attendu que si les résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies s'imposent aux États membres, elles n'ont, en France, *pas d'effet direct tant que les prescriptions qu'elles édictent n'ont pas, en droit interne, été rendues obligatoires ou transposées* ; (...).

Attendu qu'en donnant *un effet direct et en interprétant ainsi les articles 16 et 17 de cette résolution 687 du Conseil de Sécurité du 3 avril 1991 comme l'arrêt l'a fait, alors, d'une part, que cette décision n'avait pas fait l'objet de mesures de transposition en droit interne (...)*, la cour d'appel a violé les principes et le texte susvisés. »³⁹

16. De fait, dans la jurisprudence française, le refus de reconnaissance de l'effet direct est devenu un prononcé d'absence d'applicabilité immédiate. Ronny Abraham, dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI* (1997), avait esquissé une distinction entre l'effet direct et les autres effets que pourrait engendrer dans l'ordre interne l'incorporation automatique du droit international :

« Prétendrait-on, enfin, que parce qu'elle n'est pas d'effet direct, la stipulation conventionnelle ne s'est pas du tout incorporée à l'ordre interne, et qu'elle est, par suite, insusceptible de produire, au sein de cet ordre, quelque effet juridique que ce soit ? On méconnaîtrait alors l'article 55 de la Constitution, et le caractère moniste du système d'articulation entre droit international et droit interne que cet article consacre. »⁴⁰

17. Or, le Conseil d'État n'a pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement sur ce point. Ce faisant, il a peut-être violé l'article 55 de la Constitution ; mais, si violation il y a, elle est aujourd'hui de droit⁴¹. Par le biais de la théorie de l'effet direct, les juges internes ont introduit les conditions de reconnaissance des actes internationaux qui sont autant de vecteurs d'interprétation de l'article 55 de la Constitution. Pour les actes institutionnels, ces conditions équivalent à une obligation d'incorporation.

18. C'est à juste titre qu'Evelyne Lagrange concluait que :

« La doctrine de l'applicabilité directe est (...) essentiellement une doctrine constitutionnelle, en un double sens : elle se forge dans le système constitutionnel de l'État et ce, eu égard aux équilibres internes entre les pouvoirs dans l'État pour une bonne part. »⁴²

³⁹ France, Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 25 avr. 2006, *Société Dumez*, n° 02-17344, *RGDIP*, vol. 110, n° 4, 2006, p. 950 (nous soulignons).

⁴⁰ Concls. R Abraham sous Conseil d'État, Ass., 29 juil. 1990, *GISTI*, n° 78519, *AJDA*, n° 9, sept. 1990, p. 621

⁴¹ Il convient toutefois de préciser que l'absence d'effet direct laisse place à d'autres formes d'invocabilité, même si elles ne sont pas aussi efficaces que celle envisagées par R. Abraham dans ses conclusions (v. *infra*, Chapitre 4, Section II, § 1, pars. 181 et s.).

⁴² E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *op. cit.*, note 3, pp. 381-382.

B. Le concept d'effet direct dans les systèmes « dualistes »

19. Les mêmes vocables se retrouvent dans les deux ordres juridiques pour désigner des concepts similaires. En effet, il est aussi courant de retrouver dans les jurisprudences des États dits « dualistes » des références au caractère *self-executing* de la norme institutionnelle que dans les États dits « moniste » des références à l'incorporation ou à la réception.

20. Ainsi, dans la décision *Ahmed and Others v. HM Treasury* de 2008⁴³, le juge d'appel britannique note que les dispositions de la Charte et les décisions du Conseil de sécurité n'ont pas d'*effet direct* dans l'ordre interne britannique :

« *It is correctly accepted that neither the provisions of the Charter nor those of any of the SCRs have direct effect in English law, unless or until they are enacted as part of domestic law or become part of it pursuant to an EU instrument with direct effect.* »⁴⁴

21. Il y a dans ce raisonnement une contradiction insoluble : si, dans l'absolu, la norme est susceptible d'être d'effet direct, donc d'être immédiatement invocable⁴⁵, cela n'a plus de sens d'en requérir l'incorporation ; inversement, si la norme doit nécessairement être incorporée, elle n'est plus susceptible d'être d'effet direct. L'effet direct et l'exigence inconditionnelle d'incorporation ne peuvent en principe pas coexister⁴⁶.

22. Cette confusion sur la portée de l'acte d'incorporation est mise en exergue par les arguments des demandeurs au pourvoi en cassation dans l'affaire *Ntawukulyayo*. Ceux-ci avaient argué devant la Cour de cassation française que la Loi n° 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil

⁴³ Plusieurs demandeurs ont soumis aux juridictions britanniques des demandes de radiation des listes terroristes. Dans cette affaire *Mohammed Jabar Ahmed*, dont la décision de la Cour d'appel a été confirmée par la Cour suprême, par un arrêt du 27 janv. 2010, certains demandeurs étaient inscrits sur les listes adoptées par le comité des sanctions 1267, alors que d'autres apparaissaient uniquement sur des listes internes britanniques. Cette affaire s'inscrit, à la fois par le raisonnement suivi et dans la solution adoptée, dans la lignée de l'arrêt *Kadi I* de la CJCE (Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351).

⁴⁴ Royaume-Uni, Cour d'appel, 30 oct. 2008, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2008] EWCA Civ 1187, par. 109 (nous soulignons) ; V. aussi Irlande, Cour suprême, 1^{er} mars 2002, *Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison*, ILDC 488 (IE 2002), par. 34; Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association Inc. v. Attorney-General*, [1997] 3 NZLR 269 (CA), *ILR*, vol. 120, p. 565.

⁴⁵ V. *infra*, Chapitre 3, pars. 82 et s. ; et Section II.

⁴⁶ Cette impossibilité de coexistence de l'exigence d'incorporation et de l'effet direct est soulignée par le Commissaire du gouvernement, F. Scanvic dans ses conclusions dans l'affaire *Bouilliez*, l'une des premières où le Conseil d'État a dû analyser les conditions de l'effet direct des conventions internationales : « Nous pensons (...) qu'une approche moniste n'est certainement pas suffisante pour autoriser l'invocation directe d'une convention par des citoyens, mais qu'elle est à tout le moins indispensable, la conception dualiste étant par essence ou par construction radicalement incompatible avec une telle possibilité. » (Concls. sous Conseil d'État, 29 janv. 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, *RFDA*, 1993 p. 794).

de sécurité des Nations Unies instituant le TPIR avait incorporé l'instrument au droit interne français, l'ayant ainsi rendu d'effet direct :

« [L]e juge français, saisi d'une demande de remise au Tribunal pénal international pour le Rwanda, a le pouvoir et le devoir de vérifier que les pièces qui lui sont transmises à cette fin sont conformes aux *statuts du tribunal, acte international incorporé au droit français par l'article 55 de la Constitution, et d'application directe en France par l'intermédiaire des lois du 22 mai 1996 et 2 janvier 1995.* »⁴⁷

La Cour n'ya pas fait droit, mais n'a pas non plus tenu à dissiper les confusions engendrées par ces arguments.

23. Il est tout aussi surprenant de voir, dans la très dualiste Italie la Cour de cassation s'interroger sur le caractère *self-executing* de la résolution 1546 du Conseil de sécurité⁴⁸, après que la Cour d'assises de Rome l'eût reconnue⁴⁹ ! C'est le débat créé par l'affaire *Lozano*, du nom d'un soldat américain en Irak qui avait tué un officier de renseignement italien et causé des blessures à un autre, ainsi qu'à un journaliste. Ces trois derniers escortaient un otage qui venait d'être libéré, et l'officier Lozano, les ayant pris pour des insurgés, avait fait feu sur leur convoi. Le débat sur le caractère *self-executing* de la résolution 1546 (2004) du Conseil de sécurité, qui organise la transition en Irak, après la période d'occupation, n'était pas essentiel au raisonnement, donc les conclusions de la Cour de cassation sont exprimées au conditionnel :

« *La prétendue nature self-executing ou non de la Résolution du Conseil de sécurité n° 1546 de 2004 dans l'ordre juridique italien est sans pertinence pour la question de la compétence [des juridictions italiennes], même si l'on doit noter que l'option négative semble préférable à la lumière de la pratique législative italienne qui requiert une norme d'adaptation interne, surtout si elle doit produire des effets indirects en matière pénale.* »⁵⁰

⁴⁷ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 7 mai 2008, *Dominique Ntawukuliyayo*, n° 08-81541, inédit (nous soulignons).

⁴⁸ Italie, Cour suprême de cassation, 24 juil. 2008, *Lozano*, n° 31171/2008, disponible en ligne : http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=36&level1=15246&level2=15248&level3=&textid=39923 (note A. Cassese, « The Italian Court of Cassation Misapprehends the Notion of War Crimes : the *Lozano* Case », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, p. 1077). La même interrogation, somme toute saugrenue pour un système qui se dit 'dualiste', a été posée à l'égard de la DUDH (v. *infra*, pars. 105 et note 194).

⁴⁹ La Cour d'appel avait affirmé que la rés. 1546 (2004), qui était selon elle *self-executing*, confirmait que seul l'État d'enrôlement avait compétence pour juger les crimes de ses soldats, en mission à l'étranger (v. note A. Cassese, *ibid.*, p. 1079).

⁵⁰ Italie, Cour suprême de cassation, *Lozano*, préc. note 48, p. 11 (nous soulignons). Notre traduction. Original : « *Donde l'irrelevanza, ai fini della controversa questione di giurisdizione, del problema attinente alla pretesa natura self-executing, o non, nell'ordinamento italiano della Risoluzione del consiglio sicurezza n. 1546 del 2004, pur dovendosi rilevare che l'opzione negativa sembra preferibile alla luce della prassi legislativa italiana che richiede una norma di adattamento interno, soprattutto se ne debbano conseguire effetti indiretti in materia penale.* » A. Cassese commentait à propos de ce paragraphe : « *The Court notes that the problem at issue renders moot the question of whether the Security Council resolution 1546 (2004)*

24. « Effet direct », « *self-executing* » dans les systèmes de tradition dualiste ; « transposition », « incorporation », « réception », dans les systèmes de tradition moniste : ce glissement terminologique n'est que le signe apparent d'une appréciation similaire de la problématique commune à tous les ordres juridiques internes qui est celle de la reconnaissance du droit institutionnel. Les mots véhiculent des concepts, l'utilisation fréquente des premiers permet la consolidation des derniers dans le milieu juridique d'accueil. Par ces références à des notions étrangères à leur tradition juridique, les systèmes dits « monistes » cherchent à préciser les conditions de réception des actes institutionnels, tandis que les systèmes dits « dualistes » ouvrent la voie à la possibilité pour les actes non incorporés de produire des effets juridiques dans les ordres internes.

25. Ces tendances démontrent qu'il n'y a ni réunion des ordres juridiques dans un ordre commun global, ni séparation étanche. Ni monisme pur, ni dualisme pur. On ne peut que souscrire au constat de James Crawford : « *Even if a state is constitutionally disposed to one approach, state practice demonstrates the concessions made to practical demands of interaction 'intermingling between national and international legal orders' continue to increase. Neither theory provides a satisfactory explanation for the practice of international and national courts in articulating the content and design of legal systems.* »⁵¹

§ 2. L'incorporation comme traduction de l'équilibre des pouvoirs au sein de l'État

26. Que ce soit dans les systèmes dualistes ou monistes, les parlements internes sont entièrement évincés de la phase d'adoption des actes institutionnels (A.), ce qui rend l'incorporation d'autant plus nécessaire, car elle apparaît comme un corrolaire indispensable pour la maîtrise de l'efficacité interne des obligations institutionnelles (B.).

was self-executing in Italy, although it rightly notes in passing, in an important obiter, that a negative answer is more appropriate. In its view, the legislative practice in Italy requires the passing of implementing legislation (...). » (A. Cassese, « The Italian Court of Cassation... », *op. cit.*, note 48, p. 1080).

⁵¹ J. Crawford, « Chance, Order, Change : The Course of International Law. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 365, 2013, notes de bas de page omises.

A. La séparation des pouvoirs à l'épreuve de l'adoption des actes institutionnels

27. L'exigence d'incorporation traduit la recherche permanente d'un point d'équilibre entre les pouvoirs dans l'État, en particulier entre le Parlement et l'Exécutif, mais aussi entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. À l'origine, l'incorporation législative avait pour but de préserver les principes constitutionnels de la souveraineté du Parlement et celui de la séparation des pouvoirs. Philip Sales et Joanne Clement ont résumé ces aspects constitutionnels dans une étude récente sur la jurisprudence britannique au sujet du droit international :

*« The primary principle is that of the sovereignty of Parliament in the making of laws. (...) [W]hatever may be the limits (if any) to parliamentary sovereignty and the democratic principle, there is little doubt that in the modern world, at least in the West, the democratic principle is in general terms the primary source of legitimacy for authoritative decision-making, particularly in making laws. (...) The second principle is that of the separation of powers, between the legislature, the executive and the courts. The legislature makes new laws and the executive governs within the framework created by those laws. It is established that the Crown (the executive) cannot change the law by the exercise of its prerogative powers. »*⁵²

Aujourd'hui encore, l'incorporation législative reste une traduction de la séparation des pouvoirs, bien que les analyses désincarnées des rapports entre les ordres juridiques aient eu pour effet de l'occulter. L'incorporation n'est pas un caprice de la rigueur formelle, ou une tentative de satisfaire des théories abstraites, mais un impératif lié aux conceptions du pouvoir dans un État de droit.

28. Une explication historique est à la base de l'exigence d'incorporation systématique des traités dans les pays de tradition dualiste comme le Royaume-Uni et d'autres pays du *Commonwealth*. Elle y est née à la suite de la reconnaissance de la compétence exclusive de la Couronne en matière de négociation et ratification des traités, bien que des réformes très récentes tendent à octroyer une place aux Parlements nationaux⁵³. À l'Exécutif donc le

⁵² P. Sales et J. Clement, « International Law in Domestic Courts : the Developing Framework », *The Law Quarterly Review*, vol. 124, pp. 389-390. Pour une étude comparative de la situation dans les pays de la *common law*, v. J. Harrington, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making : (Re-) establishing a Role for Parliament », *MacGill Law Journal*, vol. 50, n° 3, 2005, pp. 465-509. Pour une analyse convergente transversale, v. G. Sperduti, « Dualism and Monism : A Confrontation to be Overcome », *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 3, 1977, p. 38.

⁵³ V. au Royaume-Uni, *Constitutional Reform and Governance Act 2010 (Part 2)*, qui prévoit que les traités doivent être publiés et déposés au Parlement pendant 21 jours avant leur ratification. Chacune de deux chambres a le pouvoir de voter une résolution, *a priori* non contraignante pour le Gouvernement, pour exprimer son opposition à la ratification. Si une telle résolution est votée, le Gouvernement doit exposer les raisons qui le conduisent à envisager la ratification nonobstant l'opposition. Le Parlement a encore 21 jours pour voter une nouvelle résolution. Si elle est toujours négative, le Gouvernement doit de nouveau motiver,

domaine externe, au Parlement le pouvoir législatif interne. Si les champs matériels des deux devaient s'entrecroiser, les traités internationaux ne pouvaient se voir reconnaître effet dans les ordres internes que par la médiation du Parlement. Dans le droit international classique, ces hypothèses étaient rares. Les traités internationaux de l'époque classique, traitant le plus souvent des relations entre souverains, recevaient essentiellement exécution sur le plan international. La formulation jurisprudentielle du principe d'incorporation rend en effet compte du fait qu'il ne s'agit pas d'une ambition isolationniste, mais de l'impératif de préserver le pouvoir législatif :

« The main thrust of the appellants' argument is that aggression is indeed a crime in English domestic law. They point out that in Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria [1977] QB 529, 553-554 Lord Denning MR discussed the two rival schools of thought on the relationship between international law and domestic law: the one saying that the rules of international law as they exist from time to time are 'incorporated into English law automatically and considered to be part of English law unless they are in conflict with an Act of Parliament' and the other saying that they did not become part of English law unless adopted by 'the decisions of the judges, or by Act of Parliament, or long established custom'. Lord Denning preferred the former view. »⁵⁴

29. Ce même impératif de la séparation des pouvoirs transparaît dans la jurisprudence irlandaise :

« The Constitution establishes an unmistakable distinction between domestic and international law. The government has the exclusive prerogative of entering into agreements with other states. It may accept obligations under such agreements which are binding in international law. The Oireachtas, on the other hand, has the exclusive function of making laws for the state. These two exclusive competences are not incompatible. Where the government wishes the terms of an international agreement to have effect in domestic law, it may ask the Oireachtas to pass the necessary legislation. »⁵⁵

30. À l'opposé, dans la plupart des systèmes dits « monistes », le Parlement a un contrôle sur l'engagement étatique, dans la mesure où il est impliqué dans la procédure de ratification des traités, étant entendu que ce n'est pas toujours le cas. Pour leur part, les juges internes se montrent de plus en plus sourcilleux à défendre ces prérogatives constitutionnelles du Parlement. L'application directe du traité, sans la médiation d'un acte interne, est dès lors plus facilement envisageable.

et un nouveau délai de 21 jours commence à courir. Le processus peut ainsi se prolonger indéfiniment et le Parlement a le pouvoir d'empêcher la ratification (sur cette réforme, v. J. Barret, « *The United Kingdom and Parliamentary Scrutiny of Treaties : Recent Reforms* », *ICLQ*, vol. 60, n° 1, 2011, pp. 225-245).

⁵⁴ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 29 mars 2006, *R v. Jones and others*, [2006] UKHL 16, par. 57.

⁵⁵ Irlande, Cour suprême, 1^{er} mars 2002, *Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison*, (2002) 2 ILRM 81, *ILDC* 488 (IE 2002), par. 43.

31. Ces différences s'estompent dans le cas de la source institutionnelle : en effet, les parlements du Royaume-Uni ou celui de la France se retrouvent tout autant évincés l'un que l'autre du processus décisionnel. L'acte institutionnel entre en vigueur sans qu'à aucun moment de la procédure les parlements internes aient eu leur mot à dire. Comme le remarque Dan Sarooshi :

« *Conferrals by States of powers on international organizations often affect, arguably even undermine, the separation of powers within States, especially between the executive and legislative branches of government since it is the executive branch which represents the State in the organization when decisions are being made concerning the use of powers that may otherwise have been the prerogative of the legislature.* »⁵⁶

L'Exécutif est en effet seul compétent pour participer au processus décisionnel. En outre, lorsqu'ils sont obligatoires, les actes institutionnels s'imposent à l'État, dont le consentement n'est pas requis pour leur entrée en vigueur⁵⁷. Or, dans le cas des traités, l'expression du consentement à être lié est une des étapes importantes qui permet aux parlements et aux juges internes de vérifier la comptabilité du texte international avec les valeurs internes les plus importantes (en particulier, les valeurs constitutionnelles). Une fois cette étape éliminée, le contrôle devient impossible par principe.

32. D'ailleurs, ce n'est pas seulement le contrôle par le Parlement qui est ainsi évincé, mais aussi le contrôle par le juge, déclenché également par l'étape de la ratification⁵⁸. En effet, le juge interne n'a aucun moyen *a priori* de vérifier dans quelle mesure l'acte institutionnel interfère avec les compétences matérielles du Parlement⁵⁹ ou avec les valeurs

⁵⁶ D. Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, OUP, 2007, p. 15. Pour la France, v. V. Goessel-Le Bihan, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la V^e République*, Paris, Pedone, 1995, pp. 179-180.

⁵⁷ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 78 et s.

⁵⁸ En France, le juge administratif se reconnaît ainsi compétent pour contrôler le respect des prérogatives que l'article 53 de la Constitution octroie au Parlement (v. Conseil d'État, Ass., 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, *Lebon*, p. 484 et commentaire par O. Danic, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, op. cit., note 38 et Conseil d'État, Ass., 9 juil. 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n° 327663, *Lebon*, p. 268 et commentaire par S. Grosbon, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *ibid.*).

⁵⁹ Ainsi, en France, le vote dans le cadre du processus décisionnel est considéré comme un acte de gouvernement, insusceptible de contestation juridictionnelle. V. not. Conseil d'État, 14 mars 1948, *Société des Mines et fonderies de zinc de la Vieille Montagne*, *Lebon*, p. 164 ; Conseil d'État, 13 juil. 1979, *Coparex*, *AJDA*, 1980, p. 373 ; Conseil d'État, 23 nov. 1984, *Association Les Verts Parti Écologiste et autres*, *Lebon*, p. 382 ; Conseil d'État, Ass., 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, *Lebon*, p. 348) ; v. à cet égard, E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 335-337.

fondamentales de l'ordre juridique interne⁶⁰ ; ou, plus prosaïquement, s'il convient que l'État se prévale du droit de notification négative⁶¹.

33. Les mécanismes de contrôle *a priori* sont par conséquent tous désactivés dans le cas de l'acte institutionnel, et ce dans tous les ordres juridiques internes. L'acte s'impose à l'État du fait même de son adoption⁶², et l'intervention du Parlement apparaît comme dénuée de tout effet juridique. Le Conseil constitutionnel français⁶³ ou la Cour constitutionnelle allemande⁶⁴ ont déjà considéré que l'intervention du Parlement n'était nécessaire ni pour l'entrée en vigueur objective de l'acte, ni comme condition de son opposabilité à l'État.

34. Les conditions d'adoption de l'acte institutionnel sont donc telles que l'ordre interne n'a aucun contrôle sur son contenu, ou sur son opposabilité à l'État sur le plan international. On a pu dès lors très logiquement conclure que l'incorporation automatique, qui se réaliserait du seul fait de l'adoption de l'acte,

*« may open the door to international obligations that are wanting in terms of democracy, rule of law quality, and that may upset these values domestically. This holds particularly with respect to decisions of international organizations. »*⁶⁵

35. Pour cette raison, la théorie de l'effet direct vient dresser un écran de protection, ou « un bouclier », pour utiliser la métaphore imagée d'André Nollkaemper :

« Lack of influence in the process of lawmaking explains and justifies a continuing divide, and will encourage a cautious approach when states consider opening their legal orders for international law. Controlling the direct effect of international law serves useful societal purposes in an internationalized society where patterns of authority and control are sometimes difficult to grasp. In conjunction with other shielding principles, the direct effect doctrine can then mediate the effects of international obligations that are wanting in terms of democracy and rule of law

⁶⁰ Dans une décision qui critique ouvertement les mécanismes de sanctions ciblées mise en place au niveau onusien, le juge canadien estimait qu'ils donnent lieu à « un conflit entre les rôles que jouent l'Exécutif et le judiciaire. Il s'agit d'un conflit positif, qui découle du travail de mise en balance qu'il est nécessaire de faire dans une démocratie constitutionnelle respectant le concept de la primauté du droit. » (Canada, Cour fédérale, Ottawa, 4 juin 2009, *Aboufian Abdelrazik c. le Ministre des affaires étrangères et le Procureur général du Canada*, 2009 CF [580], disponible en ligne : <http://recueil.cmf.gc.ca/fra> ; pour une analyse, v. A. Tzanakopoulos, « United Nations Sanctions in Domestic Courts : From Interpretation to Defiance in *Abdelrazik v. Canada* », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n° 1, mars 2010, pp. 249-267).

⁶¹ À notre connaissance, il n'y a pas de jurisprudence qui oblige l'Exécutif à exercer le droit d'*opting out*.

⁶² L'entrée en vigueur de l'acte entraîne, on le rappelle, son opposabilité à l'État membre (v. *supra*, Chapitre 1, pars. 96 et s.).

⁶³ *Supra*, Chapitre 1, par. 107.

⁶⁴ *Supra*, Chapitre 1, par. 108.

⁶⁵ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 83 ; malgré ce *caveat*, A. Nollkaemper milite pour une incorporation automatique : « *much is to be gained, from a rule of law perspective, from making international law automatically part of national law.* » (*ibid.*, p. 84).

quality, and that may upset these values domestically. This holds particularly with respect to decisions of international organizations. »⁶⁶

36. Ces préoccupations sont présentes à l'esprit des juges : certains, comme ceux de la Grande Bretagne, ou de Singapour⁶⁷, s'appuyant sur une tradition jurisprudentielle séculaire, en font ouvertement état. D'autres, venant d'États où cette tradition fait défaut, comme la France, ne l'avouent pas directement, mais ce type de préoccupation n'en influence pas moins leurs décisions. La nécessité d'incorporation est dès lors constamment réaffirmée, soit très directement au nom des principes dualistes traditionnels, soit indirectement, par le biais de la réfutation constante de l'applicabilité immédiate de l'acte. À défaut de contrôle *a priori*, l'acte d'incorporation offre au juge un point d'attache pour exercer un contrôle *a posteriori*.

37. La jurisprudence française s'en tient à une approche strictement positiviste, où les solutions sont affirmées d'une manière péremptoire, sans être réellement explicitées ou motivées⁶⁸. Il est donc difficile de spéculer sur les motivations de politique judiciaire. En revanche, l'ordre américain est plus explicite. Historiquement, la théorie des traités *self-executing* a toujours été considérée comme un mécanisme lié à la séparation des pouvoirs, qu'elle soit verticale, entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, ou horizontale, entre les pouvoirs au niveau fédéral⁶⁹. L'adaptation de ce discours à la source institutionnelle s'est dès lors faite sans difficultés majeures.

38. D'une manière générale, le droit américain considère comme *self-executing* l'acte international qui peut être appliqué par les juges internes. Dans cette optique, est *non self-executing* l'acte qui s'adresse aux organes politiques pour assurer son exécution interne. Les juges américains excipent ainsi d'un des critères de l'effet direct, celui du destinataire des

⁶⁶ A. Nollkaemper, « The Duality of Direct Effect of International Law », *EJIL*, vol. 25, n° 1, 2014, p. 117, notes de bas de page omises.

⁶⁷ Dans une affaire où elle avait à déterminer le statut interne des rés. 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008) et 1929 (2010) du CSNU, la High Court avait appliqué la jurisprudence relative aux traités et apprécié que : « *By virtue of Art 38 of the Constitution of the Republic of Singapore (1985 Rev Ed, 1999 Reprint), the legislative power of Singapore is vested in the Legislature. It would be contrary to Art 38 to hold that treaties concluded by the Executive on behalf of Singapore are directly incorporated into Singapore law, because this would, in effect, confer upon the Executive the power to legislate through its power to make treaties. Accordingly, in order for a treaty to be implemented in Singapore law, its provisions must be enacted by the Legislature or by the Executive pursuant to authority delegated by the Legislature. In so far as a treaty is not implemented by primary or subsidiary legislation, it does not create independent rights, obligations, powers, or duties.* » (Singapour, High Court, 31 janv. 2011, *The Sahand case*, [2011] SGHC 27, *Singapore Law Reports*, vol. 2, 2011, p. 1108, par. 33 (nous soulignons)).

⁶⁸ V. *supra*, pars. 22 et s.

⁶⁹ V. A. E. Evans, « Some Aspects of the Problem of Self-Executing Treaties », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, vol. 45, 1951, pp. 66-75.

actes⁷⁰, pour défendre la conception constitutionnelle de la séparation des pouvoirs. Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*⁷¹ est encore plus explicite sur ces impératifs constitutionnels. Il précise les trois circonstances dans lesquelles l'application judiciaire est interdite :

« *An international agreement of the United States is 'non self-executing' :*
a) *if the agreement manifests an intention that it shall not become effective as domestic law without the enactment of implementing legislation,*
b) *if the Senate in giving consent to a treaty, or Congress by resolution, requires implementing legislation, or*
c) *if implementing legislation in constitutionally required. »*⁷²

Ce passage du *Restatement* se réfère au droit conventionnel, mais les conditions qu'il énumère sont généralement considérées comme applicables au droit institutionnel⁷³. D'ailleurs cette « codification » du *Restatement* tient compte de la jurisprudence relative aux résolutions du Conseil de sécurité, en particulier de la jurisprudence pionnière *Diggs v. Richardson*⁷⁴, qui a été la première à réfuter clairement le caractère exécutoire des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies.

39. Des trois facteurs énumérés par le *Restatement* et pris en compte par la jurisprudence, seul le premier est à déterminer sur la base de l'acte international lui-même ; les deux autres sont des questions de droit constitutionnel américain. Les juges choisissent entre l'un ou l'autre de ces critères pour qualifier l'acte de *non self-executing*, ou combinent, plus souvent, les trois dans un argument unique⁷⁵. Quelle que soit la démarche choisie, sa traduction en termes constitutionnels est ainsi résumée par Curtis Bradley :

⁷⁰ Sur ce critère et ses ramifications, v. *infra*, pars. 102 et s.

⁷¹ Ce n'est pas la place ici de tenter de comprendre la nature juridique et l'autorité de ce document édité par l'*American Law Institute*, qui se présente comme une œuvre de codification, bien qu'elle ne soit qu'un ouvrage doctrinal. Ce qui importe c'est que les juges américains y fassent constamment référence lorsqu'ils traitent de questions de droit international.

⁷² *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, § 111.4.

⁷³ Pour une application aux résolutions du Conseil de sécurité, v. États-Unis, Cour du District de New York, 17 mai 1995, *Smith v. Libya*, 886 F.Supp. 306, *ILR*, vol. 113, p. 61. Pour des décisions de la Conférence des États Parties à la Convention de Montréal, v. États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, *Natural Resources Defense Council v. Environmental Protection Agency*, 464 F.3d 1, 29 août 2006 (note J. H. Knox, *AJIL*, vol. 101, n° 2, 2007, pp. 471-477). Pour une analyse de la place des résolutions dans l'ordre juridique américain, v. L. Henkin, « Resolutions of International Organizations in American Courts », in F. Kalshoven, *Essays on the Development of the International Legal Order : In Memory of Haro F. van Panhuys*, Springer, 1980, pp. 199-211 ; A. R. Nafziger et E. M. Wise, « The Status in United States Law of Security Council Resolutions Under Chapter VII of the United Nations », *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, p. 424 .

⁷⁴ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 17 déc. 1976, *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848 (1976), *ILR*, vol. 95, p. 611.

⁷⁵ V. aussi *infra*, pars. 81 et s.

« [A]lthough the Constitution generally does not impose serious obstacles to U.S. participation in international institutions; some delegations of authority to such institutions can pose constitutional concerns. Many of these concerns can be avoided by treating the output of international institutions as ‘non-self-executing’ – that is, as not operating as judicially enforceable domestic law without some act of incorporation by the political branches. »⁷⁶

B. Le contrôle du Parlement sur l’incorporation par l’Exécutif

40. En pratique, les hypothèses les plus problématiques, du point de vue des rapports entre le Parlement et l’Exécutif, ne sont pas celles où l’acte institutionnel n’a pas été incorporé, mais celles où il a été incorporé par un acte de l’Exécutif. Ce sont d’ailleurs les hypothèses les plus fréquentes⁷⁷. Dès lors, la question n’est plus de savoir si l’acte institutionnel peut être efficace sans incorporation, mais si l’Exécutif, en prenant l’acte interne de transposition, a outrepassé ses pouvoirs constitutionnels.

41. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a estimé que l’acte de ratification permettait que l’État soit engagé sur le plan international par les décisions prises ultérieurement par les organes institutionnels, mais déployait également des effets sur le plan interne, dans la mesure où la ratification devient un ordre d’exécution (ou mise en œuvre des actes institutionnels), dont l’Exécutif a la charge :

« *The Consent Act to the NATO Treaty, which was enacted in accordance with Article 59.1(2) and Article 24.2 of the Basic Law, defines the integration programme of a system of mutual collective security. (...) By approving an Act that is the basis of the ratification of a treaty, the Bundestag and the Bundesrat, pursuant to Article 20.2 of the Basic Law, determine the scope of the Federal Republic of Germany’s commitment that is based on the treaty and assume political responsibility vis-à-vis the citizen for this. The parliament’s legal and political responsibility is not limited to a single act of approval, it also extends to the further execution of the treaty. On the domestic level, the parliament’s approval of the treaty empowers the government to further develop this treaty in the forms of action of international law. The Act that is the basis of the ratification of the treaty also contains the order to implement, on the domestic level, the decisions under international law that were taken on the basis of the treaty.* »⁷⁸

42. Les arrangements constitutionnels internes pour l’exécution du droit institutionnel sont divers : parmi les ordres juridiques consultés, certains admettent que la ratification du

⁷⁶ C. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System*, New York, OUP, 2013, p. 134.

⁷⁷ V. *infra*, pars. 85 et s.

⁷⁸ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 22 nov. 2001, 2 BvE 6/99, *NATO New Strategic Concept*, ILDC 134, par. 152.1 (nous soulignons). V. aussi, *ibid.*, pars. 41-43. Dans le même sens, v. Cour constitutionnelle fédérale, 3 juil. 2007, *Tornado case*, 2 BvE 2/07 ; ILDC 819 (DE 2007), par. 43. V. aussi *infra*, par. 113.

traité constitutif de l'organisation internationale entraîne une délégation constitutionnelle de compétence en faveur de l'Exécutif, tandis que d'autres prévoient une législation spécifique en ce sens. Dans les deux cas, on remarque toutefois que l'exécution par le Gouvernement bouleverse la séparation des pouvoirs. Dans ces hypothèses, c'est le juge qui, en exerçant un contrôle sur l'acte d'incorporation, s'érige en fait en défenseur des prérogatives du Parlement.

§ 3. *La réserve de compétence en matière pénale*

43. Il est de moins en moins exceptionnel que les organisations internationales demandent aux États de punir par des sanctions pénales les violations de conventions dont elles sont gardiennes, mais aussi de leur droit institutionnel. Il en va ainsi pour les violations des embargos et de sanctions ciblées mis en place par le CSNU, mais aussi, par exemple, du commerce d'espèces protégées par la CITES ou des produits dérivées, telles qu'identifiées dans les annexes à la Convention⁷⁹, ou de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL)⁸⁰, du Règlement sanitaire international de l'OMS, ou encore de certaines conventions de l'OIT⁸¹, pour ne donner que ces exemples⁸². S'il est acquis qu'il appartient à la loi interne de prévoir les sanctions pénales, l'ordre interne se montre également fort réticent à ce que ce soit le droit international qui définisse les éléments constitutifs d'une incrimination (A.), ce qui rend d'autant plus importante la délimitation de la matière pénale (B.).

⁷⁹ V. art. VIII de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction. Pour une application judiciaire, v. France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 27 sept. 1993, n° 92-86652, inédit.

⁸⁰ V. l'analyse des « compléments normatifs » requis par la Convention MARPOL, par B. Trigeaud, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale...*, *op. cit.* note 18, pp. 369-373. Pour une application, v. Cour de cassation, Ch. criminelle, 25 sept. 2012, *Affaire du navire Érika*, n° 10-82.938, *Bull. criminel*, n° 198, p. 334 et commentaire par P. Guttinger, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, *op. cit.*, note 38.

⁸¹ V. alinéa 13 de la Recommandation 190 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination adoptée par la conférence à sa quatre-vingt-septième session, Genève, 17 juin 1999.

⁸² Les compétences en matière pénale des commissions fluviales internationales sont tout à fait exceptionnelles, et s'expliquent par la nature territoriale de l'emprise institutionnelle ; elles ne seront dès lors pas examinées ici (v. F. Latty, « Les infractions fluviales », in H. Ascension et al. (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, pp. 375-381).

A. Une incapacité générale du droit international à fournir une base directe d'incrimination

44. L'intervention des organisations internationales dans la matière pénale, domaine régalien par excellence, ne peut s'accommoder au principe de la séparation des pouvoirs que si elle tient compte de la suprématie des parlements nationaux dans ce domaine. En effet, si un acte institutionnel touche à la matière pénale, il n'est pas susceptible de se voir reconnaître une efficacité immédiate⁸³. À cette explication dogmatique s'accolle une explication empirique : la matière pénale est intrinsèquement liée aux mécanismes coercitifs, dont seul l'État est armé. Si l'acte international peut viser à définir des incriminations, il sera entièrement dépendant de l'ordre étatique, à la fois pour définir les peines qui s'attachent à la violation de la règle primaire d'incrimination, et pour prévoir les mécanismes institutionnels, le plus souvent juridictionnels, qui les mettent en application. Il est donc naturel que les actes institutionnels, dont l'objet est d'incriminer certains comportements individuels, s'adressent à l'ordre interne pour leur mise en œuvre.

45. S'il est acquis que les règles secondaires relatives à la peine et aux organes compétents pour son prononcé relèvent de la compétence exclusive de l'ordre étatique, la possibilité pour les textes internationaux de constituer la source directe d'incrimination est plus débattue. À cette question, les ordres internes apportent très généralement une réponse négative. La matière pénale étant l'apanage exclusif du Parlement, l'intervention de ce dernier est impérieuse pour rendre efficaces les incriminations internationales. Cette exigence transcende d'ailleurs les distinctions entre les sources formelles : forgée en rapport avec les incriminations coutumières⁸⁴, elle a été réitérée à l'égard des incriminations

⁸³ L'intervention de l'Union européenne dans la matière pénale relève, encore une fois, d'un cas spécifique, bien qu'elle n'ait été que très récemment admise (v. *infra*, pars. 51 et s.).

⁸⁴ Même la piraterie n'échappe pas à cette exigence, bien qu'elle eût été un des premiers crimes à être visés par le droit international pénal. Ainsi, le *Privy Council*, dans une décision du 26 juil. 1934, avait clarifié le rôle du droit international en la matière : s'il fondé l'exercice d'une compétence coercitive extraterritoriale (en haute mer), il ne pouvait être source directe d'incrimination : « *With regard to crimes as defined by international law, that law has no means of trying or punishing them. The recognition of them as constituting crimes, and the trial and punishment of the criminals, are left to the municipal law of each country. But whereas according to international law the criminal jurisdiction of municipal law is ordinarily restricted to crimes committed on its terra firma or territorial waters or its own ships, and to crimes by its own nationals wherever committed, it is also recognized as extending to piracy committed on the high seas by any national on any ship, because a person guilty of such piracy has placed himself beyond the protection of any State. He is no longer a national, but 'hostis humani generis' and as such he is justiciable by any State anywhere : Grotius (1583-1645) 'De Jure Belli ac Pacis', vol. 2, cap. 20, § 40.* » (*In re Piracy jure gentium* [1934] AC 586). Cette approche demeure fondamentalement correcte aujourd'hui. V. Opinion individuelle du juge G. Guillaume, dans CIJ, 14 févr. 2012, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Rec. 2002, p. 35 ; pour une reconsidération de ce crime à l'aune des

conventionnelles⁸⁵ et est fermement rappelée en rapport avec les incriminations par acte institutionnel.

46. La jurisprudence britannique est significative à cet égard. En effet, bien que l'ordre interne considère que « *the law of nations (...) is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be part of the law of the land* »⁸⁶, cet adage ne s'applique pas en matière criminelle⁸⁷. Il en va de même pour les sanctions ciblées du Conseil de sécurité. La jurisprudence a confirmé que les incriminations ne peuvent être valablement définies par un acte institutionnel :

« *I recognise that this dictum relates to offences which international bodies consider should exist.* »⁸⁸

Ceci explique d'ailleurs le soin avec lequel les juridictions internes dénie le caractère pénal des listes de sanctions du CSNU⁸⁹.

47. Pourtant, même si les agissements visés par ces actes ne relèvent pas de la matière pénale, l'ordre interne s'interroge sur la nécessaire intervention du Parlement pour la mise en place de sanctions de second degré, qui s'attachent à la violation des sanctions premières imposées par le Conseil de sécurité⁹⁰. Si l'ordre national est généralement libre de choisir le

nouvelles règles internationales, not. des rés. CSNU en la matière. V. not. J.-M. Thouvenin, « Pas de refuge pour la grande piraterie », in R. Casado Raigon, G. Cataldi (dir.), *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer, Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 887-905 ; du même auteur, « Piraterie maritime : pas d'« internationalisation » de la fonction juridictionnelle », *Annuaire Colombien de droit international*, vol. 6, 2013, pp. 47-76.)

⁸⁵ Ainsi, la Cour suprême fédérale suisse a considéré, dans une affaire relative au trafic international de femmes aux fins de la prostitution, que l'incrimination sur la seule base du texte international était contraire au principe *nullum crimen sine lege*. Dès lors, la Convention de 1933 pour la répression du trafic des femmes adultes ne pouvait constituer une base directe d'incrimination du trafic international de femmes aux fins de la prostitution. (Suisse, Tribunal suprême fédéral, 29 avr. 2002, *Switzerland v. A and B*, ILDC 347 (CH 2002), BGE 128 IV 117 ; *Praxis* 91 (2002) n° 220).

⁸⁶ Sir William Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Facsimilé de la 1^{ère} éd. de 1765-1769, University of Chicago Press, vol. IV, 'Of Public Wrongs': Chapter the Fifth, 'Of Offences Against the Law of Nations', p. 67. Pour une mise en perspective historique de cet adage, souvent repris par la jurisprudence, v. A. V. Lowe, « Shadows in the Cave : The Nature of International Law when it Appears before English Courts », in K. H. Kaikobad et M. Bohlander (dir.), *Essays in Honor of Colin Warbrick : International Law and Power, Perspectives on Legal Order and Justice*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 125-139.

⁸⁷ Au sujet du crime d'agression, v. Royaume-Uni, Cour d'appel, 21 juil. 2004, *Ayliffe and others v. DPP*, [2004] EWCA Crim 1981 ; High Court, 21 avr. 2005, *Ayliffe and others v. DPP*, [2005] EWHC 684 (Admin) ; Chambre des Lords, 29 mars 2006, *R v. Jones, Ayliffe and others v. DPP*, préc., note 54.

⁸⁸ Royaume-Uni, High Court, 24 avr. 2008, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2008] EWHC 869 (Admin), par. 45.

⁸⁹ V. *infra*, pars. 52 et s.

⁹⁰ Sur ce mécanisme, v. U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, n° 3, 2011, pp. 780-782.

type de sanctions qu'il attache aux violations, en pratique ces sanctions sont souvent de nature pénale⁹¹. Or, certains juges s'interrogent sur la nécessaire intervention du Parlement pour la mise en œuvre interne à la fois des sanctions primaires et de celles de deuxième degré. Là encore, les solutions ne sont pas tranchées. Dans l'affaire *Ahmed and Others v. HM Treasury*, le juge de la *High Court* avait considéré que « *in deciding the appropriate way in which the obligations should be applied and in particular in creating the criminal offences set out in the Orders it was necessary that Parliamentary approval should be obtained* »⁹².

48. De la même manière, les ordres internes de tradition moniste déploient une circonspection croissante à l'égard des incriminations internationales. En France, au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'article unique de la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, renvoyait simplement à la résolution 3 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies et au Statut du Tribunal de Nuremberg pour la définition du crime contre l'humanité. Cette solution, bien qu'elle eût été à la base des grands procès contre les criminels ou collaborateurs nazis⁹³, s'est avérée insatisfaisante. Le nouveau code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, à ses articles 211-1 à 211-3, a défini, en codifiant la jurisprudence antérieure, le génocide, le crime de guerre et le crime contre l'humanité. L'incrimination par renvoi à la norme internationale a toujours soulevé des doutes quant à sa compatibilité avec le principe *nullum crimen sine lege*⁹⁴, notamment dans le cas des crimes graves ou lorsque les éléments du crime sont susceptibles d'évoluer sur le plan international. Par conséquent, les résolutions du CSNU portant création des tribunaux pénaux internationaux ont été systématiquement transposées dans l'ordre interne par des lois d'adaptation des articles précités du Code pénal⁹⁵. Il en a été de même du Statut de Rome de 1998⁹⁶.

⁹¹ Du moins, dans l'UE, tel est le cas : v. not. CJUE, Grde. Ch., 29 juin 2010, *Procédure pénale contre E. et F. (DHKP-C)*, aff. C-550/09, *Rec.*, 2010, p. I-6213.

⁹² Royaume-Uni, High Court, 24 avr. 2008, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2008] EWHC 869 (Admin), par. 37.

⁹³ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 6 oct. 1983, *Fédération Nationale de Déportés et Internés Résistants et Patriotes c. Barbie*, n° 83-93194, *Bull. criminel*, 1983, n° 239, p. 610 ; Cour d'assises de Versailles, 19 avr. 1994, *Paul Touvier* ; Cour d'assises de Bordeaux, 2 avr. 1998, *Maurice Papon*.

⁹⁴ En sens contraire, un arrêt isolé de la Cour d'appel de Paris de 1967, *Époux Pivert*, met en évidence un mécanisme similaire pour les violations du Règlement sanitaire international. Or, dans cette affaire concernant des contraventions imposées par décret pour violation des règles relatives à la vaccination contre la variole, la Cour d'appel a toutefois accepté l'incrimination par renvoi au RSI qu'établissait un décret pris pour l'application de ce dernier (bien qu'elle eût dénié l'applicabilité immédiate : v. *supra*, par. 15).

⁹⁵ Loi n° 95-1 du 2 janv. 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, *JO* du 3 janv. 1995, p. 71 ; Loi n° 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation

49. Sur le même principe, la Cour constitutionnelle de Serbie a déclaré inconstitutionnel le décret par lequel l'Exécutif avait introduit dans l'ordre interne la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité portant création du TPIY⁹⁷. Critiquable dans son appréciation de la valeur normative des actes du Conseil de sécurité, qui montre que la décision de la Cour restait ancrée dans le contexte très politique du transfèrement de Slobodan Milošević au TPIY, elle l'est moins du point de vue de la séparation des pouvoirs. La Cour avait en effet considéré que l'Exécutif avait outrepassé ces pouvoirs :

« In particular, the challenged Decree is not in accordance with the Constitution of the FRY since under the Decree a body without appropriate authority has regulated the procedure (method) for exercising certain freedoms and rights of man and citizen laid down by the Constitution of the FRY. (...) By prescribing the application of the Statute of the International Criminal Tribunal and its Rules of Procedure and Evidence by courts and other bodies in the FRY, the Federal Government exceeded its constitutionally defined authority as a body with executive power since, pursuant to Article 78 of the Constitution of the FRY, the ratification of international legal documents and their incorporation in the national legal system falls within the exclusive competence of the Federal Assembly, as the legislative and representative body of the citizens of Yugoslavia and its Member Republics. »⁹⁸

50. C'est éminemment une question de droit constitutionnel interne, et, en la matière, les appréciations des juridictions internes font autorité. Si les juges internes s'étaient contentés de

de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins, *JO* du 23 mai 1996, p. 7695 ; Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JO* du 6 août 2013, p. 13349. Sur la mise en œuvre dans l'ordre interne des rés. CSNU portant création des tribunaux pénaux internationaux, v. J. d'Aspremont et C. Brölmann, « Challenging International Criminal Tribunals Before Domestic Courts », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, OUP, 2010, spéc. pp. 116-118.

⁹⁶ V. Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale ainsi que la Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-612 DC du 5 août 2010, *JO* n° 183, 10 août 2010, p. 14678.

⁹⁷ Il s'agit du décret adopté par le Gouvernement fédéral de la République fédérale de Yougoslavie (23 juin 2001, *Gazette Officielle*, n° 30/2001, 23 juin 2001) pour assurer le fondement juridique interne de la coopération avec le TPIR, donc l'objectif immédiat était de permettre le transfèrement au Tribunal de Slobodan Milosevic. En attendant sa décision sur le fond (dont la citation est extraite), la Cour constitutionnelle avait ordonné, par mesures conservatoires, que le transfèrement de S. Milosevic soit suspendu. Le Gouvernement avait ignoré cette ordonnance et ordonné le transfèrement.

⁹⁸ Serbie et Monténégro, Cour constitutionnelle fédérale, 6 nov. 2001, *Socialist Party of Serbia and ors v. Federal Republic of Yugoslavia (Constitutionality and legality of the decree on process of cooperation with the International Criminal Tribunal)*, *Original petition for constitutional review*, *JO de la Rép. Féd. de Yougoslavie*, n° 70/2001, p. 60 ; *ILDC* 29 (CSXX 2001), pars. 15 et 17.

se prononcer sur le fondement constitutionnel⁹⁹, en réitérant d'ailleurs des solutions familières à bien d'autres ordres juridiques, et avaient évité de dénigrer le caractère obligatoire des résolutions, cette décision aurait certainement moins prêté le flanc aux accusations de partialité.

B. L'enjeu de la définition de la matière pénale

51. Si l'ordre interne impose l'intervention du Parlement pour la transposition des actes institutionnels qui relèvent de la matière pénale, l'enjeu de l'identification de cette dernière devient majeure. Pourtant, les critères univoques font défaut. D'abord, chaque ordre juridique se fie à son propre critère dominant, qu'il soit organique, c'est-à-dire relatif à l'autorité qui inflige la punition, ou matériel, c'est-à-dire relatif à la nature de la sanction prononcée. Ensuite, à l'intérieur du même ordre juridique, les clivages entre matière pénale et matière administrative s'estompent, lorsque les deux reposent sur des sanctions pécuniaires uniquement¹⁰⁰. Si la matière pénale demeure un château fort de la compétence parlementaire, ce principe connaît néanmoins un double infléchissement : d'une part, la catégorie des sanctions administratives ou des mesures préventives de sûreté s'est dilatée, notamment pour permettre la mise en œuvre des actes des organisations internationales par le biais des actes de l'Exécutif uniquement ; d'autre part, les jurisprudences montrent une tendance à rapprocher les régimes de garanties substantielles ou procédurales, indifféremment de la nature de la sanction infligée. Si les ordres internes ont pu aisément préciser les garanties qui s'attachent au pouvoir de sanction des autorités administratives¹⁰¹, l'intervention des institutions internationales, et en particulier celle du Conseil de sécurité, en la matière complique singulièrement le paysage juridique. Car, en dernier ressort, le pouvoir de punir dont sont investies les autorités administratives s'analyse comme une habilitation du Parlement¹⁰², ce

⁹⁹ Sur ces aspects de droit constitutionnel yougoslave, v. K. D. Magliveras, « The Interplay between the Transfer of Slobodan Milosevic to the ICTY and Yugoslav Constitutional Law », *EJIL*, n° 3, vol. 13, 2002, pp. 661-677.

¹⁰⁰ Parmi les auteurs qui ont essayé d'identifier des critères distinctifs, v. E. Rosenfeld et J. Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, n° 128, 2009/1, pp. 61-73

¹⁰¹ Les ordres internes avaient déjà dû s'adapter à la reconnaissance d'un pouvoir de sanctionner au bénéfice des autorités administratives ; c'est d'ailleurs pour cette raison qu'en France, le Conseil constitutionnel évite les termes de « matière pénale », pour se référer à un « droit de la punition » qui soumet le pouvoir punitif des autorités administratives à des garanties similaires à celles prévues en matière pénale (v. J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, 2009, disponible en ligne :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel.5069.html>).

¹⁰² En France, par exemple, il appartient exclusivement à la loi de prévoir des sanctions pénales en matière criminelle et correctionnelle et au règlement de prévoir des sanctions en matière contraventionnelle ; il est

qui n'est pas le cas pour le Conseil de sécurité. Si la tendance est en effet à l'alignement des garanties, comme la jurisprudence *Kadi* des juridictions européennes le montre, le chemin reste semé d'embûches.

52. Étant donné que l'ordre interne répugne à reconnaître aux organisations internationales une capacité de punir, les juridictions internes ayant eu à connaître des sanctions ciblées se sont attachées à nier le caractère pénal de ces actes. Les organes internationaux eux-mêmes s'emploient à démontrer le caractère préventif des sanctions ciblées¹⁰³. C'est toutefois le point de vue des ordres internes qui intéresse dans ce cas : pour ces derniers, la qualification au niveau international n'est guère décisive.

53. Les différentes décisions de la saga *Kadi* témoignent à elles seules de l'embarras suscité par la qualification des sanctions ciblées. Dans *Kadi I*, à la fois le TPICE et la Cour de justice ont considéré que les sanctions contre Al Qaida et les Taliban étaient des mesures préventives, de nature conservatoire¹⁰⁴. Dans *Kadi II*, le Tribunal a pris appui sur la prolongation indéfinie de ce régime pour se demander, dans un *obiter dictum*, si les sanctions ne pouvaient être qualifiées de pénales :

« À l'échelle d'une vie humaine, dix ans représentent en effet une durée considérable, et la qualification des mesures en question comme étant de nature préventive ou

néanmoins possible de renvoyer pour la définition de certains éléments constitutifs d'une incrimination à une norme inférieure, par délégation de la loi ou du règlement (Conseil constitutionnel, 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC). Le Conseil constitutionnel a admis la validité de ce type de renvoi : « Aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même. » (Conseil constitutionnel, 10 nov. 1982, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*, n° 82-145 DC, *Rec.*, p. 64).

¹⁰³ V. *inter alia*, le préambule de la rés. 1822 (2008) qui précise : « que les mesures envisagées [...] ont un caractère préventif et sont indépendantes des règles pénales de droit interne ». V. aussi, à cet égard, Conseil de sécurité, *Neuvième rapport de l'Équipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions, soumis conformément à la résolution 1822 (2008) concernant Al-Qaida, les Taliban et les personnes et entités qui leur sont associées*, 13 mai 2009, doc. S/2009/245, paragraphe 34. Pour un traitement plus approfondi de la question, v. A. Miron, « Les 'sanctions ciblées' du Conseil de sécurité des Nations Unies – Réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de sécurité », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 355-366.

¹⁰⁴ TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi c. Commission et Conseil (Kadi I)*, aff. T-315/01, *Rec.*, 2005, p. II-3649, par. 248 ; CJCE, Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351, par. 358. Une appréciation similaire a été faite par les juridictions suisse dans l'affaire *Nada* (Suisse, Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour de droit public, 14 nov. 2007, *Nada c. Secrétariat d'État à l'économie*, BGE n° 133, vol. II, par. 2.2 ; reproduit dans thèse de W. Woll, *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, Thèse de doctorat : Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, nov. 2010, p. 341 et s.).

répressive, conservatoire ou confiscatoire, civile ou pénale, paraît désormais ouverte. »¹⁰⁵

54. La Cour n'a pas partagé ce point de vue. Sans censurer directement le Tribunal, elle s'est contentée de rappeler le caractère préventif des sanctions¹⁰⁶. Elle n'en a pas moins relevé les restrictions apportées par ces mesures et les garanties procédurales qui devaient entourer leur imposition. Ce faisant, elle a adopté la démarche très pragmatique des autres juridictions étatiques, qui ont préféré laisser ouvertes les qualifications, tout en accolant à ces mesures des garanties similaires à celles existant en matière pénale¹⁰⁷.

55. Cette solution s'impose d'autant plus que les sanctions ciblées ne sont pas d'une gravité uniforme ; en effet, si la plupart des régimes imposent le gel des avoirs des personnes listées, il en existe certains qui demandent la confiscation. On peut citer le cas des personnes et entités inscrites sur la liste du comité 1518 du Conseil de sécurité¹⁰⁸, dont les biens doivent être confisqués et transférés au Fonds de développement pour l'Iraq, en vertu du paragraphe 23 de la résolution 1483 (2003) du Conseil de sécurité. Cette confiscation, qui devient effective dans les ordres internes par le biais des actes d'exécution de l'Exécutif, se déroule en dehors de toute procédure pénale¹⁰⁹.

56. La prudence dans la qualification s'explique par une réelle préoccupation de ne pas entraver la mise en œuvre rapide des sanctions. Le régime onusien relève de l'urgence et repose sur un effet de surprise qui se concilie mal avec le débat parlementaire. La mise en

¹⁰⁵ TPIUE, 30 sept. 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission européenne (Kadi II)*, aff. T-85/09, *Rec.*, 2010, p. II-5177, par. 150.

¹⁰⁶ *Ibid.*, par. 130.

¹⁰⁷ V. *supra*, par. 51. Il est permis de se demander si les critères dégagés par la Cour de Luxembourg pour identifier les sanctions pénales en matière fiscale ne pourraient être appliqués aux sanctions ciblées. Ils sont au nombre de trois : « [A]ux fins de l'appréciation de la nature pénale de sanctions fiscales, trois critères sont pertinents. Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le deuxième la nature même de l'infraction et le troisième la nature ainsi que le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. » (CJUE, Grde. Ch., 26 févr. 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié, par. 35 ; v. aussi CJUE, Grde. Ch., 5 juin 2012, *Bonda*, C-489/10, non publié au *Rec.*, pars. 38-39).

¹⁰⁸ V. le site internet du Comité : <http://www.un.org/french/sc/committees/1518/index.shtml>.

¹⁰⁹ V. en ce sens l'affaire *Al-Dulimi and Montana Management Inc.* Les juridictions suisses, dans la foulée de l'arrêt *Nada* (1^{ère} Cour de droit public, 14 nov. 2007, préc., note 104), ont appliqué au régime de confiscation la même solution que celle prévue pour le gel des avoirs (v. Suisse, Tribunal fédéral, 23 janv. 2008, *Al-Dulimi and Montana Management Inc.*, 2A.784/2006 – svc, disponible en ligne sur le site du tribunal fédéral : <http://www.bger.ch/fr/index.htm>. L'affaire a été portée devant la CrEDH, qui a considéré que la procédure viole les droits de la défense (CrEDH, Grde. Ch., 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08).

place d'un contrôle *a posteriori* vise ainsi à balancer le large pouvoir dont l'Exécutif se voit investi par ce biais.

57. On constate combien le droit institutionnel peut mettre à mal la séparation des pouvoirs, telle qu'elle s'est forgée dans l'histoire de chaque État. Pour cette raison, même les organisations internationales reconnaissent qu'il appartient aux États de le mettre en œuvre. On peut ainsi lire dans un Mémoire du Secrétariat de l'ONU, relatif à la mise en œuvre des résolutions du CSNU :

« Une décision du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII, par exemple, a force obligatoire sur le plan international et les États auxquels elle s'adresse sont tenus de la respecter. Mais même les décisions de ce type prises par le Conseil ne sont pas directement exécutoires, c'est-à-dire qu'elles ne sont ni susceptibles d'être mises en œuvre directement par le Conseil dans le ressort de compétence des États ni automatiquement obligatoires pour les sociétés transnationales avant d'avoir été incorporées dans le droit interne. De telles décisions créent certes une obligation juridique internationale mais la manière dont cette obligation se concrétise dans le droit interne varie selon le système juridique applicable dans chaque ressort de compétence étatique. »¹¹⁰

Section II. L'incorporation comme mesure d'exécution normative

58. Il est communément admis que l'effet direct n'est pas un principe de droit international général commandant l'exécution interne des obligations conventionnelles¹¹¹. Une doctrine unanime s'accorde à souligner l'indifférence du droit international à cet égard, même si certains auteurs estiment que seul l'effet direct permet d'assurer la pleine efficacité ou l'application uniforme de la norme internationale¹¹². La Cour internationale de Justice, dans l'arrêt *Avena (Interprétation)*¹¹³, a d'ailleurs confirmé le fait que les modalités d'exécution interne des obligations internationales dépendent essentiellement du cadre constitutionnel national. Même si l'arrêt laisse ouverte la possibilité pour l'ordre international

¹¹⁰ Mémoire, Secrétariat de l'ONU, 6 mai 1982, cité par J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les États membres*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II, 2000, pp. 394-395.

¹¹¹ A. Cassese, *International Law*, Oxford, OUP, 2001, p. 168 ; A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, note 65, pp. 124-127. V. aussi S. D. Murphy, « Does International Law Obligate States to Open Their National Courts », in D. Sloss (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study*, CUP, 2009, pp. 63-64 et 66-85.

¹¹² A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, note 65. V. aussi H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 5^e éd., 2011, §1327, pp. 829-830.

¹¹³ CIJ, 19 janv. 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, *Rec.*, 2009, par. 44, p. 18.

d'imposer l'effet direct, le principe de l'indifférence se voit toutefois rarement démenti. Ni l'origine judiciaire ni la nature inconditionnelle de l'obligation ne traduisent une exigence *sine qua non* d'applicabilité directe.

59. Tout au plus, le droit international a-t-il pour fonction d'engendrer des présomptions en faveur de l'effet direct, lorsque les conditions internationales sont remplies. Selon l'avis *Compétence des Tribunaux de Dantzig* de la CPJI, un traité international est d'effet direct si les Parties ont entendu lui conférer une telle portée :

« Le point litigieux revient donc à ceci : [l'Accord] tel qu'il est, fait-il partie du complexe des dispositions qui régissent les rapports juridiques entre l'Administration polonaise des chemins de fer et les fonctionnaires dantzikois passés à son service ? (...) La réponse à cette question dépend de l'intention des Parties contractantes. *L'intention des Parties - que l'on doit rechercher dans le contenu de l'Accord, en prenant en considération la manière dont l'Accord a été appliqué - est décisive.* »¹¹⁴

60. Dans la conception classique du droit international, l'intention des États parties est maîtresse absolue des obligations internationales et le dogme de la séparation des ordres juridiques lui-même s'incline devant elle. Tel est l'apport novateur, bien qu'ambigu¹¹⁵, de l'avis *Compétence des Tribunaux de Dantzig*. Autant la solution de l'avis apparaît audacieuse au regard de la philosophie dualiste dominante de l'époque, autant la méthode prescrite par l'avis pour identifier l'effet direct s'avère à la fois classique et insuffisante. Classique parce que l'avis renvoie à la méthode classique pour mettre en évidence l'intention des États : l'interprétation du texte de l'accord et de la manière dont il est mis en œuvre. La découverte de l'effet direct passe donc par un processus ordinaire d'interprétation. Insuffisante parce que la démarche suggérée est circulaire : pour découvrir si l'effet direct est une méthode d'exécution voulue par les Parties aux traités, il faut, selon la Cour, examiner... « la manière dont l'Accord a été appliqué ». Insuffisante encore parce que rudimentaire : la Cour ne précise aucun des indices textuels qui témoigneraient d'une intention d'effet direct. Ce silence ostensible ne pouvait que laisser le champ libre au développement désordonné des critères de l'effet direct par les ordres juridiques internes¹¹⁶. La jurisprudence internationale ne s'est pas enrichie en détails depuis cet avis classique.

¹¹⁴ CPJI, avis du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, préc., note 26, pp. 17-18 (nous soulignons).

¹¹⁵ V. *supra*, pars. 12 et s.

¹¹⁶ V. *infra*, pars. 82 et s.

61. Ces réflexions, bien que concernant les traités, sont entièrement pertinentes pour l'appréciation de l'effet direct du droit institutionnel. Ce sont ces mêmes critères, mal définis et dont la combinaison est assez aléatoire, que les juges internes appliquent aux actes institutionnels. Cependant, cela ne conduira pas implicitement à un alignement des statuts du droit conventionnel et du droit institutionnel. L'effet direct est systématiquement dénié au droit dérivé des organisations internationales de coopération en raison de sa nature propre : d'une part, ni le traité constitutif, ni l'acte institutionnel ne sont porteurs d'une intention de conférer l'effet direct (§ 1), et d'autre part la norme institutionnelle n'est pas suffisamment précise ou inconditionnelle pour se prêter à une application par les juges (§ 2). La conjugaison de ces deux faiblesses normatives rend indispensable l'exécution normative interne du droit institutionnel.

§ 1. L'intention de conférer un effet direct aux actes institutionnels n'est pas établie

62. Si l'avis *Compétence des Tribunaux de Dantzig* est devenu la référence incontournable pour la détermination de la vocation à l'effet direct des traités, la transposition du raisonnement à la source institutionnelle ne va pas de soi. Que l'on adopte une approche volontariste ou objectiviste, le fondement de l'effet direct du droit institutionnel se révèle ambivalent. La perspective volontariste invite à rechercher l'intention des Parties. Mais à quelle intention devrait-on se vouer ? À celle des États parties au traité constitutif ? Ou bien à celle de l'auteur de l'acte institutionnel ? La perspective objectiviste met au centre du processus interprétatif le texte lui-même. Mais dans ce cas, quel acte faut-il analyser : le traité constitutif (A.) ou bien l'acte institutionnel (B.) ? La jurisprudence interne oscille entre ces deux positions. Au demeurant, loin de confirmer l'existence d'une présomption d'effet direct en faveur des actes unilatéraux¹¹⁷, la jurisprudence interne, de tous horizons confondus, arrive quasi-invariablement à la conclusion qu'ils en sont privés.

A. Le traité constitutif, fondement contingent de l'intention d'effet direct

63. Si l'on adhérait au point de vue volontariste selon lequel la volonté des États est le fondement incontournable de l'effet direct, il faudrait alors admettre que celle-ci ne peut s'exprimer que dans le traité constitutif de l'organisation, les actes institutionnels étant les

¹¹⁷ Parmi les hérauts de l'effet direct, v. C. Deffigier, « L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *op. cit.*, note 29, p. 43.

produits de la volonté des organes constitués. Ce volontarisme exacerbé trouve toutefois peu d'écho dans la pratique. En cela, l'effet direct se distingue de la force obligatoire : les actes institutionnels ne sauraient être qualifiés d'obligatoires sans une disposition conventionnelle en ce sens¹¹⁸, alors que leur effet direct n'en est pas nécessairement dépendant. Autant l'existence d'une disposition expresse conférant effet direct au droit dérivé n'est pas décisive pour établir l'intention des Parties, autant la nature intégrative ou coopérative de l'organisation joue un rôle déterminant. Ce n'est donc pas la lettre du traité qu'il faut consulter, mais son esprit, son économie générale.

1. *L'effet direct dans un contexte d'intégration*

64. Le laboratoire européen permet de mieux visualiser le contexte dans lequel opère l'effet direct du droit institutionnel. Cette incursion dans le droit européen est significative à un double titre : elle montre comment une organisation d'intégration, dans ses relations avec les États membres, promeut l'effet direct comme une exigence *sine qua non* de l'intégration – tout en le rejetant dans ses relations avec les ordres juridiques extérieurs.

65. S'agissant des relations avec les ordres juridiques nationaux, la jurisprudence de la CJUE jette une lumière éclairante sur le contexte dans lequel se développe l'effet direct du droit dérivé. C'est un éclairage par contraste, car il met en évidence la distance qui sépare le droit de l'UE de celui des organisations de coopération. Dans son arrêt fondateur de 1963, *Van Gend en Loos*¹¹⁹, la Cour s'est fondée sur la nature particulière des traités européens et de l'ordre juridique par eux institué pour affirmer l'effet direct d'une disposition des traités.

66. Dès cette décision historique, la Cour de Luxembourg avait ainsi justifié la présomption d'effet direct du droit communautaire :

« La Communauté économique européenne constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants. »¹²⁰

L'effet direct est donc intimement lié à la philosophie d'intégration propre à l'ordre communautaire. En effet, « [l]e fondement de l'applicabilité directe est la spécificité même de

¹¹⁸ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 46 et s.

¹¹⁹ CJCE, du 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26-62, *Rec.*, 1963, p. 3.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 23.

l'ordre communautaire : c'est la finalité d'intégration qui postule l'applicabilité directe de principe. »¹²¹

67. Ce même argumentaire a commandé la reconnaissance de l'effet direct (potentiel¹²²) de l'ensemble du droit dérivé, et ce, quand bien même l'article 189 du Traité instituant la CEE de 1957 l'aurait prévu seulement pour les règlements. La Cour l'a imposé avec fracas même à l'endroit des directives, bien que celles-ci doivent, par définition, être transposées dans les ordres internes. Après des années de résistance marquée, les ordres juridiques internes ont fini par accepter la possibilité pour les directives de bénéficier de l'effet direct¹²³.

La jurisprudence de la CJUE au sujet de l'effet direct, dans l'ordre de l'Union, des actes d'autres organismes internationaux met en lumière la même logique sous-jacente. Elle distingue clairement les actes des organes créés par les accords bilatéraux de l'Union de ceux des organisations multilatérales de coopération. Les premiers reposent sur la méthode d'intégration, même si leur finalité n'est pas toujours de faire de l'État tiers un État membre¹²⁴. Les accords bilatéraux peuvent ainsi être une étape préparatoire à l'adhésion¹²⁵, mais aussi une alternative¹²⁶ voire un simple partenariat¹²⁷. Il n'en reste pas moins que l'objectif de l'alignement, fût-il partiel, sur l'acquis communautaire, qui se traduit par l'insertion dans les accords bilatéraux de normes inspirées des normes communautaires, a des répercussions sur la réception de l'accord et de son droit dérivé par l'ordre juridique communautaire. La jurisprudence à ce sujet, abondante¹²⁸, est bien connue et l'analyse de ses retombées entreprise ailleurs assez en détail¹²⁹ pour que l'on s'y attarde ici trop longuement.

¹²¹ G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, note 17, p. 377.

¹²² Potentiel car il demeure soumis aux conditions objectives de l'effet direct.

¹²³ V. France, Conseil d'État, Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *Lebon* 2009, p. 407 ; commentaire par C. Breton, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, *op. cit.*, note 39.

¹²⁴ Pour la catégorisation des accords bilatéraux, v. M. Maresceau, « Bilateral agreements concluded by the European Community », *RCADI*, vol. 309, 2004, pp. 125-452.

¹²⁵ V. les accords avec la Turquie de 1963 (*JO* 1973, n° C 113/1), avec la Croatie de 2005 (*JO* 2005, n° L 26) ou avec l'Albanie (*JO* 2009, n° L 107).

¹²⁶ V. les accords avec la Suisse (*JO* 2002, n° L 114), ou les accords d'association dits « euro-méditerranéens » (ex : Tunisie (*JO* 1998, n° L 97/1), Israël (*JO* 2000, n° L 147/3), Maroc (*JO* 2000, n° L 70/2)).

¹²⁷ V. l'accord de partenariat avec la Russie (*JO* 1997, n° L 327).

¹²⁸ Dans la jurisprudence la plus récente, v. entre autres CJCE, 2 juin 2005, *Dörr et Ünal*, aff. C-136/03 ; CJCE, 7 juil. 2005, *Gürol Autres*, aff. C-374/03 ; CJCE, 24 janv. 2008, *Payir*, aff. C-294/06 ; CJCE, 17 sept. 2009, *Sahin*, aff. C-242/0 ; CJUE, 22 déc. 2010, *Metin Bozkurt*, aff. C-303/08. Parmi les arrêts pionniers, v. CJCE, 20 sept. 1990, *Sevinçe c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-192/89, *Rec.*, 1990, p. I-3461, par. 15.

¹²⁹ Parmi les nombreuses analyses, v. B. Martenczuk, « Decisions of Bodies Established by International Agreements and the Community Legal Order », in V. Kronenberger (dir.), *The European Union and the International Legal Order*, TMC Asser Press, 2001, pp. 158-160 ; P. Koutrakos, *EU International Relations Law*, Hart Publishing, 2006, pp. 236-24 ; P. J. Kuijper, « Customary International Law, Decisions of

On se borne simplement à souligner qu'elle n'est pas applicable aux seuls accords d'association et que de simples accords de partenariat, comme celui avec la Russie, et les décisions prises sur leur base, peuvent en bénéficier¹³⁰.

68. Cette ouverture aux actes des organes bilatéraux n'a d'égal que la fermeture à l'égard des décisions des instances multilatérales auxquelles l'Union est partie¹³¹. Ainsi, les décisions de l'ORD sont invariablement considérées comme dépourvues d'effet direct tout autant que les règles conventionnelles de l'OMC et ceci en dépit de leur nature quasi-juridictionnelle¹³².

69. Plusieurs enseignements se dégagent de la jurisprudence européenne :

- l'absence de disposition expresse n'est pas un obstacle dirimant à la reconnaissance de l'effet direct d'un acte institutionnel ;
- une disposition expresse engendre toutefois une présomption en faveur de l'effet direct, présomption qu'il serait autrement difficile d'identifier ;
- en l'absence de disposition expresse, ce n'est que par le biais d'une interprétation téléologique extrêmement activiste que l'effet direct du droit institutionnel pourrait être affirmé. En particulier, il serait nécessaire de démontrer que la négation de l'effet direct mettrait en péril l'effectivité de l'action normative des organes institutionnels et la réalisation des buts du traité. Il faut convenir qu'autant cette interprétation est envisageable dans le cadre d'une organisation d'intégration comme l'UE, autant elle est hasardeuse dans une organisation de coopération.
- la présomption positive d'effet direct, qu'elle soit fondée sur une disposition expresse ou inférée à partir de la nature particulière du traité constitutif, n'est pas irréfragable. Elle laisse la place à une démonstration contraire, appuyée sur des conditions objectives, qui rendent l'acte en cause apte à une application judiciaire¹³³.

International Organisations and other Techniques for Ensuring Respect for International Legal Rules in European Community Law », in J. Wouters *et al.* (dir.), *The Europeanisation of International Law*, TMC Asser Press, 2008, pp. 97-98 ; A. Miron, « Les actes unilatéraux des organisations internationales (hors les résolutions du Conseil de sécurité », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 668-685.

¹³⁰ V. CJCE, Grde. Ch., 12 avr. 2005, *Igor Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol*, aff. C-265/03, *Rec.* 2005, p. I-02579.

¹³¹ Dans le même sens, v. C. Tietje, « The Status of the International Law in the European Legal Order », in *The Europeanisation of International Law*, *op. cit.*, note 129, p. 68.

¹³² CJCE, Grde. Ch., 8 sept. 2008, *FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission*, aff. jtes. C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, 2008, p. I-6513, pars. 125 et 129.

¹³³ V. *infra*, pars. 73 et s.

2. *L'effet direct dans un contexte de coopération*

70. Ces paramètres posés, il reste à vérifier comment ils se reflètent dans le droit institutionnel des organisations de coopération. Il faut noter d'emblée qu'aucun traité constitutif d'une organisation internationale de coopération ne comporte de disposition en faveur de l'effet direct des actes institutionnels. Mais, on l'a vu, cet argument n'est pas en soi décisif. En revanche, la nature même de ces organisations plaide résolument en défaveur d'une présomption d'effet direct. Puisqu'elles « ont pour seule ambition de rapprocher des politiques qui restent de la responsabilité des États »¹³⁴, l'application uniforme du droit institutionnel dans les ordres internes n'est pas une exigence qui conditionne la réalisation des missions des organisations de coopération.

71. Les principes régissant la mise en œuvre de leurs actes dans les ordres internes reflètent nécessairement le rôle central des États. Ainsi, lorsqu'un pouvoir de décision est reconnu aux organes institutionnels, c'est souvent la même disposition du traité constitutif qui à la fois prévoit le caractère obligatoire de tel ou tel instrument et s'adresse aux États pour assurer sa mise en œuvre. Pour ne donner qu'un exemple dans un domaine qui touche de près le patrimoine juridique des individus, le Règlement sanitaire international rappelle, au nom des principes applicables :

« En application de la Charte des Nations Unies et des principes du droit international, les États ont le droit souverain de légiférer et de promulguer la législation en vue de la mise en œuvre de leurs politiques en matière de santé. Ce faisant, ils doivent favoriser les buts du présent Règlement. »¹³⁵

72. Si l'exécution normative par l'État (synonyme d'incorporation) est prévue ainsi par le traité constitutif de l'organisation de coopération, ce dont rend compte l'acte institutionnel lui-même, c'est que l'applicabilité directe ne conditionne pas l'effectivité de l'action normative.

Comme le remarque Béatrice Trigeaud au sujet des normes de l'OACI et de l'OMI :

« La raison de principe qui devrait conduire [à rejeter l'effet direct] n'est pas tant que ces règles ne confèrent aucun droit directement invocable ou ne produisent aucune obligation pour les particuliers, parce qu'il leur manque pour cela des caractéristiques fondamentales, allant du défaut de caractère normatif (pratiques recommandées) au défaut de caractère « *self executing* » (elles appellent de l'État un « complément normatif » de droit interne pour prendre effet) ; elle est surtout, du moins du point de vue du droit international, que *l'obligation de l'État serait mal exécutée s'il se bornait à laisser les*

¹³⁴ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., 2009, par. 391, pp. 671-672. Sur la distinction entre coopération et intégration, v. les réflexions stimulantes de M. Virally, « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, spéc. pp. 288-290.

¹³⁵ OMS, Règlement sanitaire international (2005), Article 3.

juridictions étatiques donner effet dans l'ordre interne à des règles dont la bonne mise en œuvre exige un travail global de confection et d'adaptation de l'ensemble des normes de l'ordre interne. »¹³⁶

En outre, les individus ne sont pas considérés comme des sujets des organisations de coopération. Partant, l'effet direct n'est pas une qualité inhérente aux actes institutionnels.

73. La jurisprudence interne relative aux actes institutionnels des organisations de coopération ne fait pas directement état de ces distinctions de nature. Elle relève en revanche que l'intention véhiculée par le traité constitutif est de reconnaître aux États la compétence de la mise en œuvre dans les ordres internes. L'exégèse ainsi faite de l'article 25 de la Charte est illustrative de ce raisonnement :

« Cependant, l'article 25 de la Charte des Nations Unies dispose que les décisions du Conseil de Sécurité sont appliquées par les membres de l'Organisation sans pour autant statuer sur la question de la mise en œuvre desdites décisions, renvoyant ainsi, implicitement, au droit interne de chaque État. (...) [L]'article 25 de la Charte des Nations Unies ne prévoit pas que les décisions du Conseil de Sécurité soient appliquées directement par l'administration. »¹³⁷

74. En France, M. Ordonneau, Commissaire du gouvernement dans l'affaire *MBounya*, après avoir exposé comme séduisante, car facile, la thèse de l'effet direct comme une conséquence des obligations assumées en tant que membre des Nations Unies, mettait en exergue à la fois l'esprit de la Charte et la nature coopérative de l'ONU pour souligner que cette thèse ne devrait pas s'imposer dans l'ordre juridique français :

« Une solution qui paraît, au premier abord, simple et qui est certes séduisante, consisterait à reconnaître à la décision des Nations Unies du 13 mars 1959 valeur de disposition obligatoire dans tous les États membres de l'Organisation, et, notamment, en France. Cette conséquence découlerait des engagements pris par les signataires de la Charte de San Francisco, d'assumer les obligations que comporte la qualité de membre des Nations Unies. Cette thèse admise, vous n'auriez plus, à première vue, aucune difficulté à fonder sur un motif solide la décision que vous devez prendre. Malheureusement, nous ne pensons pas qu'il vous soit possible d'accepter de donner votre sanction à un tel raisonnement. Sans doute, sommes-nous tenus de respecter les dispositions de la Charte des Nations Unies (...). La charte vous oblige donc, mais seulement, dans les limites de ses dispositions, et nous ne croyons pas que celles-ci comportent – ni dans leur esprit ni dans leur texte – l'application *de plano*, sur le sol des États membres et par les juges statuant au nom de ceux-ci, des décisions de

¹³⁶ B. Trigeaud, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale*, op. cit. note 18, p. 479 (nous soulignons).

¹³⁷ Turquie, Conseil d'État, 10^e chambre, 4 juil. 2006, *Yasin A.A. Kadi*, n° 2006/4795 (traduction dans la thèse de W. Woll, *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, op. cit., note 104, pp. 381-382).

l'organisation, même de celles, très rares, à qui la charte reconnaît une valeur obligatoire.

L'organisation des Nations Unies n'est pas (...) une organisation supranationale comme l'est, dans certaines hypothèses, par exemple, la Communauté internationale [sic] du charbon et de l'acier. Ce n'est pas un législateur ; l'organisation ne devrait, en principe, réaliser le bien commun que par la conciliation, la persuasion et dans l'accord de tous. »¹³⁸

75. L'*opting out* apparaît comme un indice supplémentaire de l'absence d'effet direct, dans la mesure où le principe même de la mise en œuvre est dépendant de la volonté des États :

« [I]l ressort de la convention de Chicago en date du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, et notamment de ses articles 37 et 38 relatifs aux 'normes et pratiques recommandées internationales', que les normes adoptées par l'organisation de l'aviation civile internationale, *compte tenu de leur nature et notamment des possibilités de dérogations qu'elles comportent*, constituent des recommandations *s'adressant aux États* et ne peuvent être invoquées utilement à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. »¹³⁹

B. Quelle place à l'intention de l'organe institutionnel ?

76. Bien que le traité constitutif soit la source naturelle, ou du moins, première de l'effet direct, lorsqu'ils l'évoquent, les juges internes se contentent rarement de son analyse. Le plus souvent, ils interrogent l'acte lui-même,

- que ce soit en conjonction avec le traité constitutif :

« *Upon a careful reading of Article VII of the UN Charter and Security Council Resolutions 731 and 748, this Court holds that the Resolutions are not self-executing.* »¹⁴⁰

- ou indépendamment de toute référence à celui-ci :

« *In the absence of contrary indication in the international legislative history (...), we conclude that the provisions of Resolution 301 involved here do not confer on individual citizens rights that are judicially enforceable in American domestic courts.* »¹⁴¹

¹³⁸ France, Conseil d'État, 3 nov. 1961, *Sieur MBounya*, *Lebon* 1961, p. 612 ; concls. du Commissaire du gouvernement Ordonneau, *Lebon* 1961, pp. 616-617.

¹³⁹ France, Conseil d'État, 7 oct. 1998, *Larquetoux*, n° 185657, *Lebon T.* 1998, p. 667. C'est une jurisprudence constante de la haute juridiction administrative française ; v. aussi Conseil d'État, 20 nov. 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, n° 09839, *Lebon* 1981, p. 428 ; v. aussi France, Cour administrative d'appel de Paris, 10 févr. 1998, *Compagnie Air France*, n° 96PA02799, *Lebon* 1998, p. 563. Solution confirmée par Conseil d'État, 23 nov. 2001, n° 195550, *Lebon* 2001, p. 576.

¹⁴⁰ États-Unis, Cour du District de New York, 17 mai 1995, *Smith v. Libya*, 886 F.Supp. 306, *ILR*, vol. 113. La référence à « l'Article VII », au lieu du *chapitre VII*, en dit long sur le degré de familiarité des juges avec le droit onusien.

¹⁴¹ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 17 déc. 1976, *Diggs v. Richardson*, préc., note 74, (nous soulignons).

77. En procédant ainsi, les juges internes confirment, du moins en théorie, que la volonté de l'organe institutionnel pourrait être efficace pour conférer l'effet direct aux actes institutionnels. Il y a dans ces jurisprudences sans doute une réminiscence de l'avis *Compétence des Tribunaux de Dantzig*, pour lequel le texte de l'acte recelait l'intention de conférer l'effet direct. Mais elle fausse le raisonnement, car autant la vocation à effet direct d'un traité, acte auquel l'État a consenti individuellement, est envisageable, autant celle d'un acte institutionnel, dans lequel la volonté étatique est camouflée, voire dépassée par le processus institutionnel, apparaît illusoire.

78. Quoi qu'il en soit, l'apparente déférence à la volonté institutionnelle est sans réelle portée, car les juges internes l'utilisent pour affermir la présomption négative. Les actes institutionnels s'adressent quasi-invariablement aux États pour exiger ou recommander leur exécution dans l'ordre interne¹⁴², et les juges y puisent un indice de poids de l'intention négative des organes institutionnels. Si cette dernière est établie, la non-reconnaissance de l'effet direct, en réalité fondée sur des critères dégagés dans l'ordre interne, ne heurte plus de front l'ordre international. Ce raisonnement explique la prépondérance que joue, dans la jurisprudence interne, le critère subjectif du destinataire de l'acte¹⁴³.

79. C'est une analyse qui n'est pas dénuée de tout fondement. Le fait que les actes institutionnels s'adressent aux États est un signe que les organes institutionnels – quand bien même le pourraient-ils – n'ont pas l'ambition de percer le voile étatique. Même lorsqu'ils sont si précis qu'ils se prêtent à une application par l'administration ou par le juge interne, les actes institutionnels sont formulés à l'intention des États. Dans les organisations de coopération, il est en effet important de s'assurer le concours des organes politiques internes plutôt que de les contourner.

80. Ainsi, même les sanctions ciblées du Conseil de sécurité, qui expriment des interdictions très précises aussi bien dans leur dimension *ratione materiae* que *ratione personae*¹⁴⁴, passent par l'intermédiaire étatique :

« Décide que tous les États imposeront...

¹⁴² V. en ce sens H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, *op. cit.*, note 112, §1327, pp. 829-830.

¹⁴³ V. *infra*, pars. 91 et s.

¹⁴⁴ De ce point de vue, ce sont des actes normatifs complets, v. *infra*, pars. 84 et s.

Décide en outre qu'afin d'assurer l'application du paragraphe 2 ci-dessus, tous les États devront... »¹⁴⁵

De la même manière, le RSI prévoit :

« Invite les États Membres et le Directeur général à mettre pleinement en œuvre le Règlement sanitaire international (2005), conformément à l'objet et à la portée énoncés à l'article 2 et aux principes définis à l'article 3. »¹⁴⁶

81. Quelle que soit la volonté mise en avant – celle des auteurs du traité constitutif ou celle de l'auteur de l'acte institutionnel – la même conclusion se dégage : les actes institutionnels n'ont pas vocation à être d'effet direct ; dès lors, aucune présomption en ce sens ne s'impose aux ordres internes. Ainsi inconditionnée par l'ordre international, la reconnaissance de l'effet direct devient une question éminemment interne.

§ 2 *La réalisation conditionnée de l'effet direct, à la lisière des ordres internes et de l'ordre international*

82. Bien que chaque ordre interne connaisse sa propre théorie de l'effet direct, un noyau dur de conditions de reconnaissance se cristallise. Dans tous les ordres internes, ces conditions ont été précisées au fil du temps et au gré des affaires concernant l'application des conventions internationales. Leur caractère objectif permet toutefois d'en étendre l'application à la source institutionnelle.

83. Deux indices sont généralement mis en avant pour démontrer que les actes institutionnels n'ont pas vocation à être d'effet direct (ou auto-exécutoires, selon un autre terme couramment utilisé). L'un, objectif, tient à la normativité incomplète de l'acte institutionnel : de par son objet ou de par son contenu, l'acte institutionnel ne se prête pas à une application par les juges internes. L'autre, subjectif, s'attache à identifier les destinataires des actes institutionnels : si ce sont les États, on considère que l'acte impose, ou du moins laisse le champ libre à la médiation normative de celui-ci. Ce dernier critère, d'un maniement d'autant plus aisé que le juge se contente d'identifier le destinataire direct de la norme, sans rechercher son bénéficiaire, est souvent décisif dans la réfutation de l'effet direct des actes

¹⁴⁵ CSNU, Rés. 1267 (1999), du 15 oct. 1999, S/RES/1267 (1999), pts. 3 et 4 du dispositif. Pour d'autres exemples de résolutions CSNU qui demandent aux États de prendre toutes mesures nécessaires, en vertu de leur droit interne, pour mettre en application ses décisions, v. J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les États membres*, op. cit., note 110, p. 400).

¹⁴⁶ OMS, Règlement sanitaire international (2005), Préambule.

institutionnels. En pratique, la distinction entre tous ces critères n'est pas tranchée ; critères cumulatifs, souples de surcroît, ils se combinent plus qu'ils ne rivalisent pour justifier le cachet de *non self-executing*¹⁴⁷.

A. Les critères textuels : l'objet de la norme institutionnelle et la complétude normative

84. Les critères textuels de l'effet direct se regroupent autour de deux pôles : pour que la norme soit d'effet direct, il est nécessaire qu'elle attribue des droits ou obligations à des personnes privées – c'est le critère de l'objet – et qu'elle soit suffisamment précise et inconditionnelle pour se plier à une application par le juge – c'est le critère de la complétude normative.

1. L'objet de la norme internationale concerne-t-il les droits subjectifs des particuliers ?

85. Le critère de l'objet est au cœur de la théorie de l'effet direct, car ce n'est que si les personnes privées peuvent être affectées par la norme internationale que la question de son efficacité interne sera soulevée d'une manière assez systématique pour donner lieu à des constructions théoriques. C'est effectivement à l'aune de la modification du patrimoine juridique des individus que l'effet direct est d'ordinaire testé¹⁴⁸. Ce même critère est également celui qui permet de distinguer l'effet direct de l'application immédiate. Si l'application immédiate est la capacité de l'acte à être source de Droit objectif, l'effet direct se réfère au potentiel du droit international à être source de droits subjectifs. De ce point de vue,

¹⁴⁷ Certains auteurs, à l'instar de Bélangère Taxil, considèrent l'objet de la norme (la création de droits et obligations pour les personnes privées) comme étant le critère subjectif : « Le premier est le critère objectif du degré de 'normativité' du traité : c'est celui du caractère *self-executing* aux États-Unis, que l'on peut rapprocher de l'exigence française d'une norme précise et complète. (...) Le second critère est celui de l'objet de la norme : crée-t-elle des droits subjectifs pour des individus, qu'elle prendrait donc pour destinataires directs ? Ce critère subjectif du destinataire est également utilisé de chaque côté de l'atlantique. » (B. Taxil, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux... », *op. cit.*, note 25, p. 159). Ce n'est pas sous cet angle que le critère du destinataire est envisagé dans la présente étude (*infra*, par. 85).

¹⁴⁸ La doctrine française considère que l'effet direct peut également renvoyer à des droits pour les collectivités étatiques. Ainsi, J.-F. Lachaume considère qu'il appartient « au juge judiciaire, confronté à une norme internationale invoquée devant lui et qui n'a pas été relayée par une norme de droit interne, de rechercher, au besoin par l'interprétation si cette norme est auto-exécutoire et *produit donc des effets juridiques directs à l'égard des personnes privées, des collectivités et établissements publics* » (« Droit international et juridiction judiciaire », *Répertoire de droit International*, Dalloz, oct. 2009, p. 16 (nous soulignons)). Cette conception se base sur une assimilation des concepts d'effet direct et d'invocabilité v. *infra*, Chapitre 4, pars. 193-194, en particulier).

l'analyse que font Guy Isaac et Marc Blanquet de ces notions en droit de l'Union européenne paraît transposable aux actes internationaux :

« Non seulement le droit de l'Union européenne s'insère automatiquement dans l'ordre interne des États membres, et y devient une source de droit, mais il possède une aptitude générale à y compléter directement le patrimoine juridique des particuliers de droits subjectifs et/ ou d'obligations, tant dans leurs rapports avec d'autres particuliers que dans leurs relations avec l'État dont ils relèvent. »¹⁴⁹

86. Il existe toutefois une parenté substantielle entre ce critère de l'effet direct et le refus de l'application immédiate qui a cours dans les États de tradition dualiste. L'impossibilité pour la norme internationale d'affecter le patrimoine juridique des particuliers est à la base de la théorie dualiste de Heinrich Triepel. Pour le juriste allemand, l'ordre interne et l'ordre international ne régissent ni les mêmes sujets ni les mêmes matières : à l'ordre interne les rapports entre les personnes privées, à l'ordre international les rapports entre les États. Dès lors, conclut-il, il ne saurait y avoir ni confrontation ni concurrence entre ces systèmes juridiques différents :

« Puisque le droit interne et le droit international ne régissent pas les mêmes rapports, il est impossible qu'il y ait jamais une 'concurrence' entre les sources des deux systèmes juridiques. »¹⁵⁰

87. Tel est le postulat de base du dualisme. S'il pouvait se vérifier jusqu'au début du XX^e siècle, il est aujourd'hui rattrapé par la réalité¹⁵¹. Nombre de règles internationales atteignent – du moins potentiellement, de par leur champ matériel – le patrimoine juridique des particuliers. Les juges s'efforcent donc de concevoir des mécanismes pour assurer une certaine forme d'efficacité aux règles internationales¹⁵², tout en maintenant la position de principe consistant à exiger l'incorporation pour leur donner plein effet¹⁵³.

¹⁴⁹ G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, note 17, p. 375. Certes, si l'analyse est transposable, il n'en va pas de même des conclusions tirées.

¹⁵⁰ H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *op. cit.*, note 10, p. 83. A. Cassese résume ainsi la logique dualiste : « *This doctrine started from the assumption that international law and municipal legal systems constitute two distinct and formally separate categories of domestic legal orders. They differ as to (1) their subjects (...); (2) their sources (...); and (3) the contents of the rules.* » (*International Law*, *op. cit.*, note 111, p. 163). Le dualisme dogmatique néglige de prendre en considération l'érosion de la séparation quant aux sujets et quant au contenu des règles respectives. La séparation entre l'ordre interne et l'ordre international est aujourd'hui principalement fondée sur une séparation entre les sources respectives.

¹⁵¹ V. en ce sens, G. Gaja, « Dualism – a Review », in J. E. Nijman et A. Nollkaemper (dir.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, *op. cit.*, note 12, pp. 54-56

¹⁵² V. *infra*, chapitre 4, Section II, pars. 180 et s.

¹⁵³ V. *inter alia*, Afrique du Sud, Cour Suprême, 22 juin 1984, *Binga v. Administrator-General*, *ILR*, n° 82, p. 464 (à propos de la rés. 2372 (XXII) (1968) de l'Assemblée générale des Nations Unies) ; Royaume-Uni, High Court, 27 juil. 2009, *The Queen on the Application of Al-Haq - and - Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, n° C0/1739/2009, [2009] EWHC 1910 (Admin), par. 60 (Justice Cranston).

88. Pour revenir au critère de l'objet dans la théorie de l'effet direct, certains auteurs le considèrent sous l'angle subjectif¹⁵⁴. Ils soulignent que l'identification du destinataire de la norme et celle de son bénéficiaire sont des questions qui coïncident. Ce raisonnement fonctionne bien dans le cas des dispositions conventionnelles, dont les États sont les auteurs et dont les destinataires éventuels, lorsqu'il ne s'agit pas d'eux-mêmes – sont des sujets extérieurs. Sauf cas exceptionnel, les destinataires ne seront d'ailleurs que des personnes privées, puisque les États n'ont pas les moyens d'imposer des obligations ou d'octroyer des droits conventionnels à d'autres sujets actifs du droit international. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Mais cet argument n'a plus la force de l'évidence dans le cas du droit institutionnel. En effet, les États n'étant plus auteurs de la norme – celle-ci étant imputable à l'organe institutionnel – ils peuvent prendre la posture du destinataire (ou adressataire, pour reprendre le vocable kelsenien¹⁵⁵). C'est effectivement ce qui se passe dans le cadre du droit institutionnel : les États sont les sujets auxquels s'adressent les actes institutionnels¹⁵⁶. Ils sont des destinataires au sens premier du terme. En revanche les personnes privées peuvent être indirectement affectées par ces actes, en tant que bénéficiaires de droits ou débiteurs d'obligations. Cela arrive lorsque le champ matériel de la norme interfère avec le patrimoine juridique des personnes privées.

89. En ce qui concerne les normes conventionnelles, le critère de l'objet est classique. Il était l'éveilleur de l'applicabilité directe dans l'avis *Compétence des tribunaux de Dantzig*¹⁵⁷ ; c'est en raison de l'explosion normative des traités des droits de l'homme que la jurisprudence interne a eu à se prononcer régulièrement au sujet de l'effet direct ; et on ne compte plus les analyses doctrinales qui tentent régulièrement d'en dissiper les mystères. Il serait vain de résumer ici la teneur de ces arguments : chaque ordre juridique interne décline ce critère selon mille nuances. Ce qui intéresse cette étude est l'automatisme de sa transposition à la source institutionnelle, qui laisse penser que les juges considèrent que la différence de nature entre les traités et le droit dérivé est sans conséquence sur l'appréciation de l'effet direct.

¹⁵⁴ Ainsi, Bérangère Taxil définit le critère subjectif : « Le second critère est celui de l'objet de la norme : crée-t-elle des droits subjectifs pour des individus, qu'elle prendrait donc pour destinataires directs ? Ce critère subjectif du destinataire est également utilisé de chaque côté de l'Atlantique. » (in « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux... », *op. cit.*, note 25, p. 159). Dans le même sens, J. Verhoeven, « La notion d'*applicabilité directe* du droit international », *op. cit.*, note 6, p. 253.

¹⁵⁵ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkini, Paris, PUF, 1996, p. 10, 36.

¹⁵⁶ V. *infra*, pars. 76 et s.

¹⁵⁷ V. *supra*, par. 59 et s.

90. En effet, la jurisprudence relative à l'effet direct des traités est évoquée ou appliquée, sans qu'à aucun moment sa pertinence ne soit questionnée, ou que la différence de source internationale soit relevée. Il en est ainsi de la célèbre décision *Diggs v. Richardson* – et ce n'est qu'un exemple parmi d'autres¹⁵⁸. La Cour d'appel du district de Columbia rappelle dans un premier temps la jurisprudence relative au caractère *self-executing* des traités :

« [A] treaty may also contain provisions which confer certain rights upon the citizens or subjects of one of the nations residing in the territorial limits of the other, which partake of the nature of municipal law, and which are capable of enforcement as between private parties in the courts of the country. A treaty, then, is a law of the land as an act of Congress is, whenever its provisions prescribe a rule by which the rights of the private citizen or subject may be determined. »¹⁵⁹

Elle applique ensuite cette jurisprudence aux résolutions du Conseil de sécurité relatives à l'embargo contre l'Afrique du Sud :

« Applying this kind of analysis to the particular Security Council Resolution on which plaintiffs rely.... »¹⁶⁰

Et conclut que ces résolutions n'octroient pas de droits aux personnes privées :

« They do not by their terms confer rights upon individual citizens (...). The provisions deal with the conduct of our foreign relations, an area traditionally left to executive discretion. »¹⁶¹

91. Plus curieusement, ce critère a pu être invoqué au sujet des actes recommandatoires. En Autriche, la Cour administrative a été aux prises avec cet argument dans l'affaire *Georg*¹⁶² (en l'espèce, l'absence d'effet direct était invoquée par le requérant). D'une manière très prudente, la Cour a analysé l'effet direct de certaines résolutions de l'Assemblée générale :

« Special care is therefore required in the application by analogy to individuals of the purposes and principles contained in the Charter of the United Nations. A sensible

¹⁵⁸ Parmi de nombreux autres exemples, v. concls. D. Piveteau, Commissaire du gouvernement, sous Conseil d'État, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, p. 8 (non publiées).

¹⁵⁹ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 17 déc. 1976, *Diggs v. Richardson*, préc., note 74, p. 613, note de bas de page omise.

¹⁶⁰ *Ibid.*. En fait la circulation est à double sens. Ainsi les juges américains se réfèrent à la jurisprudence relative aux résolutions du Conseil de sécurité même lorsqu'ils se prononcent sur le caractère *self-executing* des normes conventionnelles. V. États-Unis, Cour du District de Columbia, qui se prononce sur le caractère *self-executing* des Conventions de Genève de 1949 en appliquant la jurisprudence relative aux rés. CSNU : « The controlling law in this Circuit on the subject of whether or not treaties are self-executing is *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848 (D.C.Cir.1976) » (8 nov. 2004, *Hamdan v. Rumsfeld*, 344 F.Supp.2d 152).

¹⁶¹ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, *Diggs v. Richardson*, préc., note 74, p. 613, note de bas de page omise. Dans le même sens, v. États-Unis, Cour du District Est de New York, 30 juin 2006, *Stutts v. The Dietrich Group*, 2006 WL 1867060 (EDNY).

¹⁶² Pour les détails factuels, v. *supra*, Chapitre 2, pars. 253.

decision can only be arrived at if in each particular case due consideration is given to all the relevant facts. »¹⁶³

Toutefois, si la Cour a finalement considéré ces résolutions opposables aux personnes privées, c'était en raison du renvoi conventionnel opéré par la Convention de Genève relative au statut des réfugiés¹⁶⁴.

92. Dans l'affaire *Smith v. Libya*, la Cour du district de New York suit la jurisprudence *Diggs v Richardson*. En l'espèce un nombre d'ayants-droits des victimes de l'attentat de Lockerbie avait saisi le juge américain pour obtenir réparation de la part de la Libye. La Cour a conclu que les résolutions n'avaient pas pour objet de reconnaître aux personnes privées le droit d'obtenir réparation :

*« As noted above, the Resolutions [731 and 748] at issue condemn terrorism and impose economic and diplomatic sanctions against Libya. This Court finds that the primary purpose of S/23308 is to demand Libya participate in the criminal investigation of the Lockerbie disaster. The vague directive that Libya must 'pay appropriate compensation' does not refer to our judiciary system or confer upon an individual the right to sue Libya to recover 'appropriate compensation'. »*¹⁶⁵

2. Le critère de la complétude normative

a) La définition du critère de la complétude normative

93. Le second critère textuel de l'effet direct concerne la complétude normative. Selon ce critère, est dépourvue d'effet direct la norme qui « n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour servir à cette fin. (...) Ce qui s'oppose à l'effet direct, ce n'est pas l'objet de la norme [hypothèse analysée plus haut], c'est son *absence de précision* ou son caractère *conditionnel*... Elle suppose nécessairement l'intervention d'une législation nationale d'application... »¹⁶⁶. On a souligné que « [l]e caractère inconditionnel ou impératif

¹⁶³ Autriche, Cour administrative, 16 mai 1972, *Georg K v. Ministère de l'intérieur*, n° Zl. 185/72, ILR, vol. 71, p. 290.

¹⁶⁴ V. *supra*, Chapitre 2, par. 252.

¹⁶⁵ États-Unis, Cour du District de New York, 17 mai 1995, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 886 F.Supp. 306, ILR, vol. 113, pp. 311-312. Les juges, de 1^{ère} instance et d'appel, ont conclu que les résolutions n'avaient pas pour effet de priver la Libye de ses immunités juridictionnelles. On voit ici que le juge américain analyse l'effet direct sous l'angle du *right of action* et de la compétence juridictionnelle, ce qui ne peut que conduire à une conclusion négative (v. *infra*, Chapitre 4, par. 106).

¹⁶⁶ Concls. R. Abraham sous Conseil d'État, 22 sept. 1997, *Mlle Cinar, RFDA* 1998-3, p. 563 (italiques dans l'original). Dans le même sens, J. Verhoeven, « La notion d'*'applicabilité' directe* du droit international », *op. cit.*, note 6, p. 249).

de la norme invoquée n'est pas une exigence propre au droit international ; c'est même le 'critère de l'applicabilité de toute norme juridique'. »¹⁶⁷

94. Ainsi défini, le critère de la complétude normative est extrêmement malléable. En réalité, le manque de précision d'une norme n'est pas un obstacle dirimant, car il a toujours été de l'office du juge d'interpréter les dispositions rédigées en termes vagues ou très généraux. L'inclination pour les législations bavardes, propre aux temps présents, diminue peut-être, mais n'abolit pas pour autant ce pouvoir de *jurisdictio*. « Le seul pouvoir discrétionnaire qui exclut l'effet direct est celui qui, en raison de la séparation des pouvoirs, se trouve réservé au législateur ou à l'Administration, en un mot, au pouvoir politique. En revanche, le pouvoir d'appréciation qui fait partie de l'office du juge est parfaitement compatible avec l'effet direct »¹⁶⁸.

95. Ce n'est donc pas la rédaction de la norme qui est décisive pour la reconnaissance de l'effet direct, mais son caractère inconditionnel. Encore une fois, la conceptualisation de l'effet direct par les spécialistes de droit de l'Union européenne est de secours pour la compréhension du caractère inconditionnel : selon Guy Isaac et Marc Blanquet, est inconditionnelle la disposition dont l'application n'est subordonnée « à aucune mesure [normative] ultérieure comportant un pouvoir discrétionnaire »¹⁶⁹. Dans cette hypothèse l'acte interne ne se borne pas à reproduire le contenu de la norme internationale, mais le complète également. En effet, « [c]e qui est dirimant, c'est le caractère insuffisamment complet de la norme, qu'il faut admettre lorsque le traité laisse à l'État une marge d'appréciation, un pouvoir discrétionnaire quant à l'étendue, aux conditions ou aux modalités du droit ou de l'obligation dont il se borne à prévoir le principe, sous forme en quelque sorte d'objectif. »¹⁷⁰

96. La mise au jour de l'existence d'une marge d'appréciation n'est pas une opération technique ou neutre, puisque l'exécution interne se fera sous l'empire de la séparation des pouvoirs : le Législatif peut alors demander de revenir dans le jeu. Par ailleurs, lorsque le juge interne justifie l'absence d'effet direct par l'existence d'une marge d'appréciation dans le chef

¹⁶⁷ B. Taxil, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux... », *op. cit.*, note 25, p. 166, note de bas de page omise. Pour une application de ce critère aux normes internes, v. C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique...*, *op. cit.*, note 28, pp. 244-255.

¹⁶⁸ G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, note 17, p. 381.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 379.

¹⁷⁰ Concls. G. Dumortier sous Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, *RFDA*, 2012, p. 547.

des autorités nationales, il ouvre la voie au contrôle juridictionnel de cette marge d'appréciation.

b) Le lien entre la valeur normative et la complétude normative

97. Un exemple topique de normes conditionnelles *obligatoires* est celui des obligations internationales progressives, dont la réalisation est reconnue dépendante des ressources dont l'État dispose. Les droits-créances, en particulier les droits sociaux collectifs qui reposent sur des prestations positives de la part de l'État, en font partie¹⁷¹. De la même manière, les actes à teinte pénale, que ce soit ceux qui prévoient les éléments matériels de l'incrimination ou ceux dont l'efficacité est conditionnée par l'édiction, dans l'ordre interne, de sanctions attachées à leur violation¹⁷², sont intrinsèquement conditionnels puisqu'ils reposent sur le système coercitif étatique.

98. En application du critère de la complétude normative, les *actes institutionnels recommandatoires* sont par principe exclus du bénéfice de l'effet direct. Par définition, ils sont conditionnels, puisque le pouvoir discrétionnaire de l'État s'étend au principe même leur mise en œuvre, et n'affecte pas uniquement les modalités de celle-ci ou leur contenu. Même si leurs dispositions étaient précises, cela ne changerait rien à leur caractère intrinsèquement conditionnel. C'est sous cet angle qu'on peut analyser les arguments jurisprudentiels (surabondants aux yeux d'un internationaliste¹⁷³) qui soulignent l'absence d'effet direct des actes non obligatoires :

« [I]t cannot be assumed that the State is bound by the contents of this Conclusion [of the UNHCR] under international law or, even if it were, that the contents of the said regulation can be assumed to be binding on individuals under Article 93 of the Dutch Constitution [Grondwet] and used as grounds for appeal to the national courts. »¹⁷⁴

¹⁷¹ La question se pose surtout pour les normes conventionnelles (v. A. Miron, « L'application par les juges des autres États », in J.-M. Thouvenin et A. Trebilcock (dir.), *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, T. 1 : Particularités du droit international social, Bruxelles, Bruylant, spéc. pars. 7 et s., pp. 560 et s.).

¹⁷² V. *supra*, pars. 44 et s.

¹⁷³ Mais v. *supra*, Chapitre 1, pars. 18 et s., sur la retenue des juges internes dans l'appréciation de la valeur normative de l'acte institutionnel.

¹⁷⁴ Pays-Bas, Cour d'appel de La Haye, 31 oct. 2002, *VAJN and NJCM v. Netherlands*, ILDC 143 (NL 2002), par. 5.7. L'affaire concerne une procédure administrative introduite par le gouvernement néerlandais pour rejeter les demandes d'asile manifestement mal fondées en quarante-huit heures. Des ONG ont introduit un recours en considérant que cette procédure accélérée accroît le risque de décisions arbitraires et est contraire à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés. Elles ont également invoqué la violation de la Conclusion n° 30 (XXXIV) - 1983 du Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, du 20 oct. 1983, « Le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile ».

En revanche, les actes recommandatoires peuvent avoir pour objet ou simplement pour effet de préciser le sens des dispositions conventionnelles à « texture ouverte »¹⁷⁵ et faciliter ainsi la reconnaissance de l'effet direct interne de celles-ci. Il existe ainsi des exemples où le droit institutionnel complète utilement la norme conventionnelle¹⁷⁶.

99. Est également conditionnel l'acte qui, tout en étant formellement obligatoire, laisse aux États l'appréciation de l'opportunité de sa mise en œuvre¹⁷⁷ ou, du moins, leur ouvre une possibilité d'inexécution. C'est sur cette base que la Cour de justice de l'UE a considéré que les rapports de l'ORD étaient dépourvus d'effet direct dans l'ordre de l'Union européenne¹⁷⁸. Le juge français développe un raisonnement similaire pour justifier l'inapplicabilité interne des annexes de l'OACI :

« les normes adoptées par l'Organisation de l'aviation civile internationale, compte tenu de leur nature et *notamment des possibilités de dérogations qu'elles comportent*, constituent des recommandations s'adressant aux États. »¹⁷⁹

100. La qualification de « recommandations » prête le flanc à la critique¹⁸⁰, mais le raisonnement, bien qu'elliptique, paraît cohérent. Le juge néo-zélandais, dans une démonstration riche en arguments, fondés à la fois en droit international et en droit interne, est arrivé à une conclusion similaire :

« On their face these provisions [of Annex 13 ICAO] contemplate—consistently of course with arts 37 and 38 and, to the extent that it is relevant, art 26—that contracting States will exercise some freedom in deciding how far to give effect to the standards included in the annex. (...) The extent of state freedom in deciding how and how far to implement the annex and especially para 5.12 also appears from the

¹⁷⁵ V. *supra*, Chapitre 2, pars. 194 et s.

¹⁷⁶ V. Belgique, Cour constitutionnelle, 15 mars 2011, *ADS et autres c. Belgique*, n° 37/2011, *ILDC* 1726 (BE 2011) (utilisation des directives de la COP pour donner effet à l'article 8 de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac ; v. aussi *supra*, par. 213) ; Israël, Cour suprême, 30 mars 2006, *Kav La'oved Association v Israel and ors*, 4542/02, *ILDC*, p. 382 (IL 2006) : utilisation de la Recommandation (n° 86) sur les travailleurs migrants (révisée) pour compléter la Convention (n° 97) de l'OIT sur les travailleurs migrants ; Cyprus, Cour suprême, 5 nov. 2004, *Wilesinge v Police*, Criminal Appeal n° 7789, *ILDC* 900 (CY 2004), par. 13 : utilisation des Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile pour l'interprétation de la Convention réfugiés.

¹⁷⁷ C'est le cas des actes obligatoires à contenu souple v. *supra*, Chapitre 1, pars. 63 et s.

¹⁷⁸ CJCE, Grde. Ch., 8 sept. 2008, *FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission*, préc., note 132, spéc. par. 72. ; v. not. C. Eckes, « The European Court of Justice and (Quasi-)Judicial Bodies of International Organisations », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 85-109.

¹⁷⁹ France, Conseil d'État, 20 nov. 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, préc. note 139, p. 428 (nous soulignons).

¹⁸⁰ V. *supra*, Chapitre 1, par. 64-67.

*national legislation that has been brought to our attention and from related notifications of difference under art 38 of the convention. »*¹⁸¹

101. L'assimilation entre effet direct et force obligatoire est le raccourci préféré des juges qui veulent contourner les difficultés relatives à la détermination de la valeur normative :

« Considérant que la convention de 1992 instituant le FIPOL *ne détermine nullement les conditions dans lesquelles les actes internes de ce fonds de garantie, créé par les gouvernements et financé par l'industrie pétrolière, pourraient produire des effets directs à l'égard des États membres et de leur juridiction ;*

Qu'en l'absence de toute précision à cet égard dans l'acte constitutif (2^{ème} convention de 1992), un pouvoir normatif propre ne saurait être reconnu à cet organisme intergouvernemental. »¹⁸²

C'est un raisonnement à rebours : puisqu'ils sont dénués d'effet direct les actes sont par conséquent dénués de force obligatoire, semble dire le juge. Voilà qui est étonnant ! S'il est certain que, du point de vue de l'ordre interne (français), la déclaration d'absence d'effet direct est le prélude à l'exclusion de la norme du bloc interne de légalité¹⁸³, cet amalgame de deux concepts par nature distincts reste malheureux. On peut arriver à la même conclusion sans prendre des chemins de traverse : dénués de valeur obligatoire, les actes institutionnels sont forcément dénués d'effet direct.

B. Prépondérance du critère du destinataire dans l'appréciation de l'effet direct des actes institutionnels

102. Les critères textuels de l'effet direct se découvrent à partir de l'interprétation judiciaire du traité constitutif de l'organisation-auteur de l'acte, ou encore de l'acte institutionnel lui-même¹⁸⁴. Si le juge entend faire l'impasse sur le processus d'interprétation, il s'en remet au critère du destinataire de l'acte : s'il s'adresse aux autorités politiques, l'acte est présumé dépourvu d'effet direct. C'est un outil doublement commode : il débarrasse les juges des subjectivités de l'interprétation et il leur offre une garantie d'objectivité, dans la mesure où, par ce biais, ils en réfèrent en fait à l'intention des auteurs de l'acte institutionnel¹⁸⁵.

¹⁸¹ Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association Inc.*, préc., note 44, pp. 560-561

¹⁸² France, Cour d'appel de Rennes, 25 mai 2004, *FIPOL (Erika)*, n° 04/00528, (nous soulignons).

¹⁸³ V. en ce sens, la critique de F. Latty dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, op. cit., note 38, spéc. pars. 14-20.

¹⁸⁴ V. *supra*, pars. 63 et s.

¹⁸⁵ V. *supra*, pars. 76-80.

103. Souvent, le critère du destinataire rejoint, jusqu'à se confondre avec, celui de la conditionnalité, pour offrir un soubassement ferme à l'absence d'effet direct des actes institutionnels. En effet, en s'adressant aux États, les actes institutionnels les engagent à prendre des mesures *positives* pour assurer leur exécution. Ces mesures positives sont nécessairement d'ordre normatif. Par des formules du type « les États prendront les mesures nécessaires/appropriées... », l'acte institutionnel dévoile l'existence d'une marge d'appréciation dans le chef des autorités d'exécution (elles seules peuvent apprécier ce qui est nécessaire ou approprié)¹⁸⁶ et identifie l'État comme son destinataire. Il s'en remet à l'ordre interne pour l'identification des modalités d'exécution les plus compatibles avec ses impératifs, notamment avec la séparation des pouvoirs.

104. L'application du critère du destinataire est essentiellement identique dans le cas des dispositions conventionnelles et institutionnelles. En effet, si la disposition conventionnelle en cause reconnaît des droits ou pose des interdictions d'une manière très affirmée, le juge la considère d'effet direct, tandis que si elle formule un engagement étatique (« Les États parties reconnaissent... »; « Les États parties s'engagent à... »¹⁸⁷), l'effet direct lui est le plus souvent dénié. L'argument n'est peut-être pas péremptoire lorsque le juge analyse l'effet direct des dispositions conventionnelles¹⁸⁸, il paraît toutefois décisif dans le cadre du droit institutionnel :

« En effet, et pour s'en tenir donc à cette seule résolution 748, nous sommes enclins à faire nôtre le double critère de l'effet direct que proposait Ronny Abraham dans ses conclusions sous l'arrêt GISTI du 23 avril 1997 précité. Il faut que la convention ne se borne pas à créer des obligations aux seuls États ; il faut ensuite qu'elle soit rédigée dans des termes assez précis et impératifs.

Or, si la seconde condition est sans doute remplie, la première ne l'est sûrement pas. *Cette résolution, dans sa forme comme dans son contenu, n'adresse ses prescriptions qu'aux États, et n'entend créer aucune obligation ou aucun droit pour les particuliers.* »¹⁸⁹

¹⁸⁶ Sur le critère de la marge d'appréciation, v. S. D. Murphy, « Does International Law Obligate States to Open Their National Courts ? », *op. cit.*, note 111, pp. 76-78.

¹⁸⁷ Comparer à titre d'exemple les différences rédactionnelles entre le Pacte sur les droits civils et politiques et le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels. Ces différences rédactionnelles ont une influence considérable sur l'appréciation de l'effet direct.

¹⁸⁸ V. France, Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, préc. note 183 : « [L]'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit. » (v : aussi commentaire par F. Latty, *op. cit.* note 183).

¹⁸⁹ France, Conseil d'État, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, *Lebon* 1997, p. 501, concls. D. Piveteau, préc., note 158, pp. 9-10 (nous soulignons).

105. Les jurisprudences internes mettent en évidence deux approches parallèles du critère du destinataire. Une première se contente de souligner que les actes institutionnels sont rédigés à l'intention des États¹⁹⁰. L'argument est alors suffisant pour écarter son application immédiate par le juge et exiger l'incorporation par un acte spécifique (sans questionner si c'est l'autorité législative ou gouvernementale qui en a la charge). Que l'on soit en présence d'un système de tradition moniste ou dualiste, la teneur de l'argument est comparable. Ainsi :

- dans une affaire portant sur l'application des résolutions du Conseil de sécurité relative à la Rhodésie¹⁹¹, le juge australien a considéré que les résolutions s'adressaient aux États membres et que leur exécution interne devait tenir compte des compétences respectives du Parlement et de l'Exécutif :

*« Reliance was placed upon the resolutions of the Security Council to which reference has already been made. These resolutions are, in their terms, addressed to Member States who, by art 25 of the Charter, have agreed to accept and carry out the decisions of the Security Council (...). However, resolutions of the Security Council neither form part of the law of the Commonwealth nor by their own force confer any power on the Executive Government of the Commonwealth which it would not otherwise possess. »*¹⁹²

- dans une affaire faisant suite à un accident mortel provoqué par un avion des Forces armées américaines durant une séance d'entraînement dans les Alpes italiennes¹⁹³, des associations ont demandé au juge l'interdiction des vols à basse altitude. Les États-Unis ont mis en avant l'immunité de juridiction pour des activités souveraines. Tout en fournissant une interprétation (discutable) des dispositions de la DUDH, la Cour de cassation italienne a considéré qu'elles s'adressent aux États et ne peuvent dès lors faire obstacle à la règle de l'immunité :

« Il ne peut pas non plus se fonder sur l'article 8 de la DUDH, approuvée par l'AGNU le 10 décembre 1946, dans la mesure où elle reconnaît le droit de chacun de disposer, devant les juridictions nationales compétentes, d'un moyen

¹⁹⁰ La doctrine également trouve l'argument suffisant. V. A. Jacquemont, note sous France, Cour d'appel de Paris, 23 juin 1995, *Société Butec*, *JDI*, n° 2, 1997, p. 450 ; et G. Guillaume, « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies prises en vertu du chapitre VII de la Charte », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 2, 1998, p. 546, par. 15 en particulier.

¹⁹¹ Le requérant, M. Bradley, de nationalité sud-africaine, était employé du Département Rhodésien de l'Information, ayant un siège à Sydney. Il y était chargé de la distribution d'un journal, *The Rhodesian Commentary*. En avril 1973, le Postmaster General australien décide que tous les moyens de communication du Rhodesian Information Centre doivent être bloqués. Cette décision fut prise afin d'assurer l'application des résolutions du Conseil de sécurité, en particulier la rés. 277 (1970), du 18 mars 1970.

¹⁹² Australie, High Court, 10 sept. 1973, *Bradley v. The Commonwealth of Australia and the Postmaster-General*, *ILR*, vol. 52, 1979, p. 2 (nous soulignons) ; v. aussi note N. C. H. Dunbar, *JDI*, n° 4, 1974, p. 865-868.

¹⁹³ V. J. Tagliabue, « Death in the Alps : A special report », 18 févr. 1998, *The New York Times*, <http://www.nytimes.com/1998/02/18/world/death-in-the-alps-a-special-report-how-wayward-us-pilot-killed-20-on-ski-lift.html?pagewanted=all&src=pm>.

de recours contre les actes commis en violation des droits fondamentaux reconnus par la Constitution et les lois. Outre le fait que *cette disposition n'a pas de valeur immédiate prescriptive et est adressée à l'État membre*, il est certain qu'elle ne cherche à régir que les relations entre l'individu et l'État dont il est le citoyen (au sens que chaque État doit reconnaître à ses citoyens la protection judiciaire de leurs droits fondamentaux) et n'influence pas la question distincte de la compétence exclusive de chaque État pour réglementer les activités qui relèvent de sa souveraineté, ni n'a pour effet d'exclure ou de limiter le principe de l'immunité de juridiction pour les actes *jure imperii*. »¹⁹⁴

- dans l'affaire *MBounya*, le Commissaire du Gouvernement Ordonneau insistait déjà sur les destinataires étatiques des obligations issues de la Charte des Nations Unies :

« Mais même dans le cas, exceptionnel, où un organe des Nations Unies possède un pouvoir de formuler une décision obligatoire, cette décision ne s'impose qu'aux États membres qui ont, en signant la Charte, assumé l'obligation de s'y conformer. Elle ne s'impose certainement pas directement aux citoyens de ces États, ni aux juges : on ne concevrait pas, par exemple, qu'un ordre de cessez-le-feu, lancé par le Conseil de sécurité, oblige directement et individuellement les soldats de la puissance à laquelle a été adressée l'injonction. C'est à l'État en cause, obligé certes d'exécuter, qu'il appartient de prendre toute mesure de droit interne nécessaire à l'application de la décision qui s'adresse à lui.

Placé, en quelque sorte, à l'intérieur de l'État, et séparé de l'autorité internationale par l'écran que celui-ci constitue, le juge national ne peut connaître que des mesures d'application prises par l'autorité nationale pour satisfaire à l'injonction qui lui est adressée. »¹⁹⁵

- dans une affaire relative à une demande de coopération adressée par le TPIR aux autorités françaises, à laquelle celles-ci ont refusé de donner suite, le Conseil d'État français a également mis en avant le critère du destinataire de la Résolution 955 (1994), portant statut du Tribunal pour le Rwanda, pour justifier l'annulation judiciaire de cette décision de refus :

« Considérant qu'en *application de ces dispositions, qui s'adressent aux États*, la constatation de l'existence d'une éventuelle défaillance d'un État à s'acquitter d'une obligation lui incombant au titre de l'article 28 du Statut appartient à la chambre ou au juge qui a ordonné la mesure dont l'inexécution

¹⁹⁴ Italie, Cour de cassation, Ch. civile, 3 août 2008, *Caso Cermis*, n° 530 (notre traduction ; l'original : « *Né, in contrario, può valere la previsione di cui all'articolo 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 10 dicembre 1948, nella parte in cui riconosce il diritto di ognuno di ricorrere davanti al competente giudice nazionale contro gli atti commessi in violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalle leggi. Ciò perché - anche a non tener conto che siffatta regola non ha valore precettivo immediato ed è rivolta agli Stati - certo è che la stessa mira a disciplinare soltanto i rapporti tra l'individuo e lo Stato del quale quegli è cittadino (nel senso che ogni Stato deve riconoscere ai propri cittadini la tutela giudiziaria dei loro diritti fondamentali) e non anche a regolare la diversa questione della riserva della giurisdizione di ciascuno Stato in ordine alle attività poste in essere in estrinsecazione della propria sovranità, né ad escludere o limitare il principio dell'immunità giurisdizionale rispetto agli atti jure imperii.* »).

¹⁹⁵ Concls. M. Ordonneau sous Conseil d'État, *Sieur M'Bounya*, n° 36648, *Lebon*, p. 618.

est invoquée ; que la procédure à suivre en pareil cas est régie par ces mêmes dispositions ; qu'ainsi, il n'appartient pas au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'ordonner sous astreinte les mesures demandées par M. Calixte A pour l'exécution de la décision du 2 juillet 2009 de la chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda. »¹⁹⁶

106. Une seconde approche du critère du destinataire est celle du juge américain qui tire argument du fait que les résolutions ne s'adressent pas au pouvoir judiciaire pour justifier leur caractère *non-self-executing* :

« *Applying this kind of analysis to the particular Security Council Resolution on which plaintiffs rely, we find that the provisions here in issue were not addressed to the judicial branch of our government. They do not by their terms confer rights upon individual citizens; they call upon governments to take certain action. The provisions deal with the conduct of our foreign relations, an area traditionally left to executive discretion. (...). In the absence of contrary indication in the international legislative history, and in the absence of domestic legislation evincing an intention for judicial enforcement, we conclude that the provisions of Resolution 301 involved here do not confer on individual citizens rights that are judicially enforceable in American domestic courts.* »¹⁹⁷

« The Court in *Diggs* concluded that the provisions of the Security Council resolution were *not addressed to the judicial branch of government*, that they did not by their terms confer rights on individuals, and that *instead the resolution clearly called upon governments to take action.* »¹⁹⁸

Rares sont toutefois les dispositions internationales qui contournent ainsi le principe de l'autonomie constitutionnelle, pour s'adresser nommément à tel ou tel pouvoir dans l'État, ou qui investissent les tribunaux internes d'une compétence qu'ils n'auraient pas par ailleurs.

107. Au sortir de cette analyse sur les critères de l'effet direct, une conclusion s'impose : plus que de la science juridique, le recours à la théorie de l'effet direct relève de la stratégie judiciaire. Il en est ainsi lorsque les juges doivent se prononcer sur des actes dont la valeur normative est incertaine à leurs yeux¹⁹⁹, mais également au sujet d'actes dont la force

¹⁹⁶ France, Conseil d'État, ord. 19 oct. 2009, *Calixte Nzabonimana*, n° 332584, *Lebon*, p. 395 ; v. notes de C. Santulli, *RFDA*, n° 1, 2010, pp. 201-206 ; et de J. Matringe, *RGDIP*, 2010, pp. 670-674.

¹⁹⁷ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 17 déc. 1976, *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848, *ILR*, vol. 95, p. 614, notes de bas de page et références omises (nous soulignons). V. aussi États-Unis, Cour d'appel du 2^e Circuit, 26 nov. 1996, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239, *ILR*, vol. 113, p. 534.

¹⁹⁸ États-Unis, Cour du District de Columbia, 8 nov. 2004, *Hamdan v. Rumsfeld*, 344 F.Supp.2d 152. V. aussi Cour du District Est de New York, 30 juin 2006, *Stutts v. The Dietrich Group*, 2006 WL 1867060 (EDNY), non publié dans F.Supp.2d.

¹⁹⁹ V. *supra*, Chapitre 1, par. 56 et s.

obligatoire ne prête pas à discussion. C'est la motivation affichée par le juge américain dans l'affaire *Diggs v. Richardson*:

« *It suffices for us to affirm on the ground, related to the issue of standing, but analytically distinct, that even assuming there is an international obligation that is binding on the United States a point we do not in any way reach on the merits the U.N. resolution underlying that obligation does not confer rights on the citizens of the United States that are enforceable in court in the absence of implementing legislation.* »²⁰⁰

108. De la même manière, s'agissant des décisions de l'ORD applicables à l'Union européenne, dans l'affaire *FIAMM et Fedon*, l'Avocat général P. Maduro avait bien placé au centre de ses conclusions la question de leur force contraignante²⁰¹. Considérant que le « MRD [ne] détermine [pas] les moyens propres à assurer l'exécution de bonne foi dans l'ordre juridique interne des parties contractantes de la décision de l'ORD et, partant, des règles de l'OMC dont celle-ci a constaté la violation »²⁰², il a semblé impliquer que les décisions de l'ORD ne seraient pas obligatoires. La Cour a contourné la question de la valeur normative, préférant trancher sur le terrain plus limité de l'absence d'effet direct²⁰³.

Section III. Les modalités d'incorporation du droit institutionnel : plutôt qu'un statut, un bilan

109. Il est évident que les méthodes d'incorporation du droit international sont établies par les ordres internes. Elles varient, par conséquent, d'un ordre juridique à l'autre et toute classification des systèmes constitutionnels doit rendre compte de cette diversité. Cependant, pour adéquat qu'il soit, ce modèle ne sera pas suivi dans la présente section. Depuis une vingtaine d'années, plusieurs études collectives ont mis en évidence les techniques d'incorporation retenues par tel ou tel ordre juridique. Il s'agit soit d'études consacrées à la place du droit international dans les ordres internes, qui dédient une section à la source

²⁰⁰ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 17 déc. 1976, *Diggs v. Richardson*, préc., note 74 (nous soulignons).

²⁰¹ Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends les appelle recommandations, mais son article 21 souligne que les membres doivent leur donner suite. Leur caractère quasi-judiciaire vient d'ailleurs renforcer cette qualification. Partant, une doctrine majoritaire considère que les rapports de l'ORD sont obligatoires. V. en ce sens P. Pescatore, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, Kluwer Law International, 1997, p. 31 ; J. Jackson, « The WTO Dispute Settlement Understanding- Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation », *AJIL*, n° 1, 1997, pp. 60-64 ; H. Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, LGDJ, 2007, pp. 402-406.

²⁰² CJCE, concls. M. Poiares Maduro, 20 févr. 2008, *FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission*, C-120/06 P et C-121/06 P, par. 47.

²⁰³ V. *supra*, par. 68.

institutionnelle²⁰⁴, soit d'études relatives au statut interne des actes de telle ou telle organisation²⁰⁵. Elles sont bien plus compréhensives que cette section ne saurait l'être et renvoi y sera fait pour les détails. Toutes ces études convergent vers une conclusion unique : les actes institutionnels ne bénéficient pas d'une incorporation automatique (§ 1) ; c'est donc à travers l'incorporation spéciale qu'ils prennent effet dans les ordres internes (§ 2).

§ 1. L'incorporation automatique : une virtualité exclue

110. L'existence d'une clause constitutionnelle dédiée à la réception du droit institutionnel faciliterait son applicabilité immédiate dans les ordres juridiques internes. C'est un système d'incorporation automatique de certaines catégories de règles internationales que la constitution met ainsi en place. Ce mécanisme, propre aux systèmes de tradition moniste, permet aux obligations internationales d'être efficaces dans l'ordre interne sans qu'un acte spécial soit édicté à cette fin. Certains auteurs, à l'instar d'Antonio Cassese, élargissent cette possibilité au-delà des règles constitutionnelles, et envisagent des incorporations automatiques par voie législative ou jurisprudentielles. Ce qui importe, aux fins de l'incorporation automatique, n'est pas tant la nature ou le rang de la règle interne de réception, que son caractère général et anticipatif :

« [A]utomatic standing incorporation ...occurs whenever the national constitution, or a law (or, in the case of judge-made law, judicial decisions) enjoin that all State officials as well as all nationals and other individuals living on the territory of the State are bound to apply certain present or future rules of international law. In other words, an internal rule provides in a permanent way for the automatic incorporation into national law of any relevant rule of international (customary or treaty) law, without there being any need for the passing of an ad hoc national statute. »²⁰⁶

111. Il convient d'adopter, dans le cadre de cette étude, la conception large de l'incorporation automatique que véhicule Antonio Cassese : elle permet d'analyser non seulement les éventuels mécanismes de réception constitutionnelle propres aux systèmes de tradition monistes (A.), mais aussi les législations nationales adoptées par les systèmes de

²⁰⁴ Notamment, S. Fatima, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 447 p. ; A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, 337 p. ; D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011, 676 p. ; C. A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System*, New York, OUP, 2013, 371 p.

²⁰⁵ Pour le CSNU, V. Gowlland-Debbas (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A Comparative Study*, Leiden, Nijhoff, 2004, 671 p. ; A. Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council, Counter-measures against Wrongful Acts*, New York, OUP, 2011, 243 p. ; pour l'OACI et l'OMI : B. Trigeaud, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II Panthéon-Assas, 2013, 644 p.

²⁰⁶ A. Cassese, *International Law*, *op. cit.*, note 111, pp. 168-169.

tradition dualistes portant réception du traité constitutif de l'organisation internationale en cause (B).

A. Inapplicabilité des mécanismes constitutionnels de réception automatique

1. *L'inapplicabilité des dispositions constitutionnelles relatives à la réception des décisions des organisations internationales d'intégration*

112. La création des organisations régionales d'intégration à partir des années 1950 a entraîné l'introduction, dans les constitutions nationales, de dispositions de réception spécifiques au droit de ces organisations²⁰⁷. Or, bien que ces dispositions constitutionnelles soient assez souvent rédigées en termes généraux, elles sont inapplicables au droit des organisations de coopération. Quelques exemples épars de la pratique normative et judiciaire interne suffisent à rendre compte d'une tendance généralisée. Ils sont ciblés sur l'accueil réservé aux décisions du CSNU dont la force obligatoire sur le plan international ne prête pas à discussion.

113. En Allemagne, l'Article 24 de la Loi fondamentale prévoit que :

« (1) La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales. »

Cette disposition a été exclusivement appliquée au droit des Communautés européennes, avant l'introduction, en 1992, de l'actuel Article 23, qui est spécifique à l'Union européenne. Dans sa célèbre décision *Solange I* du 29 mai 1974, la Cour constitutionnelle a confirmé que seules les organisations bénéficiant d'un transfert de droits souverains sont visées par cette disposition, et que les Communautés européennes étaient les seules à correspondre à ce cas de figure :

« La Communauté (...) est une communauté de nature particulière en voie d'intégration progressive, une institution internationale au sens de l'article 24, alinéa premier de la Loi fondamentale. (...)

L'article 24 de la Loi fondamentale (...) traite du transfert de droits de souveraineté à des institutions internationales. »²⁰⁸

²⁰⁷ V. en ce sens, B. Taxil, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », *Internationalisation du droit internationalisation de la justice.*, Congrès de l'AHJUCAF (21-23 juin 2010), p. 108 (disponible en ligne : <http://www.ahjucaf.org/Methodes-d-integration-du-droit.html>).

²⁰⁸ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft von Einfuhr* (dit *Solange I*) (traduction française in X. Volmerange, *Le fédéralisme allemand et l'intégration européenne*, Paris, Éd. l'Harmattan, 1994, pp. 39-40).

La Cour a ultérieurement eu l'occasion de préciser que les organisations de sécurité mutuelle, visées à l'alinéa 2 du même Article 24²⁰⁹, ne bénéficiaient pas d'un transfert de droits souverains :

« (2) Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut adhérer à un système de sécurité mutuelle collective ; elle consentira à cet effet aux limitations de ses droits de souveraineté qui établissent et garantissent un ordre pacifique durable en Europe et entre les peuples du monde. »

La Cour fait ainsi une distinction entre les limitations des compétences souveraines qui résultent de la possibilité pour ces organisations internationales de prendre des actes obligatoires à l'égard de l'État et les transferts de souveraineté :

« Article 24 (2) GG regulates the participation of Germany in a system of mutual collective security and the consent to a corresponding restriction of its sovereignty including military powers of command. for the preservation of peace and on the basis of this provision, the Federal Republic may consent to a 'restriction' of its sovereignty by declaring itself bound by decisions of an international organization in the sense of Article 24(1) GG. »²¹⁰

En conséquence, cette disposition n'est pas interprétée par la Cour constitutionnelle comme un mécanisme d'incorporation automatique du droit des organisations de sécurité collective (notamment de l'OTAN, ou du CSNU) :

« No question arises here as to the constitutional prerequisites for and limits upon the granting of sovereignty to inter-governmental institutions according to Article 24(1) GG, since the participation of the German armed forces in peace-keeping operations of systems of mutual collective security results in the integration of these forces into such an organizational system, but does not transfer to the system itself the authority to exercise sovereign powers with direct effect on internal German affairs. »²¹¹

La portée de cette disposition est celle d'une autorisation constitutionnelle. Celle-ci opère à la fois sur le plan international – le Gouvernement fédéral peut ainsi participer à de telles organisations et d'assumer, d'une manière continue, l'engagement institutionnel – et sur le plan interne – le Gouvernement peut prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution

²⁰⁹ Cette disposition prévoit : « (2) Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut adhérer à un système de sécurité mutuelle collective ; elle consentira à cet effet aux limitations de ses droits de souveraineté qui établissent et garantissent un ordre pacifique durable en Europe et entre les peuples du monde. »

²¹⁰ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 12 juil. 1994, *International Military Operations (German Participation) Case*, 2 BvE 3/92, *ILR*, vol. 106, 1997, p. 327. Original publié dans *BVerfGE*, vol. 90, p. 286. Parmi les nombreuses analyses, v., en langue française, Ch. Tomuschat, « Le juridisme fait place à la politique : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 juil. 1994 sur l'envoi à l'étranger de forces armées allemandes », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 371-378 et M. Fromont, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1994 et 1995 », *RDP*, 1997, p. 377.

²¹¹ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, *ibid.* Pour une confirmation de l'inapplicabilité de cette disposition aux rés. CSNU, v. J. Frowein et N. Krisch, « Germany », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A Comparative Study*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 235 et note 9

des obligations, à l'exception des mesures qui interviennent dans des domaines de compétence du Parlement.

114. En Argentine, les dispositions constitutionnelles concernent également les organisations d'intégration. L'article 75-24 énumère, parmi les attributions du Parlement :

« Ratifier des traités d'intégration portant délégation des compétences et juridictions à des organisations supra-étatiques dans des conditions de réciprocité et d'égalité et observant l'ordre démocratique et les droits humains. »

Bien que certains auteurs aient pu considérer que cette disposition s'applique aux organisations de coopération, et notamment aux résolutions du CSNU²¹², cette affirmation semble hasardeuse, dans la mesure où l'Argentine a systématiquement pris des décrets d'incorporation de ces actes. Selon les rapports de cet État au Comité des sanctions 1267 :

« [L]a République argentine transpose dans son droit interne les résolutions du Conseil de sécurité portant adoption de sanctions par voie de décrets du Pouvoir exécutif national. Cette procédure confère aux résolutions pertinentes la publicité indispensable à leur application par les organes de l'État compétents dans les matières dont elles traitent et confirme par là même leur caractère obligatoire pour les personnes physiques et morales relevant de la juridiction argentine. »²¹³

115. En Belgique, l'article 34 de la Constitution prévoit :

« L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public. »

Cette disposition, introduite pour répondre aux besoins de l'intégration européenne, a été sporadiquement invoquée pour couvrir les actes du CSNU²¹⁴. Une jurisprudence isolée a même considéré que :

« Il n'existe pas d'obstacle de principe à ce que effet direct soit reconnu aux résolutions du Conseil de sécurité qui privent un État de la qualité d'État souverain et par voie de conséquence de toute immunité d'exécution. »²¹⁵

La jurisprudence ultérieure a cependant évité les prononcés de ce type, d'autant plus superflus que les résolutions sont systématiquement incorporées au droit belge par le biais d'arrêtés royaux et ministériels²¹⁶ et des règlements européens.

²¹² E. J. Cárdenas et M. Garcia-Rubio, « Argentina », *in ibid.*, p. 83.

²¹³ Rapport de la République argentine sur l'application de la rés. 1455 (2003) du Conseil de sécurité, 22 avr. 2003, doc. S/AC.37/2003/(1455)/29.

²¹⁴ E. Suy et N. Angelet, « Belgium », *in* V. Gowlland-Debbas (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A Comparative Study*, *op. cit.*, note 211, p. 104.

²¹⁵ Belgique, Tribunal de 1^{ère} instance Bruxelles, 27 févr. 1995, *Iraq c. Dumez*, n° 960493, *Journal des tribunaux*, 1995, p. 565 et *ILR*, vol. 106, p. 285.

²¹⁶ Rapport de la Belgique sur l'application de la rés. 1455 (2003) du Conseil de sécurité, 12 sept. 2003, doc. S/AC.37/2003/(1455)/71. Ces actes exécutifs sont pris en vertu d'une autorisation législative générale (v.

116. En Espagne, l'article 96 de la Constitution du 29 décembre 1978 est rédigé en des termes similaires à l'article 55 de la Constitution française :

« Les traités internationaux conclus valablement, une fois publiés officiellement en Espagne, sont partie intégrante de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions pourront seulement être abrogées, révisées ou suspendues de la manière prévue par ces traités eux-mêmes ou conformément aux règles générales du droit international. »

Cependant, l'article 93 de la Constitution, dédié aux organisations internationales investies d'un pouvoir de décision relevant de la matière constitutionnelle, prévoit que l'exécution interne des actes obligatoires des institutions internationales incombe soit au Parlement (*Cortès generales*) soit à l'Exécutif :

« La loi organique peut autoriser la conclusion de traités qui attribuent à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences provenant de la Constitution. Il incombe aux Cortès générales ou au gouvernement selon le cas, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organisations internationales ou supranationales bénéficiaires de la cession. »

Le Conseil d'État espagnol a été saisi de la question de savoir si la résolution 827 (1993) portant création du TPIY avait été incorporée automatiquement au droit espagnol. Le gouvernement lui-même avait exprimé des avis divergents sur le sujet : tandis que le ministère des affaires étrangères estimait que l'article 96 était applicable et permettait une incorporation automatique, le ministère de la justice soutenait que des mesures législatives étaient nécessaires²¹⁷. Le Conseil d'État a estimé que seules les résolutions dotées de l'effet direct pouvaient prétendre à l'incorporation automatique et que celles du CSNU n'en faisaient pas partie²¹⁸. Les mêmes critères de l'effet direct analysés dans la section précédente sont appliqués par le juge espagnol à la fois aux traités et aux résolutions, à cette distinction près que celles des organisations de coopération ne semblent jamais les remplir²¹⁹.

infra, pars. 123 et s. V. aussi CAHDI, *Base de données sur l'application des sanctions des Nations Unies et respect des Droits de l'Homme : Belgique*, disponible en ligne : http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/un_sanctions.asp.

²¹⁷ V. M. Martinez, *National Sovereignty and International Organizations*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 225-227.

²¹⁸ Espagne, Conseil d'État, 9 sept. 1993, *dictamen* n° 984/93/927/93, cité dans M. Martinez, *ibid.*, p. 227, note 27.

²¹⁹ Pour une analyse de l'état du droit espagnol, v. A. J. Rodrigo Hernandez, *La recepción de las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales Intergubernamentales en los Ordenamientos Jurídicos Internos*, Thèse, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, éd. Tecnos, 1998, pp. 369-378.

117. Au Pays-Bas, les *monistissimes* articles 93 à 95 de la Constitution du Royaume prévoient un régime de réception identique pour les traités et les décisions des organisations internationales :

« Article 93

Les dispositions des traités et des décisions des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun par leur teneur ont force obligatoire après leur publication.

Article 94

Les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun.

Article 95

La loi donne des règles sur la publication des traités et des décisions des organisations de droit international public. »

Ces mécanismes sont toutefois réservés aux décisions des institutions internationales dotées de l'effet direct²²⁰. Or, même si la doctrine est partagée quant à l'applicabilité de ces dispositions au droit de l'UE, qui prétend s'intégrer à l'ordre national de sa propre autorité, elle est néanmoins unanime à considérer que ces articles ne sont pas applicables aux décisions des organisations de coopération²²¹. De même, la Cour du District de La Haye a récemment confirmé que ces dispositions n'étaient pas applicables aux résolutions concernant le mandant de la FORPRONU :

« *Under Section 93 of the Grondwet (Gw) [= Constitution] provisions of treaties and decisions of international law organisations may be legally binding on all as to their substance with legally binding powers coming into effect after they are published. For a provision of a treaty or a decision of an international law organisation to become qualified as 'binding on all' it must be eligible for immediate applicability in cases submitted to a court of law. It must be a provision that is sufficiently precise as to the right it confers or the obligation it imposes on subjects so that in the national system of laws they can operate without question as objective law. Said right remains in effect within the system of laws of The Netherlands by means of application of national law for example through the law governing the unlawful act. 4.149. Whilst UNPROFOR's mandate is indeed regarded as a decision by an international law organisation it only has a powers-creating character and does not call to life any obligations Claimants can enforce at a court of law for UNPROFOR i.e. Dutchbat.* »²²²

²²⁰ V. C. Brölmann et E. Vierdag, « Pays-Bas », in P. M. Eisenmann (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 443-444 ; A. Soons, « Netherlands », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A Comparative Study*, op. cit., note 211, pp. 343 ; ou encore E. Alkema, « Netherlands », in D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011, pp. 409-410.

²²¹ E. Alkema, *ibid.*, pp. 415-416.

²²² Cour du District de La Haye, 16 juil. 2014, *Stichting Mothers of Srebrenica*, C/09/295247 / HA ZA 07-2973, disponible en ligne : <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2014:8748> (nous soulignons).

118. La question de l'effet direct des résolutions de l'AGNU a été soulevée devant les juges dès l'époque des sanctions à l'encontre de l'Afrique du Sud pour sa politique d'apartheid. À l'occasion des jeux paralympiques de 1980 organisés aux Pays-Bas, le ministre des affaires étrangères avait interdit l'octroi de subventions pour les activités auxquelles participaient les sportifs sud-africains. La décision est contestée par une association, au motif que la décision ministérielle, prise en application de la résolution 31/6F du 26 octobre 1976 de l'AGNU, approuvée par la résolution 402 (1976) du CSNU, était en violation de l'article 2 (7) de la Charte et de la résolution 2625 (XXV) de l'AGNU. Sans s'attarder trop longuement sur les raisons, le Conseil d'État a estimé qu'aucun de ces actes ne sont d'effet direct :

« [T]he claim by the appellants that the decision being challenged must be held to be incompatible with Article 2(7) of the UN Charter and the above-mentioned resolution General Assembly resolution cannot be accepted, since the character and purport of the provisions of Article 2(7) and the resolution are not directly applicable and are not therefore 'provisions binding on anyone' such as those referred to in ...the Constitution. »²²³

La jurisprudence ultérieure, relative aux sanctions ciblées du CSNU, s'est gardée de reconnaître l'effet direct de ces actes au sens des dispositions constitutionnelles et s'est appuyée sur la marge d'appréciation dont bénéficie l'État pour leur mise en œuvre pour contrôler la légalité des actes d'incorporation²²⁴.

119. Au Portugal, l'article 8, paragraphe 3 de la Constitution constitue une disposition spéciale consacrée au droit dérivé des organisations internationales :

« Les dispositions adoptées par les organes compétents des organisations internationales dont le Portugal est membre sont applicables directement dans l'ordre juridique interne dès lors que le traité constitutif de ces organisations le prévoit. »

Toutefois, la condition posée par cet article – que le traité constitutif de l'organisation stipule l'applicabilité directe du droit dérivé dans les ordres internes – semble limiter le bénéfice de cette disposition aux actes des organisations d'intégration²²⁵. Il faut toutefois préciser que le Gouvernement portugais a soutenu, dans un premier temps, que cette disposition était

²²³ Pays-Bas, Conseil d'État, 12 juin 1980, *South African Sports Association for Paraplegics v. Minister for Foreign Affairs*, ILR, vol. 87, pp. 69-72.

²²⁴ V. Pays-Bas, du District de La Haye, *A and ors v Netherlands (Ministry of Foreign Affairs and Ministry of Education, Culture, and Science)*, LJN : BL1862/334949 ; ILDC 1463 (NL 2010). Sur le lien entre existence d'une marge d'appréciation et l'absence d'effet direct, v. *supra*, pars. 95-96.

²²⁵ V. en ce sens le commentaire de cette disposition par V. Moreira et J. G. Canotilho, in *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, Coimbra Editora, 2007, vol. 1, pp. 263-264.

applicable aux résolutions de sanctions du CSNU²²⁶, mais ses rapports aux comités des sanctions énumèrent tous les différentes mesures normatives prises dans l'ordre de l'Union européenne et dans l'ordre national pour assurer la mise en œuvre des résolutions onusiennes²²⁷. L'existence même de ces actes normatifs de mise en œuvre repose sur une appréciation préalable, par les autorités, du caractère non auto-exécutoire des actes internationaux.

2. *Une référence artificielle aux mécanismes constitutionnels de réception du droit conventionnel*

120. À défaut de disposition qui précise les conditions de réception des actes institutionnels des organisations de coopération, les juges en réfèrent aux mécanismes de réception du droit conventionnel. La justification de cette référence n'est pas aisée à déterminer avec certitude. Signifie-t-elle que les actes institutionnels bénéficient de la même autorité que les traités constitutifs ? Ronny Abraham considère que tel est le cas :

« On peut de même supposer que le droit dérivé des organisations internationales, les actes unilatéraux édictés par les institutions mises en place par les traités, devraient logiquement se voir reconnaître dans l'ordre juridique interne le même statut juridique que les traités eux-mêmes, car au fond le droit dérivé a pour fondement le traité. »²²⁸

121. Cet argument n'emporte pas conviction : ce n'est pas parce qu'un acte a pour fondement un autre qu'il bénéficie du même statut. Une première objection, formaliste, basée sur la hiérarchie des normes, peut être formulée : l'acte dérivé devant se conformer à l'acte qui pourvoit son fondement, celui-là est nécessairement inférieur à celui-ci. Cette hiérarchie n'est pas contestée sur le plan international, et pourtant le postulat de l'assimilation des statuts en ferait fi sur le plan interne.

122. On peut également concevoir un tel postulat comme une référence à la force obligatoire de ces actes. L'argument a été utilisé en jurisprudence pour camoufler les difficultés liées à l'identification de l'obligatoire : l'exclusion de la catégorie conventionnelle

²²⁶ V. son bref rapport présenté au CAHDI, disponible en ligne : <http://www.coe.int/web/cahdi/database-united-nations-sanctions.jsessionid=2B3B0458760ABFB32136E0B0107FA34F>.

²²⁷ V. le rapport du Portugal au comité 1267, 17 juin 2003, doc. N.U. S/AC.37/2003/(1455)/51.

²²⁸ R. Abraham, « L'articulation du droit interne et du droit international », in G. Cahin *et al.* (dir), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 260. Cette considération s'appuie sur la jurisprudence relative au droit dérivé de l'UE : v. à ce sujet, concls. de M. Laroque, Commissaire du gouvernement, sous Conseil d'État, Ass., 28 févr. 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, n° 56776, *AJDA*, 1992, p. 210.

était ainsi un constat mal assumé de l'absence de caractère obligatoire²²⁹. De nouveau, cette approche est discutable, car elle invite à saisir en bloc les obligations internationales de l'État, sans égard pour leur nature ou pour leur portée. Cette unité de régime est par ailleurs démentie par la distinction systématique qu'opèrent les ordres internes entre obligations conventionnelles et obligations coutumières.

123. Un troisième argument, qui apparaît comme le plus convaincant, est de voir dans cette référence aux dispositions constitutionnelles de réception du droit conventionnel une stratégie de reconnaissance interne de la source institutionnelle, lorsque des dispositions spécifiques font défaut. C'est alors un succédané constitutionnel, qui n'emporte pas assimilation des statuts, mais fait office d'autorisation, pour les autorités internes, à connaître du droit institutionnel. Cela vaut pour les juges, amenés à faire une application indirecte des actes institutionnels. Cela vaut éventuellement aussi pour les autorités exécutives ou administratives, qui doivent prendre les mesures internes d'exécution des actes institutionnels et qui doivent justifier d'un titre de compétence à cet effet.

124. Le postulat de l'assimilation des statuts a surtout le démerite d'occulter le contexte constitutionnel qui justifie ces clauses de réception automatique du droit conventionnel. C'est parce que les institutions internes – législatives et judiciaires – participent, d'une manière ou d'une autre, au processus d'engagement conventionnel de l'État que la réception automatique peut être envisagée²³⁰. Bien que les ordres internes n'opèrent pas de distinction selon les modalités de conclusion des traités²³¹, il est indéniable que l'acceptation du principe de l'efficacité immédiate des traités dans l'ordre interne a été facilitée par le contrôle gardé par le Parlement sur la procédure d'engagement international, du moins pour les traités d'importance majeure. Même l'ordre le plus moniste rechigne à s'ouvrir inconditionnellement à des règles institutionnelles à l'égard desquelles aucun des mécanismes internes de contrôle ne peut jouer. C'est pour cette raison que le postulat de l'assimilation est, en pratique, sans lendemain et cède devant la théorie jurisprudentielle des actes dépourvus d'effet direct.

125. Le caractère artificiel de l'assimilation des statuts est facilement dévoilé par les conditions de réception de la source conventionnelle. Celles-ci reflètent généralement les

²²⁹ V. *supra*, par. 63 et s.

²³⁰ V. *supra*, pars. 112 et s.

²³¹ V. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, note 134, par. 92, pp. 171-172.

caractéristiques propres à cette source et leur inadaptabilité technique au droit institutionnel est évidente. Il en va ainsi des conditions énumérées à l'article 55 de la Constitution française.

126. La transposition de la règle de ratification ou approbation régulière à la source institutionnelle ne va pas de soi : si cette condition devait s'y appliquer, deux hypothèses seraient envisageables : pour les matières énumérées à l'article 53 de la Constitution, les juges internes pourraient exiger une approbation parlementaire préalable au vote positif de la France²³². C'est la solution qui se dégage de la Décision du Conseil constitutionnel n° 70-39 du 19 juin 1970, rendue au sujet d'une décision du Conseil des Communautés Européennes relative aux contributions budgétaires :

« Considérant que la décision du 21 avril 1970, qui recommande le remplacement des contributions financières des États membres par des ressources propres aux Communautés, a le caractère d'une mesure d'application des dispositions sus-rappelées des traités instituant les Communautés européennes (...); que l'application de ces règles exige que l'adoption des dispositions prévues par ladite décision qui, sur certains points, porte sur des matières de nature législative telles qu'elles sont définies à l'article 34 de la constitution, soit subordonnée, conformément à l'article 53, à l'intervention d'une loi. »²³³

Cette jurisprudence met en évidence deux conditions pour qu'une décision d'une organisation internationale soit reconnue efficace dans l'ordre interne français : qu'elle soit adoptée conformément aux règles du traité constitutif et que l'engagement international de l'État soit précédé du vote d'une loi, si la décision institutionnelle intervient dans les matières législatives. Toutefois, cette jurisprudence est d'un secours limité, dans la mesure où la décision en cause, bien que formellement institutionnelle, est soumise à la ratification interne²³⁴ et relève ainsi des actes conventionnels²³⁵.

²³² V. *mutatis mutandis*, Conseil d'État, Ass., 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim, Lebon*, p. 484 (v. commentaire par O. Danic, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, op. cit., note 183).

²³³ France, Conseil constitutionnel, 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés*, n° 70-39 DC, *Rec.*, p. 15, par. 6.

²³⁴ L'article 201 du TCE prévoit en effet à son alinéa 3 : « Le Conseil statuant à l'unanimité, pourra, après avoir consulté l'Assemblée sur ces propositions, arrêter les dispositions dont il recommandera l'adoption par les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. »

²³⁵ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 10 et s. Les décisions ultérieures du Conseil constitutionnel, relatives aux actes conventionnels d'application de traités déjà ratifiés, se prêtent aux mêmes conclusions (v. 9 avr. 1992, *Traité de Maastricht*, n° 92-308 DC, *Rec.*, p. 55, pars. 7-8 ; 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, n° 2012-653 DC, *Rec.*, p. 453, par. 18).

127. Il en va de même de la réserve de réciprocité de l'article 55 : liée à la notion de *pacta sunt servanda*²³⁶, celle-ci n'intervient pas dans l'adoption des actes institutionnels. La jurisprudence interne a traduit cette réserve en termes « d'application du traité par l'autre partie »²³⁷. L'identification de « l'autre partie » dans un acte de nature unilatérale soit relève de l'impossible, soit requiert un haut degré d'artifice.

128. L'inadaptation de l'article 55 à la source institutionnelle a conduit certains auteurs à considérer que l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 fournit une norme de réception²³⁸. Rien n'indique toutefois que cette disposition est mieux adaptée, ni dans sa lettre, ni dans son esprit, ou encore moins qu'elle a été adoptée à cette fin. Du reste, la démarche qui consiste à rechercher obstinément une norme de réception, quitte à trahir le sens des dispositions constitutionnelles, aboutit aux inconvénients d'une approche dualiste dogmatique. Elle conduit par ailleurs à des solutions passablement incohérentes, en l'espèce, l'alignement du droit institutionnel sur le statut interne réservé à la coutume, alors que beaucoup de différences séparent ces deux sources du droit international.

129. La référence aux dispositions internes de réception du droit conventionnel (ou même coutumier) est donc une référence par défaut. Elle n'emporte pas assimilation des statuts du droit institutionnel et du droit conventionnel, mais constitue une autorisation pour les organes politiques de prendre les mesures internes que nécessite l'exécution des décisions internationales. C'est donc une autorisation d'incorporation qu'est ainsi assurée. Accessoirement, elle fournit aux juges la justification de l'application par analogie des théories jurisprudentielles forgées en relation avec ces dispositions constitutionnelles²³⁹.

130. Deux conséquences découlent de cette disjonction des statuts. Une première sera discutée au chapitre 6²⁴⁰ et est simplement énoncée ici pour mémoire : dans la hiérarchie

²³⁶ Le pluriel « *pacta* » renvoie en effet à des engagements réciproques. M. Virally notait, à ce propos, que « *Pacta sunt servanda* elle-même, en tant que règle coutumière, repose aussi, en dernière analyse, sur le principe de réciprocité, qu'elle consacre d'ailleurs par son propre contenu. » (« Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI*, 1967, t. 122, p. 64, note 17).

²³⁷ Conseil d'État, Ass., 9 juil. 2010, *Cheriet-Benseghir*, n° 317747, *Lebon*, p. 251 ; v. aussi commentaire par A. Soussan, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, *op. cit.*, note 183.

²³⁸ J. Matringe, « Les actes unilatéraux des organisations internationales devant le juge français », in G. Cahin, F. Poirat et S. Szurek (dir.), *La France et les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2013, p. 116. V. aussi D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, pp. 400-418.

²³⁹ V. *supra*, pars. 38-39 et 83. V. aussi Chapitre 1, pars. 18 et s..

²⁴⁰ V. *infra*, Chapitre 6, pars. 146 et s.

interne des normes, le droit institutionnel ne jouit pas de la même place que le droit conventionnel. La deuxième conséquence intéresse de près ce chapitre. Elle concerne l'incorporation automatique, dont le droit institutionnel ne bénéficie pas. En particulier, la loi de ratification du traité constitutif de l'organisation – lue en isolation (dans les systèmes dualistes) ou en conjonction avec les dispositions constitutionnelles (dans les systèmes monistes) – ne fournit pas de fondement à une réception en bloc, *a priori*, des règles institutionnelles.

131. Il en est ainsi, en Australie, des résolutions du CSNU. Après avoir mis en exergue le fait que ni la Charte, ni les résolutions n'avaient vocation à être *self-executing* dans l'ordre juridique interne, le juge australien a considéré que les autorités administratives ne pouvaient prendre des mesures individuelles d'exécution des résolutions à défaut d'une habilitation législative :

« *The Parliament has passed the Charter of the United Nations Act 1945 (Com)s 3 of which provides that : 'The Charter of the United Nations (a copy of which is set out in the Schedule to this Act) is approved.' That provision does not make the Charter itself binding on individuals within Australia as part of the Law of the Commonwealth. (...) Section 3 of the Charter of the United Nations Act 1945 was no doubt an effective provision for the purposes of international law, but it does not reveal any intention to make the Charter binding upon persons within Australia as part of the municipal law of this country, and it does not have that effect. Since the Charter and the resolutions of the Security Council have not been carried into effect within Australia by appropriate legislation they cannot be relied upon as a justification for executive acts that would otherwise be unjustified or as grounds for resisting an injunction to restrain an excess of executive power, even if the acts were done with a view to complying with the resolutions of the Security Council.* »²⁴¹

132. Le même argument est mis en avant au sujet des annexes de l'OACI, par le juge sud-africain :

« *While the Convention itself has been adopted and enacted as if it were domestic legislation (sec 1 of the Aviation Amendment Act no 42 of 1947), any recommendations which may be made pursuant to it by ICAO are not automatically, and without more, invested with the status of a municipal law binding upon the citizenry of South Africa.* »²⁴²

– mais aussi en Belgique :

²⁴¹ Australie, High Court, 10 sept. 1973, *Bradley v. The Commonwealth of Australia and the Postmaster-General*, *ILR*, vol. 52, 1979, p. 3 ; note de N. C. H. Dunbar, *JDI*, n°4, 1974, p. 865-868 (nous soulignons).

²⁴² Afrique du Sud, Cour d'appel en dernier ressort, 14 mars 1997, *Welkom Municipality v J P Masureik & H G Herman t/a Lotus Corporation and Another*, (412/1995) [1997] ZASCA 14 ; 1997 (3) SA 363 (SCA), disponible à l'adresse : <http://www.saflii.org/> (nous soulignons).

« Attendu qu'en vertu de la loi du 30 avril 1947 la Belgique assumait l'obligation d'incorporer dans sa législation nationale certaines dispositions de la Convention de Chicago (...) et des annexes qui l'ont complétée ; *Qu'il ne résultait pas de cette loi que les servitudes à établir en vertu de ladite convention ou des annexes devenaient de plein droit applicables en Belgique*, ni que les demandeurs pouvaient en imposer le respect aux particuliers, dès avant l'adoption de la loi nationale prévue. »²⁴³

- ou en France : ainsi, M. Piveteau, Commissaire du gouvernement dans l'affaire *Héli-Union*, notait très justement que la reconnaissance de l'effet direct rendrait superflues les « *mesures de réception* » de l'acte institutionnel, qui sont, selon lui, requises par l'article 55 de la Constitution :

« Admettre qu'une résolution du Conseil de Sécurité soit d'effet direct, ce serait en effet admettre l'invocabilité directe d'une norme internationale 'dérivée', qui n'a par conséquent fait l'objet d'*aucune des mesures de réception* que prévoit l'article 55 de la Constitution. »²⁴⁴

B. L'incorporation du traité constitutif, ordre interne d'exécution des actes institutionnels

133. La jurisprudence interne laisse entrevoir la fonction dont est investie la loi de ratification du traité dans l'ordre interne : elle conditionne indiscutablement l'effectivité interne du traité lui-même ; elle fournit également l'autorisation pour le Gouvernement de prendre les actes qu'implique l'exécution du traité (*general enabling legislation*)²⁴⁵. C'est ce dernier aspect qui intéresse cette étude. Il reflète remarquablement le principe de la séparation des pouvoirs, sous-jacent à l'approche qu'ont les ordres internes de la réception des actes institutionnels²⁴⁶. En effet, si ces actes internes d'exécution interviennent dans des matières qui relèvent constitutionnellement de la compétence du Législatif, la loi interne de ratification peut être interprétée comme ayant délégué à l'Exécutif cette compétence.

134. Dans une affaire mettant en cause les décrets d'exécution des résolutions 1267 (1999) et 1373 (2001) du CSNU, les juges de la Cour suprême du Royaume-Uni ont unanimement

²⁴³ Belgique, Cour de cassation, 3 oct. 1957, *Belgique c. Marquise de Croix de Maillie de la Tour Landry ; Pasicrisie belge*, 1958-I, p. 91 (nous soulignons) ; en anglais dans *ILR*, vol. 24, p. 10.

²⁴⁴ France, Conseil d'État, *Héli-Union*, 1997, concls. D. Piveteau, préc., note 158, p. 9 (nous soulignons).

²⁴⁵ L'ordre juridique suisse semble faire exception à l'absence d'incorporation automatique, ce que engendre d'inextricables difficultés pour la résolution des conflits de normes. C. Dominicé considère ainsi que « lorsqu'un traité international auquel la Suisse est partie institue un organe doté d'une compétence normative, les règles internationales créées par cette voie sont reçues dans l'ordre juridique helvétique au même titre que le traité lui-même. La base de validité internationale de l'acte normatif vaut comme telle aux yeux du juge suisse. » (C. Dominicé, « La nature juridique des actes des organisations et des juridictions internationales et leurs effets en droit interne », initialement publiée en 1970 et republiée in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris, PUF, 1997, p. 427).

²⁴⁶ V. *supra*, pars. 27 et s.

relevé que l'*United Nations Act* de 1946, introduisant la Charte dans l'ordre interne, est destiné à assurer au Gouvernement les moyens pour exécuter les obligations résultant de la Charte :

« *The 1946 Act is designed to provide a means of giving effect to the international obligations imposed upon the United Kingdom under article 41 of the UN Charter.* »²⁴⁷

« *The United Kingdom is, in contrast, a member of the United Nations, bound by its Charter, and committed in international law to giving effect to Security Council Resolutions under Chapter VII. Counsel for G and Hay, supported by Mr Fordham for Justice, point out in response that the United Kingdom takes a dualist view of international law, and that international law has no domestic effect unless and until implemented at a domestic level (...). The force of this submission is weakened by the consideration that the whole purpose of section 1(1) is to address the consequences of the dualist view by facilitating the implementation at domestic level of the United Kingdom's international legal obligations under Chapter VII.* »²⁴⁸

« *The TO [Terrorism (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2006/2657)] and the AQO [Al-Qaida and Taliban (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2006/2952)] were made by the Treasury in purported exercise of the power to make Orders in Council which was conferred on them by section 1 of the United Nations Act 1946.* »²⁴⁹

135. La même logique a cours devant les juridictions des États-Unis :

« *[T]he United Nations Participation Act (UNPA)*²⁵⁰ *authorizes the President to implement measures adopted by the U.N. Security Council pursuant to Article 41 of the U.N. Charter.* »²⁵¹

136. Le juge néozélandais a souligné, au sujet des lois d'incorporation de la Convention de Paris de 1919 et de celle de Chicago de 1944 relatives à l'aviation civile :

« *The 1931 Act does not by itself give effect to the Convention as a whole or indeed even a single provision of it. Rather (...) it is an Act 'to enable' effect to be given to the Convention and, as its operative provisions say, to a selection of its provisions and not necessarily all. The 1948 Act is to the same substantive effect – it authorises the making of such regulations as appear to the Governor-General in Council to be*

²⁴⁷ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2, par. 110 (Lord Philipps) (nous soulignons).

²⁴⁸ *Ibid.*, par. 244 (Lord Mance) (nous soulignons).

²⁴⁹ *Ibid.*, par. 4 (Lord Hope) (nous soulignons).

²⁵⁰ Celui-ci prévoit : « *SEC. 5. (a) Notwithstanding the provisions of any other law, whenever the United States is called upon by the Security Council to apply measures which said Council has decided, pursuant to article 41 of said Charter, are to be employed to give effect to its decisions under said Charter, the President may, to the extent necessary to apply such measures, through any agency which he may designate' and under such orders, rules, and regulations as may be prescribed by him, investigate, regulate, or prohibit, in whole or in part, economic relations or rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication between any foreign country or any national thereof or any person therein and the United States or any person subject to the jurisdiction thereof, or involving any property subject to the jurisdiction of the United States.* » (http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad031.asp)

²⁵¹ États-Unis, Cour d'appel du 5^e Circuit, 21 juil. 1993, *Milena Ship Management v. OFAC*, 995 F.2d 620.

necessary for carrying out the 1944 convention, any annex to it and any amendment to the convention or an annex. (...) *Subordinate legislation would continue to be the major legislative means of regulating civil aviation.* »²⁵²

137. L'étendue de la délégation législative devient une question d'interprétation de la législation nationale. Toutefois, cette délégation est considérée par principe nécessaire pour permettre l'exécution interne des obligations nationales :

« *[I]t was anticipated that the measures that the Security Council was likely to call for would require urgent action rendering Parliamentary scrutiny impracticable.* »²⁵³

138. La portée de la délégation doit dès lors être appréciée selon un principe d'interprétation dynamique, et doit être adaptée aux réalités du temps présent, notamment en acceptant son extension à des domaines qui n'avaient pas été prévus à l'origine. L'interprétation dynamique permet de tenir le pas avec une pratique normative novatrice du Conseil de sécurité :

« *The fact that Parliament may not have anticipated the nature of the measures upon which the Security Council decided over sixty years after the 1946 Act was passed does not mean that the Act cannot, on its true construction, apply to them. (...) Parliament should not be presumed to have intended that the measures covered by section 1 of the 1946 Act would be restricted to measures similar to the examples in article 41 of the Charter.* »²⁵⁴

139. Les ordres internes peuvent toutefois considérer que cette délégation n'est que temporaire. Le Parlement peut en effet exercer une forme de compétence retenue, surtout si la matière interfère avec les droits fondamentaux. Dans cette hypothèse, des lois générales peuvent intervenir pour renouveler et préciser cette délégation de compétence ; également, des lois spéciales peuvent intervenir pour incorporer des actes institutionnels spécifiques :

« *Other member states have not found it necessary in this context to rely exclusively on an unlimited delegation of the power to give effect to Security Council resolutions to the executive. Australia gave effect to the post 9/11 SCRs initially by means of*

²⁵² Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association Inc.*, préc., note 181, p. 564.

²⁵³ Royaume-Uni, Cour suprême, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 247, par. 43 (Lord Hope). Il en est de même en Italie, pour les annexes de l'OACI par exemple (v. A. Malintoppi, « A proposito della delega legislativa per l'esecuzione in Italia degli allegati tecnici alia Convenzione di Chicago », *RDI*, vol. XL, n° 1, 1951, p. 115 ; v. aussi A. Bernardini, « Sulla delega legislativa al Governo per l'attuazione di norme internazionali », *RDI*, vol. XLV, n° 4, 1965, pp. 559-575).

²⁵⁴ Royaume-Uni, Cour suprême, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, *Ibid.*, par. 153 (Lord Philipps). V. aussi *ibid.*, par. 219 (Lord Mance). V. aussi Royaume-Uni, Cour suprême, 23 févr. 2011, *R v. Forsyth and Mabey*, [2011] UKSC 9, par. 18 (Lord Brown).

regulations passed under the Charter of the United Nations Act 1945. But it then made provision for an asset freezing regime by the Suppression of the Financing of Terrorism Act 2002 which inserted a new Part IV into the 1945 Act. New Zealand initially implemented SCR 1373(2001) by means of regulations made under its United Nations Act 1946, but has replaced them by an asset regime under the Terrorism Suppression Act 2002. The regimes that both Australia and New Zealand have introduced by means of primary legislation are exacting. »²⁵⁵

140. L'Exécutif est ainsi celui à qui incombe principalement la compétence d'incorporation des actes institutionnels. Pour ne donner que l'exemple de la France, les résolutions relatives aux tribunaux pénaux internationaux ont été incorporées par le biais de lois²⁵⁶, tandis que toutes les autres ont été introduites par décret ou par le biais de la législation européenne.

141. Toutefois, cette préférence n'est ni absolue ni immuable. Si le Parlement considère son intervention nécessaire (notamment pour prévoir des sanctions à la violation de ces actes), celui-ci peut mettre fin à une délégation (implicite ou explicite)²⁵⁷. Par ailleurs, l'Exécutif ne peut, à ce titre, prendre des actes qui iraient ouvertement à l'encontre des lois antérieures :

« [I]t is well established that while the making of a treaty is an Executive act, the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action. The stipulations of a treaty duly ratified by the Executive do not, by virtue of the treaty alone, have the force of law. »²⁵⁸

§ 2. Des techniques d'incorporation spéciale

142. L'absence d'incorporation automatique (ou d'applicabilité immédiate)²⁵⁹ laisse la place à l'incorporation spéciale (aussi appelée « *legislative ad hoc incorporation* »²⁶⁰) :

²⁵⁵ Royaume-Uni, Cour suprême, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 247, par. 50 (Lord Hope).

²⁵⁶ Loi n° 95-1 du 2 janv. 1995 et Loi n° 96-432 du 22 mai 1996, modifiées par la Loi n° 2013-711 du 5 août 2013, préc. note 95.

²⁵⁷ V. ainsi la pratique de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande qui, après avoir autorisé l'incorporation par l'Exécutif, ont fait voter des lois pour l'exécution des rés. 1267 et suivantes (Australie : Loi de 2002 sur la répression du financement du terrorisme qui porte modification de la loi de 1945 concernant la Charte des Nations Unies, dont la partie 4 remplace les règlements de 2001 sur la Charte des Nations Unies, *Rapport de l'Australie au comité 1267*, 17 avr. 2003, doc. n° S/AC.37/2003/(1455)/13, par. 29, p. 7 ; Nouvelle-Zélande : Loi de 2002 relative à la répression du terrorisme, remplaçant le Règlement 2001 relatif aux sanctions décidées par l'ONU, *Rapport de la Nouvelle-Zélande au comité 1267*, 17 avr. 2003, doc. n° S/AC.37/2003/(1455)/21, pp. 2-3).

²⁵⁸ Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association Inc.*, préc., note 181, p. 563.

²⁵⁹ Sur la synonymie de ces termes, v. *supra*, par. 13.

²⁶⁰ A. Cassese, *International Law*, *op. cit.*, note 111, p. 169.

« *Under this system international rules become applicable within the State legal system only if and when the relevant parliamentary authorities pass specific implementing legislation.* »²⁶¹

Antonio Cassese met en évidence deux types d'incorporation spéciale – *statutory ad hoc incorporation of international rules* et *automatic ad hoc incorporation of international law* – qui rappellent d'ailleurs la distinction opérée par Dionisio Anzilotti entre renvoi réceptif matériel et renvoi réceptif formel²⁶². La même ligne de partage entre ces catégories se dessine chez les deux maîtres : opère une incorporation formelle l'acte national qui se contente de renvoyer à l'acte international pertinent (B.) ; est *ad hoc* (ou matérielle) l'incorporation qui reprend, plus ou moins fidèlement, les termes de l'acte international (C.). Mais ces méthodes coexistent, ce qui rend le tableau d'ensemble d'autant moins clair (A.).

A. Coexistence de plusieurs méthodes d'incorporation

143. Il faut préciser que les deux méthodes peuvent coexister, et même se combiner, au sein du même ordre juridique, parfois à l'égard du même acte institutionnel²⁶³ et aucun principe ne vient expliquer pourquoi la préférence est donnée à telle ou telle autre méthode. Le juge néo-zélandais, après avoir constaté l'absence d'incorporation automatique des annexes OACI, a ainsi résumé les méthodes d'incorporation pratiquées pour la Convention de Chicago et ses annexes :

« *In summary, the Chicago Convention, together with its annexes, like many other major multilateral treaties, is implemented by the state parties to it and has effect in their law in a variety of ways:*

(a) Basic provisions about sovereignty over airspace, which incorporate principles of customary international law, are reflected in fundamental constitutional arrangements and leave the state parties free to exercise the authority recognised by international law.

(b) Some provisions are implemented in the exercise of prerogative or other non-statutory administrative powers, such as: participating in meetings and elections; providing information; participating in joint operating organisations; and meeting budgetary obligations—although, as that last example shows, Parliament might well have to appropriate funds to support those activities.

²⁶¹ *ibid.* (italiques dans l'original).

²⁶² V. D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, note 11, p. 59. Selon le maître italien, dans le cas du renvoi réceptif, les normes internationales sont reçues dans l'ordre juridique interne et deviennent des normes propres de cet ordre récepteur. Elles y subissent même une novation. Dans le cas du renvoi formel, elles sont simplement citées dans le but de conditionner par rapport à elles l'applicabilité des normes de l'ordre interne.

²⁶³ Pour un exemple, v. Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association Inc.*, préc., note 181, p. 568.

(c) *At the other extreme, some provisions may be directly incorporated by statute into national law with their actual text providing the content of the law. The primary relevant instances are the rules of the air provided for in art 12 and annex 2. In New Zealand the Carriage by Air Act similarly provides that the terms of the Warsaw Convention of 1929 and amendments have the force of law.*

(d) *In other cases, the substance of the treaty provisions but not their precise words may appear more or less clearly in legislation. For instance a 1996 amendment to the Civil Aviation Act (s 53A) relating to flights without authority or for an improper purpose gives effect to an amendment (art 3BIS) to the Chicago Convention. The Aviation Crimes Act is a second example. A third, to be considered later in the judgment, is the Transport Accident Investigation Commission Act 1990.*

(e) *Other articles and annexes provide the basis for the conferral and exercise of delegated power and may also constrain the exercise of the power—as with the regulation and rule-making powers in the Acts of 1931, 1948, 1964 and 1990. Several provisions of the 1944 convention expressly contemplate or require the making of national laws. They are not always written in such a way as to be capable of direct application in national law; to use an expression to be found in some constitutional systems, the provisions are not self-executing.*

(f) *The rules and regulations made under the powers referred to in (e) above sometimes give direct effect to the treaty text ((c) above) or may be less direct ((d) above). An instance of the former was the regulation giving effect to the rules of the air and of the latter is the Order in Council relating to the status and privileges and immunities of ICAO. »²⁶⁴*

144. L'ordre interne régit exclusivement le choix entre ces méthodes d'incorporation. La séparation des pouvoirs est le principe qui commande le choix entre l'une ou l'autre des méthodes. Ainsi, dans l'ordre néo-zélandais, ce principe est exprimé en termes de modification, par l'Exécutif, des lois votées par le Parlement :

« [T]here is a basic constitutional principle (...) that the executive cannot, by entering into a treaty, change the law. »²⁶⁵

En pratique, la répartition entre ces différentes méthodes se fait en fonction des champs matériels de compétence de l'Exécutif et du Législatif²⁶⁶.

²⁶⁴ Nouvelle-Zélande, *New Zealand Air Line Pilots' Association Inc.*, *ibid.*, pp. 567-568. V. aussi Law Commission, *A New Zealand Guide to International Law and its Sources*, Report 34, 1996, spéc. chapitre 2 : « The Implementation of Treaties through National Legislation », pars. 43-64, pp. 14-22, disponible sur : <http://www.lawcom.govt.nz/project/international-law/publication/report/1996/new-zealand-guide-international-law-and-its-source>.

²⁶⁵ *Ibid.*, par. 43.

²⁶⁶ Pour des exemples de répartition de la mise en œuvre normative, v. A. von Bogdandy et Ph. Dann, « International Composite Administration », *German Law Journal*, vol. 9, n° 11, 2008, pp. 2026-2027.

B. L'incorporation par renvoi : une hypothèse d'école

145. L'incorporation par renvoi formel existe lorsque l'acte interne se contente d'introduire dans l'ordre interne l'acte international, qu'il présente éventuellement en annexe, sans qu'aucune modification normative n'y soit associée. Toutefois, on a déjà vu que les actes institutionnels se prêtent mal à une application directe et que leur exécution normative laisse une marge d'intervention à l'État²⁶⁷. En conséquence, l'incorporation par renvoi relève plus du cas d'école que d'une situation pratique.

146. L'argument de la publication a été soulevé avec beaucoup d'emphase par certains analystes français pour contester la possibilité pour les actes institutionnels de bénéficier de l'effet direct, ou du moins de la réception automatique prévue à l'article 55. L'argument est justifié par le fait que l'article 55 de la Constitution rend la réception des traités dans l'ordre français conditionnelle à leur publication ; la référence à la publication présuppose ainsi que les actes institutionnels bénéficient tous de la clause de réception automatique qu'est l'article 55 de la Constitution.

147. Il est vrai que le Décret n°53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France, tel que modifié par le décret du 13 avril 1986, assimile à un certain degré les actes conventionnels et les actes institutionnels du point de vue de leur publication, puisqu'il en prévoit un traitement similaire. L'article 1^{er} de ce décret mentionne, parmi les actes dont la publication incombe au MAE, les règlements internationaux par lesquels la France se trouve engagée :

« Le ministre des affaires étrangères est seul chargé de pourvoir à la ratification et à la publication des conventions, accords, protocoles et *règlements internationaux* dont la France est signataire ou *par lesquels la France se trouve engagée*. Il en est de même en ce qui concerne le renouvellement ou la dénonciation de ces accords. »

Il en résulte que les actes institutionnels obligatoires doivent être publiés par le MAE. Par ailleurs, l'article 3 précise que les décisions des organisations internationales qui affectent les particuliers doivent être publiées au Journal officiel :

« Après transmission au ministre des affaires étrangères et, s'il y a lieu, ratification, les conventions, accords, protocoles ou *règlements*, prévus aux articles précédents et *de nature à affecter, par leur application, les droits ou les obligations des particuliers*, doivent être publiés au Journal officiel de la République française. (...) Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux règlements émanant d'une

²⁶⁷ V. *supra*, pars. 106 et s.

organisation internationale lorsque ces règlements sont intégralement publiés dans le Bulletin officiel de cette organisation, offert au public, et lorsque cette publication suffit, en vertu des dispositions expresses d'une convention engageant la France, à rendre ces règlements opposables aux particuliers. »

Les actes institutionnels auto-exécutoires, ou susceptibles de l'être, doivent eux-aussi, par conséquent, être publiés au *Journal officiel*, à moins que leur publication dans le bulletin officiel de l'organisation ne suffise à les rendre opposables aux particuliers (en pratique, seuls les actes de l'UE rentrent dans cette dernière catégorie).

148. L'argument de l'absence de publication d'un acte institutionnel au *Journal officiel* a été soulevé à plusieurs reprises pour justifier son applicabilité (ou absence de) :

- au sujet des résolutions de l'AGNU mettant fin à la tutelle française au Cameroun :
« À ce point de notre raisonnement, nous nous heurtons à la difficulté principale que pose l'affaire qui vous est soumise. Aux termes de votre jurisprudence constante, vous ne pouvez appliquer un texte que s'il a été régulièrement publié au *Journal officiel*. »²⁶⁸
- au sujet des annexes de l'OACI :
« [S]i cette annexe [annexe 9 de la Convention de Chicago] n'a pas été publiée au Journal officiel du 3 juin 1947, en même temps que la convention, l'art. 90 de cette convention promulguée indique que 'chacune de ses annexes ou tout amendement aux dispositions d'une annexe aura plein effet dans les trois mois qui suivent sa notification aux États contractants' »²⁶⁹

149. Pourtant, la publication ou son absence peuvent difficilement être décisives pour rendre compte de la force normative d'un acte dans l'ordre juridique interne. Ainsi, il est constant que la seule publication au *Journal officiel* ne suffit pas à rendre l'acte invocable dans les ordres internes²⁷⁰. La publication ne décide pas de la force obligatoire à l'égard de la France ou bien de l'effet direct dans l'ordre interne. Ce n'est pas parce qu'un acte institutionnel est publié par le MAE qu'il engage, *ipso facto*, la France (v. Article 1 du Décret n°53-192) ou qu'il est de nature à affecter les droits des particuliers (v. Article 3 du Décret

²⁶⁸ Concls. M. Ordonneau sous Conseil d'État, *M'Bounya*, préc., note 195, p. 614 ; v. aussi *ibid.* pp. 617-618.

²⁶⁹ France, Cour d'appel de Paris, 8 juin 1971, *Kamolpraimpna*, reproduit dans *RGDIP*, vol. 76, 1972, p. 582 (note Rousseau).

²⁷⁰ France, Conseil d'État, Ass., 23 nov. 1984, *Roujansky et autres*, *Lebon*, 1984, p. 384 (à propos de la DUDH). Cet arrêt confirme une jurisprudence plus ancienne, Conseil d'État, 18 avr. 1951, *Élections de Molay*, *Lebon*, p. 189 ; Conseil d'État, 11 mai 1960, *Sieur Car*, *JDI*, n° 1, 1961, p. 405) ; mais certaines juridictions avaient cru en même temps qu'une autre appréciation s'imposait : la Cour d'appel de Paris avait apprécié que cette publication au *JO* en faisait « une loi de l'État français » (23 avr. 1959, *JDI*, 1960, p. 128, note B. Goldman).

n°53-192). Tout au plus, cette publication pourrait créer une présomption en ce sens, mais qui est tout à fait réfragable, comme le montre l'exemple de la DUDH pour le premier aspect. Un exemple concret permet illustrer le second : il s'agit de l'introduction, dans l'ordre juridique français, du Règlement sanitaire international. Le RSI a été publié au Journal officiel par décret²⁷¹. Cependant, la publication a été suivie de l'adoption d'un décret supplémentaire, qui modifie plusieurs articles du Code de la santé publique²⁷², ce qui montre l'absence d'effet direct de l'acte international.

150. La publication n'est pas un mécanisme d'incorporation, bien que le Conseil d'État ait encore pu considérer que le « décret de publication (...) a permis *l'introduction* dans l'ordre juridique interne »²⁷³ d'accords internationaux. C'est perdre de vue la fonction dont est investie la publication dans tous les ordres juridiques, dont le français, qui est de refléter, comme l'avait noté Joe Verhoeven, un principe général de droit :

« S'il est certain que la publication du traité en conditionne normalement l'applicabilité interne, il ne paraît pas qu'elle en constitue une condition spécifique d'introduction. Il est plus exact sans doute de considérer qu'il y a là l'expression d'une exigence d'opposabilité inhérente à tout acte juridique, soumis à une publicité à la mesure de l'effet qu'il entend produire. »²⁷⁴

151. La publication n'investit pas l'acte d'une portée normative qu'il n'a pas par ailleurs (qu'elle soit internationale, et alors c'est la valeur juridique obligatoire ou non qui serait en cause ; ou interne, et alors c'est l'efficacité interne et ses conditions qui seraient à examiner). En effet, comment investir l'acte de publication, qui est un décret, d'un tel pouvoir constitutif du point de vue normatif ? S'agissant des traités, cela serait encore plus problématique au regard de leur supériorité de principe sur les lois.

152. Il ne faut en effet pas oublier la fonction inhérente de la publication, qui est de faire connaître le droit à l'endroit de ceux qui ne sont censés l'ignorer, selon (l'interprétation de)

²⁷¹ V. Décret n° 2007-1073 du 4 juil. 2007 portant publication du règlement sanitaire international (2005) adopté par la cinquante-huitième Assemblée mondiale de la santé le 23 mai 2005, *JO* n°156 du 7 juil. 2007 p. 11570.

²⁷² V. Décret n° 2013-30 du 9 janv. 2013 relatif à la mise en œuvre du règlement sanitaire international (2005), *JP* n° 9, du 11 janv. 2013, p. 831.

²⁷³ Conseil d'État, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, n° 242860, *Lebon*, p. 77, concls. Stahl, *RGDIP* 2003, pp. 492-503, note Laugier-Deslandes ; *AJDA* 2003, p. 726, chron. Donnat et Cassia. V. aussi Conseil d'État, 7 juil. 2000, *Fédération nationale des associations tutélaires*, n° 213461, *RGDIP*, 2001, p. 240 (« Considérant que si, par application des stipulations de son article K, la charte sociale européenne révisée est entrée en vigueur le 1er juil. 1999, cette dernière date régit uniquement les effets de ce traité dans l'ordre international et ne saurait être confondue avec l'entrée en vigueur dudit traité dans l'ordre interne, laquelle est subordonnée, conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution, à sa publication. »).

²⁷⁴ J. Verhoeven, « La notion d'*'applicabilité' directe* du droit international », *op. cit.*, note 6, p. 251.

l'article 55 de la Constitution (ou d'autres dispositions similaires). Comme l'avait souligné le commissaire du gouvernement, M. D. Sarcelet, la publication a pour effet de rendre l'acte opposable aux personnes privées :

« L'absence d'une publication de la résolution dans l'ordre interne est propre à exclure qu'elle affecte les droits et obligations des particuliers, conformément aux dispositions du décret du 14 mars 1953 modifié par celui du 11 avril 1986. (...) Faute de publication de la résolution dans l'ordre interne, ni la nullité décidée, ni les obligations imposées ne peuvent affecter les droits et les obligations des particuliers. »²⁷⁵

La sanction de l'absence de publication devrait être en rapport avec cette fonction inhérente ; dès lors, l'acte non publié ne saurait être invoqué à l'encontre des personnes privées.

C. Difficultés liées à l'incorporation matérielle

153. Les ordres internes manifestent une préférence pour l'incorporation à travers les actes de l'Exécutif. Cette incorporation matérielle passe par une reformulation et une adaptation des dispositions pertinentes des actes institutionnels²⁷⁶. La visée d'incorporation de l'acte est visible dans les visas, qui se réfèrent généralement aux actes internationaux ainsi mis en œuvre. Lorsque cette référence expresse fait défaut, le recours aux travaux préparatoires du texte interne s'impose²⁷⁷.

154. La nécessité d'incorporation a pour corollaire évident que l'abrogation de l'acte international doit être suivie d'un acte interne d'abrogation. Ainsi, en France, les résolutions 558 et 569 relatives à l'Afrique du Sud ont été appliquées par le décret du 9 janvier 1986, modifié par le décret du 7 septembre 1992. Ces décrets ont été abrogés à leur tour par le décret du 10 mars 1995, une fois l'embargo levé par la résolution 919. La même procédure a été suivie pour les résolutions ultérieures²⁷⁸.

²⁷⁵ D. Sarcelet, Avis de l'Avocat général sous Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 25 avr. 2006, *Société Dumez*, n° 02-17344, *RGDIP*, vol. 110, 2006, n° 4, pp. 952 et 953. Dans le même sens, v. P. Reuter, « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel national. Rapport », in P. Reuter *et al.* (dir.), *L'application du droit international par le juge français*, Paris, A. Colin, 1972, p. 34.

²⁷⁶ V. à titre d'exemple, Décret n° 93-1305 du 14 déc. 1993 relatif à l'application de la rés. 841 du Conseil de sécurité des Nations Unies, pris en application de la rés. 841 (1993) du CSNU portant instauration d'un embargo contre Haïti.

²⁷⁷ V. Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association Inc.*, préc., note 181, p. 572.

²⁷⁸ V. Décret n° 96-999 du 19 nov. 1996 qui abroge le décret incorporant l'embargo sur les armes contre Haïti (*supra*, note 276).

155. L'incorporation matérielle conduit à un dépeçage de l'acte institutionnel : l'autorité d'exécution peut choisir d'incorporer certaines dispositions et pas d'autres, ou encore d'incorporer l'ensemble du texte par des instruments différents ou encore d'incorporer plusieurs instruments internationaux par le biais d'un seul instrument de droit interne²⁷⁹. La répartition des compétences entre les États membres et l'Union européenne donne lieu à un autre type d'éclatement de l'incorporation, entre plusieurs ordres juridiques. Dans ce cas, chaque ordre juridique incorpore les parties de l'acte qui relèvent de sa compétence.

§ 3. *L'incorporation par le biais d'actes de l'Union européenne*

156. L'objectif d'efficacité des sanctions se traduit en termes juridiques par la recherche d'un acte à effet direct : c'est parce que les actes institutionnels sont dépourvus d'effet direct dans la plupart des ordres juridiques nationaux que les États doivent prendre toutes les mesures pour les mettre en œuvre. Dans la même logique, c'est parce que la plupart des instruments du droit de l'Union européenne s'appliquent avec effet direct dans les 28 États membres que ses instruments sont préférés à une incorporation individuelle dans chaque État membre. La panoplie des actes institutionnels qui bénéficient de cette forme d'incorporation est large (A.), et son efficacité est pleinement reconnue par les juridictions nationales (B.).

A. Quelques exemples d'incorporation par le biais d'instruments européens

157. Le cas des sanctions ciblées du Conseil de sécurité est sans doute topique (1.), mais il n'est pas isolé (2.).

1. L'incorporation des sanctions ciblées onusiennes

158. Les résolutions du CSNU ne limitent ni n'imposent de choix quant à l'acte de mise en œuvre ou la forme des mesures d'exécution qui doivent être adoptées par les États membres, directement ou par l'intermédiaire des organismes internationaux dont ils font partie. Les États membres de l'UE ont choisi, conformément à l'article 48, paragraphe 2 de la Charte, de recourir au cadre européen pour exécuter ces résolutions. La CJCE a souligné à cet égard qu'« il appartient aux États membres d'arrêter, dans l'exercice de leur compétence nationale, des mesures de politique étrangère et de sécurité. [Or] c'est précisément dans l'exercice de

²⁷⁹ V. ainsi France, Arrêté du 3 mars 2006 relatif aux règles de l'air et aux services de la circulation aérienne, qui incorpore plusieurs annexes OACI, *JO* n° 103 du 3 mai 2006, p. 6556.

[cette] compétence [...] que les États membres se sont expressément prononcés en faveur d'un recours à une mesure communautaire, qui est devenu le règlement relatif aux sanctions »²⁸⁰. Dans cet esprit, l'existence, dans les traités, des clauses passerelles, à savoir les articles 215 TFUE et 75 TFUE (ex-articles 301 CE et 60 CE), traduit non pas une obligation, mais un esprit de solution : ces clauses sont « l'expression d'un objectif implicite et sous-jacent, à savoir celui de rendre possible l'adoption de [...] mesures [de sanction] par l'utilisation efficace d'un instrument communautaire »²⁸¹.

159. Il existe au sein de l'UE deux catégories de listes de sanctions : des listes reproduisant les noms des personnes directement désignées par le Comité des sanctions 1267 du Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU), dites listes d'exécution²⁸², et des listes établies par l'Union, dites listes autonomes²⁸³. Le choix entre ces deux catégories découle de l'objectif recherché par le CSNU dans sa stratégie de lutte contre le terrorisme international. D'une part, le CSNU vise à sanctionner les personnes impliquées dans des actes de terrorisme ou de son financement, selon une échelle de priorité correspondant à la menace que ces personnes représentent²⁸⁴. De l'autre, il adopte une approche plus générale consistant à instaurer un mécanisme préventif qui vise à lutter contre le terrorisme international dans une optique thématique, notamment contre le financement du terrorisme international ou contre la prolifération nucléaire. Quelle que soit l'origine de la liste, l'adoption, au sein de l'UE, de sanctions à l'encontre des personnes et des entités visées est le résultat d'une procédure à trois niveaux. Premièrement, ces personnes et/ou entités sont identifiées soit au niveau national (listes autonomes), soit au niveau de l'ONU (listes d'exécution). Ensuite, le Conseil de l'UE établit une liste dans un acte de droit européen. Enfin, les États membres appliquent les mesures d'exécution effectives soit à travers un règlement général, soit par le biais d'un acte national, ou encore les deux à la fois.

160. Le système de lutte contre le terrorisme international mis sur pied par le CSNU ne se limite pas à l'adoption de mesures administratives telles que l'interdiction de voyager ou le

²⁸⁰ CJCE, 14 janv. 1997, aff. C-124/95, *Centro-Com*, par. 27-28, *Rec.* 1997, p. I-81 ; v. égal. CJCE, *Kadi I*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, préc., par. 295.

²⁸¹ CJCE, *Kadi I*, préc., par. 226.

²⁸² Règl. CE n° 881/2002, du 22 mai 2002, *JOCE* L 139, 29 mai 2002, modif. par Règl. UE n° 1286/2009, *JOUE* L 346, 23 déc. 2009.

²⁸³ Règl. CE n° 2580/2001, 27 déc. 2001, *JOCE* L 344 du 28 déc. 2001.

²⁸⁴ V. à cet égard, Ch. Eckes, *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights: The Case of Individual Sanctions*, Oxford University Press, 2009, pp. 24 et s. ; E. Guild, « The Uses and Abuses of Counter-Terrorism Policies in Europe : The Case of the 'Terrorist Lists' », *JCMS*, vol. 46, n° 1, 2008, p.179 et s.

gel des fonds. Pour une plus grande efficacité, il implique également des mesures de nature pénale à caractère dissuasif, afin de sanctionner le non-respect des sanctions ciblées. On peut désigner ce type de sanctions, prévues pour réprimer la violation des interdictions accompagnant les sanctions ciblées, par les termes « sanctions de deuxième degré ».

2. *D'autres exemples d'incorporation des actes institutionnels par le biais d'instruments européens*

161. La mise en œuvre des sanctions ciblées du Conseil de sécurité fournit un modèle topique d'incorporation des actes institutionnels. Il n'est pour autant pas isolé : sont ainsi mis en œuvre par des instruments européens les actes des organisations dont l'Union européenne est membre, seule ou à côté des États (*i.e.* : la FAO, diverses organisations régionales de gestion de la pêche²⁸⁵, la Commission du *Codex alimentarius*, l'OACI, l'Organisation mondiale des douanes ; mais aussi des COP, Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontiers de déchets dangereux et de leur élimination, la Convention-cadre des Nations Unies de 1992 sur les changements climatiques, la Convention d'Aarhus de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement), mais aussi ceux où l'Union a seulement un statut d'observateur, mais dont les activités rentrent dans son champ de compétences (*i.e.* : Annexes à la Convention CITES, les dénominations communes internationales ou le Règlement sanitaire international de l'OMS ; des résolutions de l'Assemblée de l'Organisation maritime internationale). Cette incorporation peut être réalisée par le biais d'un acte législatif (règlement ou directive)²⁸⁶, mais aussi d'une décision du Conseil qui approuve les modifications apportées aux conventions par des actes des Conférences des Parties, sur la base de la même procédure que celle applicable à l'approbation des accords (*cf.* article 218 (6) TFUE)²⁸⁷.

162. Nombreux sont les exemples d'incorporation d'actes institutionnels qui ne lient pas formellement l'Union, mais qui sont opposables aux États en raison de leur qualité de

²⁸⁵ Pour une liste des organisations dont l'UE est membre, v. http://ec.europa.eu/fisheries/cfp/international/rfmo/index_fr.htm.

²⁸⁶ Les actes de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination, incorporés par le règlement (CE) n° 1379/2007 de la Commission du 26 nov. 2007, *JO L* 309 du 27 nov. 2007, pp. 7-20.

²⁸⁷ V. par exemple la Décision du Conseil du 12 févr. 1998 concernant l'approbation, au nom de la Communauté européenne, de la modification des annexes I et II de la convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, arrêtée lors de la cinquième session de la Conférence des Parties à la convention (doc. 98/145/CE, *JO L* 46 du 17 févr. 1998, p. 6-7).

membres des organisations de coopération. Outre l'exemple des sanctions ciblées du CSNU, ont été incorporés par le biais d'actes de l'Union :

- des résolutions de l'Organisation maritime internationale²⁸⁸ ;
- des résolutions de l'OMS²⁸⁹ ;
- les modifications apportées par la Conférence des Parties aux Annexes de la Convention CITES²⁹⁰ ;
- diverses annexes à la Convention OACI²⁹¹ ;
- les dénominations communes de la Commission du *Codex alimentarius*²⁹² ;
- des recommandations du GAFI²⁹³.

163. L'incorporation peut également résulter d'une décision d'approbation de l'acte international par le Conseil²⁹⁴. Il est remarquable toutefois que les modifications ultérieures de la réglementation internationale ayant un impact sur le fond de la décision européenne peuvent être incorporées par des règlements ou directives²⁹⁵.

²⁸⁸ Règlement n° 2978/94 du Conseil du 21 nov. 1994 (*JO L 319* du 12 déc. 1994, p. 1-6). V. aussi Le règlement (CE) n° 725/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relatif à l'amélioration de la sûreté des navires et des installations portuaires (*JO L 129*, p. 6).

²⁸⁹ Directive 2010/45/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juil. 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative au règlement sanitaire international du 26 sept. 2006, Doc. COM/2006/0552 final.

²⁹⁰ Dernier acte en date, suivant les modifications apportées par la Conférence de Doha (2010), v. Règlement (UE) n° 709/2010 de la Commission du 22 juil. 2010 modifiant le règlement (CE) n° 338/97 du Conseil relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce (*JO L 212* du 12 août 2010, p. 1-59). V. aussi CJCE, 1^{er} oct. 2009, *Commission c. Conseil*, C-370/07, par. 5-6.

²⁹¹ V., *inter alia*, la directive 2000/78/CE qui transpose la recommandation OACI (Amendement no. 167 à l'Annexe 1 de l'OACI, adopté le 10 mars 2006 par le Conseil de l'OACI) ; Directive 2006/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative à la réglementation de l'exploitation des avions relevant de l'annexe 16 de la Convention OACI, *JO L 374* du 27 déc. 2006, pp. 1-4 ; Règlement (CE) n° 991/2001 de la Commission du 21 mai 2001 relative à la limitation de l'exploitation des avions relevant de l'annexe 16 de la Convention OACI, *JO L 138* du 22 mai 2001, p. 12-14.

²⁹² V. F. Schild, « The Influence of the Food and Agriculture Organization (FAO) on the EU Legal Order », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between autonomy and dependence: the EU legal order under the influence of international organisations*, The Hague/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 217-241.

²⁹³ V. J. A. F. Lopes de Lima, « Le Groupe d'Action Financière (GAFI) et sa 'liste noire' : punir sans juger ? », *Revue de science criminelle*, 2006, pp. 567-576.

²⁹⁴ V. la décision du Conseil du 2 avr. 1990 concernant l'acceptation par la Communauté économique européenne d'une décision-recommandation de l'OCDE sur le contrôle des mouvements transfrontiers de déchets dangereux doc. 90/170/CEE, *JO L 92* du 7 avr. 1990, p. 52-53.

²⁹⁵ Ainsi, les résolutions ultérieures de l'OCDE en la matière ont été incorporées par règlement (Règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006, *JO L 190* du 12 juil. 2006, p. 1-98, modifié par le Règlement (CE) n° 1418/2007 de la Commission du 29 nov. 2007 concernant l'exportation de certains déchets destinés à être valorisés, énumérés à l'annexe III ou IIIA du règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil, *JO L 316* du 4 déc. 2007 et par le Règlement (UE) n° 661/2011 de la Commission du 8 juil. 2011, *JO L 181* du 9 juil. 2011, p. 22-24.

B. Une forme d'incorporation admise par les juridictions internes

164. Les juridictions internes ont pleinement reconnu l'efficacité des incorporations des sanctions du CSNU par l'Union européenne. Elles auraient difficilement pu faire autrement, compte tenu du fait que seule la Cour de Justice de l'Union européenne est compétente pour se prononcer sur la validité des actes de l'UE. Pour ne donner que quelques exemples éparés :

- le juge britannique admet l'applicabilité immédiate et l'effet direct du règlement mettant en œuvre les résolutions 1267 (1999), 1333 (2000) et 1390 (2002) du Conseil de sécurité des Nations Unies

« In my view it is appropriate to begin with the EU implementing legislation because that legislation is both directly applicable in the Member States of the European Union and within its legitimate field of application is superior to any other legal norm (...) *The Regulation, as amended by Regulation (EC) No 561/2003, has general application and is binding in its entirety and directly applicable in all the Member States, including, of course, the United Kingdom (EC Treaty, Article 249, second paragraph). It is generally not necessary to transpose a regulation into the legal order of a Member State by any national implementing measure. Indeed, formal incorporation of provisions of a regulation into the national legal order may be impermissible on the ground that it would bring into doubt 'both the legal nature of the applicable provisions and the date of their coming into force'.* »²⁹⁶

- le juge irlandais estime que les résolutions ne sont pertinentes dans l'ordre interne que dans la mesure où elles constituent le contexte d'interprétation du règlement :

« *The real significance of the United Nations Resolutions in so far as they relate to the present proceedings is that Resolution 820/1993 of the Security Council Resolutions provided the genesis for Article 8 of the relevant European regulation.* »²⁹⁷

- les juridictions françaises considèrent que la date d'entrée en vigueur dans l'ordre interne d'un embargo décidé par les Nations Unies est la date du règlement européen et non pas celle de la résolution elle-même :

« Le 14 avril, le décret litigieux est un acte qui 'crée' en droit français l'embargo à l'égard de la Lybie. Il est indétachable de la conduite des relations diplomatiques. Mais pris deux jours plus tard, le même décret

²⁹⁶ Royaume-Uni, High Court of Justice Queens Bench Division, Administrative Court, 22 sept. 2006, *M v HM Treasury*, [2006] EWHC 2328 (Admin), par. 39 (nous soulignons). V. aussi : « *In the United Kingdom the sanctions regime was at all material times governed by the 1992 Order, and an E.C. Council Regulation, Regulation 1432/92, as amended by EEC Regulation 2015/92* » (Royaume-Uni, High Court of Justice Queens Bench Division, 6 sept. 1993, *Regina v. HMT ex parte Centro-Com*, 1993 WL 965816 (QBD), par. 2).

²⁹⁷ Irlande, High Court, 21 juin 1994, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Minister for Transport, Energy and Communications and Others*, CMLR, vol. 3, 1994, p. 469, par. 13.

n'aurait été, par la force des choses, qu'un acte d'exécution du règlement communautaire [pris le 15 avril 1997], venant apporter les précisions utiles à l'application de ce règlement. C'est le règlement communautaire, directement applicable en droit interne, qui aurait porté seul la charge des aspects diplomatiques de la mesure. Le décret ultérieur - si tant est qu'il eût gardé une quelconque portée normative - devenait dès lors très certainement détachable de la conduite des relations internationales. »²⁹⁸

165. Les juridictions nationales soulignent ainsi que, lorsque plusieurs instruments comportent les mêmes normes matérielles, elles font application de l'acte d'effet direct, en l'occurrence l'acte européen. Il en va ainsi de l'incorporation des actes de l'OCDE²⁹⁹, ou de l'OACI³⁰⁰, ou de la Commission des thonides³⁰¹.

C. Les doutes quant à l'efficacité pénale des incorporations par le biais des actes de l'UE

166. Les ordres juridiques internes sont foncièrement hostiles aux incriminations par renvoi à des textes internationaux. L'Union européenne n'échappe pas entièrement à cette hostilité, ce qui limite l'efficacité de l'incorporation du droit institutionnel par ce biais et justifie d'ailleurs que des actes internes soient adoptés en parallèle des actes européens. Si le traité de Lisbonne a consolidé la compétence européenne au regard de la mise en œuvre des sanctions ciblées du CSNU, il n'est pas allé jusqu'à investir l'UE d'une compétence d'incrimination³⁰². Dès lors, des poursuites ne peuvent être directement fondées sur le droit européen. En France, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a mis en exergue cette compétence exclusive de l'ordre interne dans des affaires relatives à la violation de l'embargo contre l'Irak ou la Serbie et le Monténégro. Les résolutions du Conseil de sécurité avaient été mises en œuvre

²⁹⁸ France, Conseil d'État, *Société Héli-Union*, n° 138310, concls. D. Piveteau, Commissaire du gouvernement, p. 7 (non publiées) ; v. aussi Cour de cassation, Ch. criminelle, 30 janv. 1995, *Administration des douanes c. André Paccard*, n° 93-83421.

²⁹⁹ Décision du Conseil de l'OCDE, du 30 mars 1992 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets, par le règlement (CEE) n° 259/93 du Conseil, du 1^{er} févr. 1993. Un arrêt français appliquant ces normes fait bien la distinction entre l'inapplicabilité de l'acte OCDE et l'application du règlement CE correspondant (v. Conseil d'État, 15 févr. 2006, *Association Ban Abbestos France et autres.*, n° 288801, *Lebon* 2006, p. 78).

³⁰⁰ La directive 2000/78/CE qui transpose la recommandation OACI (Amendement n° 167 à l'Annexe 1 de l'OACI, adopté le 10 mars 2006 par le Conseil de l'OACI (v. France, Cour de cassation, Ch. sociale, 3 juil. 2012, n° 11-13795, disponible sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr/>).

³⁰¹ Conseil d'État, 19 juil. 2011, *Soc. Chrisderic*, n° 329141, *Lebon T.*, 2011, p. 783.

³⁰² V. U. Candaş et A. Miron, « Assonnances et dissonances... », *op. cit.*, note 90, pp. 780 et s.

par le biais de règlements communautaires³⁰³. Toutefois, si le règlement est d'effet direct et justifie les actions des autorités douanières,

« faute de dispositions de droit interne prises conformément à l'article 21 du Code des douanes, [le règlement communautaire prohibant toute relation commerciale avec l'Irak] ne pouvait servir de base aux poursuites. »³⁰⁴

167. L'inadmissibilité des poursuites ayant comme fondement immédiat le règlement communautaire laisse la place à des incriminations par renvoi. En ceci, l'ordre européen est toujours plus efficace que l'ordre international³⁰⁵. Dans l'ordre de l'UE, l'incrimination par renvoi est même courante. Les règles primaires d'interdiction sont contenues, grâce à ce mécanisme, dans des règlements de l'UE. L'ordre interne intervient pour préciser les peines qui s'attachent à la violation des règlements européens. Ceci reflète un principe du droit de l'UE selon lequel les États membres doivent

« prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire lorsqu'une réglementation communautaire ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de violation de ses dispositions ou renvoie, sur ce point, aux dispositions nationales. À cet effet, tout en conservant un pouvoir discrétionnaire quant au choix des sanctions, ils doivent veiller à ce que les violations de la réglementation communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif »³⁰⁶.

168. Ce mécanisme a été utilisé pour la mise en œuvre des sanctions du CSNU. Dans cette situation, les règlements européens, à la suite des résolutions du CSNU, demandent eux-mêmes aux États d'établir des sanctions efficaces. Comme a pu le constater le juge britannique,

« [N]ational implementing measures may sometimes be required to ensure the effectiveness of a regulation. Member States are, therefore, empowered to take such measures (...) and are even obliged to do so (...). Article 10 of the applicable

³⁰³ V. A. Pellet, « Les sanctions de l'Union européenne », in M. Benlolo Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 431–455. V. aussi D. Bethlehem, « European Union », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A Comparative Study*, op. cit., note 213, pp. 128-130.

³⁰⁴ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 30 janv. 1995, *Administration des douanes c. André Paccard*, n° 93-83421. V. aussi France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 18 mai 1998, n° 96-84762, *Bulletin criminel* 1998, n° 168, p. 461 (à propos de la violation de l'embargo contre la Serbie et le Monténégro).

³⁰⁵ V. *supra*, pars. 164-165.

³⁰⁶ CJCE, 26 sept. 1996, *Procédure pénale contre André Allain, en présence de Steel Trading France SARL*, aff. C-341/94, *Rec.*, 1996, p. I-4631, par. 24. V. aussi pour les règlements, CJCE, 26 oct. 1995, *Siesse c. Director da Alfândega de Alcântara*, aff. C-36/94, *Rec.*, 1995, p. I-3573, par. 20, et, pour les directives, 8 juin 1994, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-382/92, *Rec.*, 1994, p. I-2435, par. 55. V. aussi C. Raynouard, « Effet positif du droit communautaire sur le droit pénal interne et technique d'incrimination par renvoi aux règlements communautaires », *Petites affiches*, n° 200, 6 oct. 2004, p. 47.

Regulation specifically requires national measures to ensure that there are effective sanctions for the enforcement of the Regulation. »³⁰⁷

169. Le réseau normatif établi à travers les renvois est tripartite – les Nations Unies, l’UE, les États. La jurisprudence récente a permis de mettre en évidence l’interdépendance étroite entre les actes relevant d’ordres juridiques différents et la complémentarité des ordres juridiques qui s’en suit. L’affaire de *M. et F.*, accusés en Allemagne d’appartenance au groupement d’extrême gauche DHKP-C, inscrit sur les listes terroristes autonomes de l’UE, dévoile les nombreuses conséquences de ce renvoi mobile. La loi allemande se borne à prévoir une peine d’emprisonnement et à préciser que cette peine s’applique à « toute personne qui enfreint un acte juridique des Communautés [...] visant à restreindre les échanges extérieurs [...] servant de mise en œuvre d’une mesure de sanction économique arrêtée par le Conseil de sécurité [...] en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies »³⁰⁸. Des règlements de l’UE mettent en œuvre la résolution 1373 (2001) du CSNU et comportent en annexe des listes de personnes soumises au régime de sanctions³⁰⁹. La Cour de Luxembourg a jugé dans cette hypothèse que les règlements communautaires constituent le *fondement* de l’acte national portant sanction³¹⁰. Les dispositions pertinentes de l’acte communautaire concourent en effet à déterminer le contenu de la disposition nationale de droit pénal³¹¹.

170. C’est le règlement communautaire et ses annexes qui définissent le comportement incriminé, tandis que l’acte national précise la sanction de la violation du premier³¹². Le caractère punissable des faits en droit national découle donc à la fois de l’acte national et de l’acte de l’Union auquel le premier se réfère. Avec la technique de l’incrimination par renvoi, l’acte de l’Union devient la source juridique qui détermine au niveau national le comportement répréhensible dans son entièreté. Aussi, la force normative, voire la validité de l’acte national, devient-elle dépendante du sort de cet acte de référence. Il en découle que

³⁰⁷ Royaume-Uni, High Court of Justice, 22 sept. 2006, *M v HM Treasury*, [2006] EWHC 2328 (Admin), par. 40.

³⁰⁸ CJUE, 29 juin 2010, *E. et F. (DHKP-C)*, préc., note 91, par. 20.

³⁰⁹ Sur le mécanisme des listes autonomes v. U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances... », *op. cit.*, note 90, pp. 778-779.

³¹⁰ CJUE, 29 juin 2010, *E. et F. (DHKP-C)*, préc., note 91, par. 56.

³¹¹ L’avocat général P. Mengozzi notait : « [P]ar le biais du renvoi opéré par le législateur allemand, les dispositions du règlement n° 2580/2001, complétées par les décisions du Conseil établissant et mettant à jour la liste visée à l’article 2, paragraphe 3, de ce règlement, concourent à déterminer le contenu de la disposition de droit pénal sur laquelle se fonde l’acte de mise en accusation des inculpés dans la procédure au principal. Ce mécanisme est illustré par le texte même de cette disposition. » (Concls. P. Mengozzi dans l’aff. C-550/09, *E. et F. (DHKP-C)*, 17 mai 2010, par. 51)

³¹² TPIUE, 9 sept. 2010, *Stichting Al-Aqsa c. Conseil*, aff. T-348/07, *Rec.*, 2010, p. II-4575, par. 47.

l'acte national se verra privé d'effet si l'acte communautaire a cessé de produire des effets, notamment s'il a été annulé ou déclaré invalide par les juridictions communautaires³¹³.

171. La pénalisation interne par renvoi au règlement communautaire, qui lui-même incorpore l'acte international, n'est pas réservé aux sanctions du CSNU. Un autre exemple est fourni par les sanctions pour violation des réglementations de CITES³¹⁴.

172. Il importe de souligner que le recours au cadre de l'Union ne résulte pas toujours d'une obligation juridique mais bien d'un choix politique des États membres qui repose sur des critères d'effectivité. Tel est surtout le cas lorsque l'Union n'est pas elle-même membre et que ses domaines de compétence ne se recoupent que très partiellement avec celles des organisations de coopération en cause. L'ordre de l'Union assure ainsi une médiation entre l'organisation et l'ordre juridique national, d'autant plus efficace que les actes européens prêtent ainsi aux normes institutionnelles leur redoutable portée normative (applicabilité immédiate, effet direct, primauté, incrimination par renvoi).

*

173. La pratique examinée montre que l'ensemble des ordres juridiques consultés conditionnent l'efficacité du droit institutionnel par son incorporation. D'ailleurs l'application systématique des principes relatifs à l'incorporation tranche avec la réserve avec laquelle les juges internes abordent la détermination de la valeur normative des actes institutionnels. En effet, un prononcé sur la valeur normative est un prononcé fondé en droit international, car ce dernier est le seul à fixer les paramètres de l'obligatoire/ recommandatoire. Plutôt que de s'aventurer sur ce terrain, qu'il n'est pas certain de maîtriser, donc d'errer en droit, le juge interne préfère un prononcé sur la base des règles propres à son ordre juridique, l'effet de ce prononcé étant ainsi circonscrit et inattaquable.

174. Pour justifier l'exigence inconditionnelle d'incorporation, les juges de tradition dualiste mobilisent les théories classiques relatives à la réception des actes juridiques internationaux. Dans les ordres de tradition moniste, la théorie de l'effet direct, telle

³¹³ CJUE, 29 juin 2010, *E. et F. (DHKP-C)*, préc., note 91, par. 61 et concls. P. Mengozzi dans l'aff. C-550/09, préc., note 311, par. 97.

³¹⁴ V. C. Fuchs, « Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) – Conservation Efforts Undermine the Legality Principle », in A. von Bodgandy *et al.* (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, 2010, pp. 475-508.

qu'appliquée aux actes institutionnels, s'est mue en une théorie de l'(in)application immédiate et aboutit ainsi à traduire le même impératif d'incorporation. Elle est systématiquement appliquée par la jurisprudence afin de conclure à l'absence d'incorporation automatique des actes institutionnels. Cette attitude confirme le fait que la théorie de l'effet direct, bien qu'elle fasse appel à des considérations d'ordre international, est une institution de l'ordre interne. Institution d'autant plus accommodante que les conditions pour la reconnaissance de l'effet direct sont malléables, cumulatives de surcroît, et qu'elle se subroge à des textes ou à des pratiques constitutionnels sinon silencieux, du moins inadaptés aux actes institutionnels des organisations de coopération. En refusant de reconnaître l'efficacité immédiate des actes institutionnels, l'ordre interne défend ses principes fondamentaux. Mais ce refus est facilité par le fait que le droit institutionnel lui-même n'exige pas, voire ne se prête pas à une application directe. Au contraire, pour sa mise en œuvre, il demande expressément le concours de l'ordre interne. Les mesures normatives adoptées par les États sont à la fois des mesures d'adaptation (tournées vers la satisfaction des exigences internes relatives aux rapports de systèmes) et des mesures d'exécution appelées par l'acte international lui-même. Ainsi entendue, l'incorporation est loin des théories de la « transformation », qui impliquent la novation du droit international incorporé et son effacement consécutif. Ce dépassement de la doctrine classique se confirme davantage par la prise en considération du droit institutionnel déconnectée de l'exigence d'incorporation.

Chapitre 4. La prise en considération des actes institutionnels déconnectée de l'incorporation

175. Le chapitre précédent, consacré aux conditions de réception du droit institutionnel, a permis de mettre en exergue la nécessité de l'incorporation spéciale des actes institutionnels pour que ceux-ci puissent produire, dans les ordres internes, les effets juridiques escomptés par leurs auteurs. Ce constat ne clôt toutefois pas le débat sur la portée normative des actes institutionnels devant les juges internes. En essayant d'expliquer les effets que la jurisprudence reconnaît à certains actes institutionnels, nombre d'auteurs insistent sur le nécessaire dépassement de l'horizon de la réception pour une juste appréciation de leur efficacité dans les ordres internes³¹⁵. En examinant la jurisprudence interne, il est en effet difficile de nier que les actes institutionnels peuvent jouer un rôle dans le raisonnement judiciaire, alors même qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une transposition. La *prise en considération* est à la fois suffisamment englobant et élastique pour désigner ce rôle. Cependant, compte tenu du fait qu'il n'existe pas de définition généralement partagée de ce concept, ainsi que de la diversité de ses manifestations, il paraît plus adéquat d'adopter une méthode inductive, en fondant d'abord l'analyse sur l'observation de la pratique judiciaire, pour tenter à la fin de ce chapitre une synthèse de ce concept.

176. Il est certainement plus aisé de le définir d'une manière négative que d'en saisir l'essence : la prise en considération se distingue de l'« application », qui constitue « l'opération consistant à donner effet à une règle de droit (...) dans une espèce déterminée ou dans une généralité de cas particuliers »³¹⁶. Dans l'opération d'application, la norme institutionnelle est la règle de décision pour le juge : soit parce que c'est celle qui prévoit des droits ou obligations pour les justiciables, personnes privées, soit parce que, dans un

³¹⁵ France, Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 15 juil. 1999, *État irakien c. Soc. Dumez GTM*, n° 97-19.742, *Bulletin* n° 241, 1999-I, p. 155 ; note de M. Cosnard, *Clunet*, 2000, p. 45 ; note de F. Poirat, « Les résolutions du Conseil de sécurité devant le Conseil d'État et la Cour de cassation : variations sur un même thème, Conseil d'État, 12 mars 1999, *Société Héli-Union*, n° 162131, *Lebon* 1999, p. 577 ; Cour de cassation, 15 juil. 1999, *Société Dumez* », *RGDIP*, 2000, pp. 541-558 ; v. égal. chronique de J.-F. Lachaume, « Jurisprudence française relative au Droit international », *AFDI*, 2000, vol. 46, spéc. p. 745 ; G. Burdeau et B. Stern, « France », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A Comparative Study*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 220-223 ; J. Matringe, « Les actes unilatéraux des organisations internationales devant le juge français », in G. Cahin, F. Poirat et S. Szurek (dir.), *La France et les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2013, pp. 85-120 ; M. Devers, « Commentaire de l'arrêt Dumez », in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, 2015, à paraître.

³¹⁶ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 73.

contentieux objectif, elle constitue la norme de référence du contrôle de légalité. Seule l'incorporation permet l'application de la norme institutionnelle dans un procès interne. Du reste, ce principe a toujours guidé l'appréhension des traités non incorporés par les juges internes des États de tradition dualiste : un traité non incorporé ne peut être source immédiate de droits et obligations individuels dans l'ordre interne³¹⁷. Cette limitation s'applique *a fortiori* aux actes institutionnels, et ce, au-delà du clivage dualisme/monisme : la théorie de l'effet direct désigne à la fois une absence d'application immédiate, et l'incapacité objective des actes institutionnel à régir le patrimoine des personnes privées . Ainsi, à l'instar des traités qui ne sont pas régulièrement introduits dans l'ordre interne, les actes institutionnels s'y voient reconnaître des effets juridiques, même en l'absence d'incorporation spéciale. Simplement, ils ne peuvent pas être invoqués comme norme de décision (Section I). Après cette définition négative de la prise en considération, il convient de mettre en évidence ses manifestations positives (Section II), avant d'en tenter une synthèse théorique (Section III).

Section I. La prise en considération se distingue de l'application des actes institutionnels

177. Deux corollaires s'attachent à la nécessité d'incorporation des actes prescriptifs : d'une part, l'impossibilité pour l'acte institutionnel d'être source immédiate de droits et obligations pour les personnes privées ; d'autre part – mais aussi par voie de conséquence – l'exclusion de toute forme de prise en considération qui s'apparente à une tentative d'application directe au litige.

178. La notion d'invocabilité permet de saisir l'éventail de la prise en considération, car elle met en évidence les modalités de prise en considération qui ne sont pas dépendantes de l'incorporation. Surtout connue des européens³¹⁸, elle fait lentement son chemin, du moins en France, dans les analyses portant sur l'effet interne du droit international³¹⁹. Elle n'est toutefois pas exempte d'ambiguïté : dans son acception stricte, elle renvoie à l'effet direct

³¹⁷ V. P. Sales et J. Clement, *op. cit.*, note 52, pp. 397-398 ; (S. Fatima, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 320-331 ; in D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011 : A. de Jonge, « Australia », pp. 23-54 ; G. Cataldi, « Italy », pp. 328-359 ; W. J. Hopkin, « New Zealand », pp. 429-447 ; S. C. Neff, « United Kingdom », pp. 620-630.

³¹⁸ V. *inter alia* D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^e éd., 2001, spéc. n° 342 et s. ; G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, note 17, pp. 404-409.

³¹⁹ V. en ce sens concls. G. Dumortier sous Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, *RFDA* 2012, p. 547.

d'une norme, qui permet à la personne privée de s'en prévaloir devant un juge, et ceci parfois même contre une norme de droit dérivé contraire. *Lato sensu*, elle couvre toutefois toutes les hypothèses où la norme internationale est prise en considération par le juge, et non seulement celle où elle constitue le fondement de sa décision³²⁰. C'est dans ce sens large que le terme est utilisé dans la présente analyse.

179. Pour reprendre les définitions synthétiques de Jean-Sylvestre Bergé :

« Sont ainsi distinguées : 1° *l'invocabilité d'exclusion* qui permet d'écarter, de laisser inappliquée, la norme nationale qui serait contraire à une norme européenne, quelle qu'elle soit ; droit primaire/ droit dérivé, norme d'effet direct ou non (...) ; 2° *l'invocabilité de réparation* qui lui permet d'engager la responsabilité de l'État pour manquement à une quelconque de ses obligations européennes (...) ; 3° *l'invocabilité de substitution* qui conduit une application directe de la norme européenne par substitution pure et simple de la norme nationale contraire (...) ; 4° *l'invocabilité d'interprétation conforme* qui commande, dans toute la mesure du possible, une interprétation de la norme non européenne (nationale ou internationale) dans un sens qui soit aussi conforme que possible au droit européen (...). »³²¹

180. Si on appréhende la prise en considération en termes d'invocabilité, on peut dire que l'invocabilité de substitution, d'exclusion et de réparation sont exclues, car elles reviendraient à reconnaître dans l'acte institutionnel une source directe de droits et d'obligations, tandis que l'admission de l'invocabilité d'interprétation est largement admise, dans la mesure où l'acte institutionnel se greffe sur un acte interne, qui fournit, lui, la norme de décision pour le juge.

§ 1. Les formes d'invocabilité exclues

A. Le refus de l'invocabilité de substitution

181. L'invocabilité de substitution est le degré maximal d'invocabilité d'une norme internationale : non seulement elle a pour effet, dans un procès, d'écarter la norme interne contraire (si celle-ci existe), mais aussi et surtout de placer la norme internationale au rang de

³²⁰ Pour un catalogue des différents types d'invocabilité, non pas du droit international, mais des directives dans l'ordre français, v. M. Guyomar, concls. sous Conseil d'État, Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *RFDA*, 2009, p. 1125 et s. ; cette taxinomie est transposable *mutatis mutandis* aux normes internationales : v. J.-S. Bergé, « L'application du droit de l'Union européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité », in L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte et S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives - Droit de l'Union européenne et droit international*, Actes du colloque Paris, 3-4 févr. 2011, Paris, Pedone, 2012, pp. 71-84.

³²¹ J.-S. Bergé, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, par. 109, pp. 107-108,) (nous soulignons).

source de droits et obligations subjectives pour les personnes privées et de norme de décision pour le juge interne. L'invocabilité de substitution recouvre le sens véritable de la notion d'applicabilité directe, avant que celle-ci n'eût été galvaudée par la confusion avec l'application immédiate³²² :

« [I]l y a lieu d'entendre la notion d'applicabilité dans un sens strict : est en cause la possibilité pour un juge national d'appliquer la règle internationale, c'est-à-dire d'emprunter à son dispositif la solution du litige dont il est saisi, et point seulement celle de la prendre en considération, d'une manière ou d'une autre, dans l'application de son droit national.

L'applicabilité directe n'est ainsi qu'une forme parmi d'autres des *effets* que peut produire dans l'ordre interne une règle internationale, même si elle en constitue à l'évidence la manifestation la plus tangible. »³²³

182. Or le juge interne est le plus souvent saisi de questions qui concernent la situation juridique des personnes privées. Faute d'effet direct, les actes institutionnels ne peuvent régir immédiatement celle-ci, au point d'être source de droits et obligations. La formulation d'une nécessité de transposition a pour effet d'exclure l'invocabilité de substitution des actes institutionnels. Cette idée, assez largement partagée par l'ensemble des ordres juridiques, connaît plusieurs expressions.

Ainsi, en Irlande, dans une affaire portant sur l'invocabilité interne des conclusions individuelles du Comité des droits de l'homme, la Cour suprême rappelle que ces actes ne sont pas « source directe de droits individuels » :

« *So, a treaty which has not been incorporated into our municipal law cannot operate as a direct source of individual rights and obligations under that law.* »³²⁴

Aux États-Unis, la négation de l'invocabilité de substitution se traduit par la négation d'un droit privé d'action (*private right of action*). Dans une affaire où des soldats victimes d'irradiations chimiques en Irak cherchaient à obtenir réparation de la part des banques ayant entretenu des liens avec l'Irak, en arguant de leur complicité avec celui-ci, ils se sont fondés sur la Convention de Genève de 1925 et sur les résolutions 582, 588, 596, 612 and 620 du Conseil de sécurité. La Cour du district de New York a considéré que ces textes ne pouvaient être invocables faute de prévoir un « droit privé d'action » :

« *As an initial matter, the Court must determine whether the sources of international law cited in the complaint provide private rights of action. In order for an international treaty such as the Geneva Convention of 1925 to provide for a private*

³²² V. *supra*, Chapitre 3, pars. 12 et s.

³²³ J. Verhoeven, « La notion d'« applicabilité » directe du droit international », *op. cit.*, note 6, p. 244.

³²⁴ Irlande, Cour suprême, 1^{er} mars 2002, *Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison*, *op. cit.* note 55, par. 24 (nous soulignons). Pour les faits, v. *supra*, Chapitre 2, par. 220.

right of action it must be 'self-executing', meaning that a private right of action is explicitly provided for in the treaty or the treaty has been implemented by a U.S. federal statute. (...) The Resolutions plaintiffs invoke here involve the Security Council's concerns about the conflict between Iraq and Iran and, in particular, the use of chemical weapons in contravention of the Geneva Convention of 1925. See, e.g., Resolution 582 ('calls upon both parties to submit immediately all aspects of the conflict to ... peaceful settlement of disputes') ; Resolution 620 ('Deeply dismayed by the ... continued use of chemical weapons in the conflict between the Islamic Republic of Iran and Iraq'). Nothing in the text of these Resolutions suggests that they are self-executing or create a private right of action. As in Smith and Diggs, the Resolutions which plaintiffs invoke call upon the governments of Iraq and Iran to end their conflict and do not create a judicially enforceable individual right of action. »³²⁵

Au Bangladesh, dans une affaire qui concernait la saisie par les autorités policières du passeport d'un ancien président de l'État, afin de l'empêcher de voyager à l'étranger pour des contrôles médicaux, celui-ci avait invoqué la violation de l'article 13 de la DUDH. Le juge interne a considéré que ces normes n'étaient pas « *directly enforceable in national courts* » et qu'il ne lui appartenait pas de se substituer au parlement pour assurer le respect des droits humains :

« True it is that the Universal Human Rights norms, whether given in the Universal Declaration or in the Covenants, are not directly enforceable in national courts. But if their provisions are incorporated into the domestic law, they are enforceable in national courts. »³²⁶

Un rappel en passant : dans les cas évoqués ci-dessus – qui ne sont pas isolés – la jurisprudence met sur un pied d'égalité les obligations conventionnelles et les obligations institutionnelles³²⁷. En effet, dès lors que les deux instruments sont dépourvus d'effet direct, leur source formelle importe peu pour les besoins de l'invocabilité.

B. L'invocabilité d'exclusion en débat

183. L'invocabilité d'exclusion permet au justiciable de se fonder sur un acte juridique international, pour écarter l'application d'un acte interne jugé incompatible avec le premier. Elle agit donc dans un contexte de conflit de normes, et se fonde sur la supériorité de la norme internationale sur la norme interne. Les conflits de normes faisant l'objet du chapitre 6, l'analyse sera détaillée dans ce cadre. Il suffit de noter à ce stade que l'acte institutionnel ne

³²⁵ États-Unis, Cour du District Est de New York, 30 juin 2006, *Stutts v. The Dietrich Group*, 2006 WL 1867060 (EDNY), non publié dans F.Supp.2d (nous soulignons).

³²⁶ Bangladesh, Cour suprême, 16 août 2000, *Ershad v Bangladesh and ors*, ILDC 476 (BD 2000), §2.

³²⁷ V. aussi *supra*, chapitre 3, pars. 120.

s'insère pas dans la hiérarchie formelle interne et que dès lors la logique propre à l'invocabilité d'exclusion n'est pas fonctionnelle. Tel est le cas dans les ordres juridiques dualistes, et ce, par tradition. Mais la situation n'est pas différente dans les ordres de tradition moniste, en raison des prolongements de la théorie de l'effet direct. Par exemple, en France, les traités dépourvus d'effet direct ne peuvent être invoqués comme norme de référence dans le cadre du contrôle de légalité³²⁸. Cette position du Conseil d'État a été critiquée, car elle revient à neutraliser la réception automatique des traités assurée, dans l'ordre juridique français, par l'article 55 de la Constitution. Ainsi, Ronny Abraham considère que :

« Il me semble personnellement qu'un traité, même dépourvu d'effet direct, devrait pouvoir être invoqué devant les juridictions nationales à l'encontre des dispositions internes de caractère normatif, c'est-à-dire législatives ou réglementaires, en tant que ces dispositions pourraient être jugées incompatibles avec le traité. Si l'on déduit l'absence d'effet direct de ce que le texte n'est pas suffisamment précis pour être immédiatement appliqué à des situations particulières, on ne devrait pas en tirer comme conséquence qu'il n'est pas du tout invocable, mais logiquement, qu'il ne peut pas servir immédiatement de norme de référence pour la revendication individuelle. La généralité des termes interdit à un individu de prétendre en tirer un droit immédiat. En revanche, la généralité d'une norme juridique quelle qu'elle soit n'a jamais été un obstacle à la confrontation d'une norme inférieure avec une norme supérieure. »³²⁹

184. La critique repose sur une conception de l'effet direct fidèle à son sens d'origine, qui recouvre les qualités objectives de l'acte (reconnaissance de droits subjectifs aux personnes privées, précision et caractère inconditionnel de la norme)³³⁰. Mais elle ignore (volontairement peut-être ?) que la théorie de l'effet direct s'est mue, dans les ordres de tradition moniste, en une théorie de l'(in)application immédiate³³¹. Selon cette dernière logique, l'absence d'effet direct équivaut à une absence d'incorporation : dès lors, l'acte international ne s'insère pas dans la hiérarchie interne. Il importe peu, à cet égard, qu'il soit conventionnel ou institutionnel – encore qu'on puisse noter que les raisons qui conduisent à dénier l'applicabilité immédiate des actes institutionnels ne sont pas forcément réunies à l'endroit de certains traités. En effet, il peut y avoir des conventions ratifiées sur la base d'une autorisation parlementaire, qui ne sont pas suffisamment précises pour se prêter à une application directe aux situations individuelles. Dans ce contexte, il peut être difficile de comprendre pourquoi l'invocabilité d'exclusion leur est déniée par principe. Il n'en reste pas moins que l'article 55 de la Constitution ne fait pas de distinction entre les catégories de

³²⁸ Cette solution a été récemment confirmée par le Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, préc. note 183, commentaire par F. Latty, *op. cit.* note 183.

³²⁹ R. Abraham, « L'articulation du droit interne et du droit international », in G. Cahin, F. Poirat, S. Szurek (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 257-278 ; pp. 269-270.

³³⁰ V. *supra*, chapitre 3, pars. 82 et s.

³³¹ V. *supra*, chapitre 3, pars. 12 et s.

traités en fonction de l'intervention parlementaire. Il assure l'incorporation en bloc de l'ensemble du droit conventionnel. C'est sans doute pour y faire échec que le juge administratif s'attache à une conception aussi restrictive de l'effet direct.

C. L'invocabilité descendante : la reconnaissance du devoir d'adaptation du droit interne

185. Les personnes privées ne peuvent donc se prévaloir du droit institutionnel à l'encontre des autorités nationales. En revanche, les juges internes reconnaissent que l'existence de ces textes obligatoires constitue une contrainte normative pour les autorités nationales. Cette reconnaissance ne signifie pas que les autorités nationales puissent se prévaloir, à l'encontre des particuliers, de l'acte institutionnel non transposé³³². Dépourvues d'effet direct, les actes institutionnels n'ont pas un effet vertical inversé. Mais elle constitue une justification suffisante de leur action normative, qui se traduit, sinon par l'immunité, du moins par un contrôle réduit de l'acte interne de transposition. Les modalités de ce contrôle font l'objet du Chapitre 6³³³, mais il convient de souligner d'ores et déjà l'existence de cette forme d'invocabilité indirecte descendante. Les juges internes reconnaissent le « devoir » – le mot a son importance – des autorités nationales de prendre les mesures internes de transposition des décisions institutionnelles ; en revanche, ils ne vont pas jusqu'à considérer l'acte institutionnel comme un *fondement* de l'acte de transposition. Dans l'ordre interne, il n'est qu'une justification, même si dans l'ordre international, c'est la source d'une obligation. Ce qui explique la préférence pour le terme de « devoir », plutôt qu'« obligation ».

186. La reconnaissance du devoir d'adaptation du droit interne est assez largement reconnue, que ce soit pour la transposition des conventions ou des actes institutionnels dépourvus d'effet direct. Ce qui est en revanche méconnu c'est le corollaire de ce devoir – à savoir la reconnaissance d'un effet normatif interne à ce type d'acte. Comme le soulignait la rapporteure publique Gaëlle Dumortier :

« L'hypothèse qu'une convention internationale ne pourrait dans l'ordre interne produire d'autre effet normatif qu'un effet direct se heurte au constat partagé qu'une convention internationale, qu'elle soit ou non d'effet direct, est susceptible, quoique

³³² Cette invocabilité verticale descendante est également écartée en droit européen (v. G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Sirey, 10^e éd. 2012, pp. 405-406)

³³³ V. *infra*, pars. 199 et s.

dans une mesure variable, de *contraindre le comportement normatif interne des autorités publiques.* »³³⁴

187. Gaëlle Dumortier s'exprimait au sujet des traités dépourvus d'effet direct. Mais la même approche est suivie par le Commissaire du gouvernement Denis Piveteau au sujet des décisions du CSNU :

« Par ailleurs, et surtout, le fait que le gouvernement ait fait ici usage de ces pouvoirs à la suite d'une résolution du Conseil de Sécurité est d'une très grande importance. (...) [P]arce que les résolutions du Conseil de Sécurité ont force obligatoire pour les États, en vertu de l'article 25 de la Charte. Et que vous êtes ainsi face à un acte qui tire ce que le président Bacquet appelait (...) les conséquences 'directes, inéluctables et automatiques' d'un accord international. »³³⁵

188. Dans cette hypothèse, le juge interne :

- rappelle l'existence d'une obligation interne de transposition ;
- identifie les débiteurs de cette obligation, qui sont les autorités normatives nationales ;
- il n'érige cependant pas l'acte institutionnel au rang de norme applicable dans l'ordre interne, ou de norme d'effet direct³³⁶.

189. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne est également illustrative à ce propos. Dans son arrêt *Kadi II*, la CJUE en excipait ouvertement, puisqu'elle rappelle qu'un devoir d'incorporation incombe « à l'autorité compétente » :

« Lors de la mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies effectuée par l'Union (...) il appartient à *l'autorité compétente de l'Union de tenir dûment compte des termes et des objectifs de ces résolutions ainsi que des obligations pertinentes découlant de cette charte en relation avec une telle mise en œuvre* (voir arrêt *Kadi*, points 295 et 296).

Partant, lorsque, dans le cadre des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, le comité des sanctions a décidé d'inscrire le nom d'une organisation, d'une entité ou d'une personne sur sa liste récapitulative, *l'autorité compétente de l'Union doit*, pour donner suite à cette décision au nom des États membres, prendre la décision d'inscrire le nom de celle-ci, ou de maintenir cette inscription, sur la liste figurant à l'annexe I du règlement n° 881/2002 sur la base de l'exposé des motifs fourni par ledit comité. »³³⁷

³³⁴ Concls. G. Dumortier sous Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, préc., note 319 (nous soulignons).

³³⁵ Concls. D. Piveteau sous Conseil d'État, *Société Héli-Union*, préc., note 298.

³³⁶ Dans le même sens, au sujet des annexes OACI, v. B. Trigeaud, *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, p. 343.

³³⁷ CJUE, Grde. Ch., 18 juil. 2013, *Commission e.a. c. Kadi*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non publié, pars. 106-107 (nous soulignons).

190. Cependant, les juges nationaux ou européens se gardent de considérer l'acte international comme un fondement de l'acte interne de transposition, car alors le premier serait, au moins partiellement, intégré à l'ordre interne et ferait partie du bloc de légalité, au sens large du terme. Ces questions complexes relatives à la compatibilité du droit interne avec les obligations résultant du droit institutionnel sont néanmoins examinées plus amplement au Titre 3 de cette étude.

D. L'invocabilité de réparation difficilement envisageable

191. La véritable invocabilité de réparation est celle où le refus d'application interne de l'acte international ou l'adoption d'un acte administratif ou législatif contraire à un acte institutionnel a engendré un préjudice au justiciable interne, dont ce dernier demande la réparation. La question ne s'étant pas posée en jurisprudence en ces termes, l'analyse se fonde nécessairement sur des analogies et conjectures. Ce n'est pas que des actes administratifs contraires à des actes institutionnels n'aient pas été remis en cause, mais, lorsqu'une forme d'invocabilité a été reconnue, il s'agissait d'une invocabilité de substitution ou encore d'exclusion, le juge ayant résolu la question à travers l'annulation des actes internes contraires, ou leur mise à l'écart si la compétence d'annulation lui faisait défaut (c'est le cas des juges civils en France). Du reste, ces cas *rarissimes* d'annulation étaient fondés sur la reconnaissance de l'effet direct de ces actes³³⁸. Puisque cette jurisprudence pionnière a été renversée³³⁹, ces formes d'invocabilité ont également disparu.

192. En revanche, la question peut être posée de l'extension aux actes institutionnels de la jurisprudence relative à l'invocabilité de réparation des traités internationaux. On fait ici référence à la célèbre jurisprudence *Gardedieu*, dans laquelle le Conseil d'État français a posé le principe selon lequel « la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée (...), en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements

³³⁸ V. France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 8 novembre 1963, *Schreiber et Air France*, *Bull. Criminel*, 1963, p. 666 ; v. aussi Cour de cassation, Ch. criminelle, 29 juin 1972, *Kamoilpraimpna*, n° 71-91.821, *Bulletin criminel* n° 226, p. 591.

³³⁹ V. *supra*, Chapitre 3, par. 23.

internationaux de la France »³⁴⁰. Les avis sont partagés : si Florence Poirat doute d'une telle extension³⁴¹, Mathias Forteau n'y voit en revanche pas d'obstacle de principe :

« Dans la mesure (...) où le juge administratif a retenu une définition large de l'inconventionnalité qui couvre la non-conformité tant aux engagements internationaux qu'aux actes unilatéraux adoptés sur leur fondement (...) et accepté en conséquence d'engager la responsabilité de l'État du fait d'actes administratifs fondés sur une loi inconventionnelle car contraire à de tels actes unilatéraux (...), rien ne justifie qu'une conception plus restrictive de l'inconventionnalité (limitée aux lois contraaires aux seuls traités et accords internationaux) soit retenue ici. »³⁴²

193. Cette proposition repose cependant sur deux assimilations contestables : d'abord, elle fait fond sur l'assimilation trompeuse entre les statuts internes du droit conventionnel et institutionnel. Ensuite, elle postule que le régime du droit dérivé de l'Union européenne est applicable aux actes institutionnels des organisations de coopération. On a déjà constaté qu'aucun de ces deux postulats ne se vérifie en pratique³⁴³. En effet, l'absence d'effet direct des actes institutionnels sert de repoussoir à toute tentative d'assimilation : avec les actes conventionnels, parce que la théorie de l'effet direct traduit une exigence systématique de réception, en marge de l'article 55 de la Constitution ; avec le droit européen, parce que l'effet direct est la traduction technique de la nature intégrative de l'Union européenne. Ainsi, bien que le juge français ait déjà reconnu l'invocabilité de réparation pour la violation des directives européennes³⁴⁴ – et c'est à cette jurisprudence que Mathias Forteau fait référence – cette solution n'est pas transposable aux actes institutionnels des organisations de coopération³⁴⁵.

194. Ces conclusions sont indirectement confirmées par les conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire *Gardedieu*. Celui-ci situe son analyse dans le cadre du développement des traités-lois, dont la caractéristique essentielle est, selon lui, l'effet direct :

« La question de la responsabilité de l'État à raison de la méconnaissance d'un traité s'est posée longtemps seulement sous l'angle du droit international. (...) Cette construction, inhérente au mécanisme des 'traités-contrats', par lesquels les États

³⁴⁰ France, Conseil d'État, Ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu*, n° 279522, *Lebon*, p. 78.

³⁴¹ F. Poirat, note sur Conseil d'État, *Gardedieu*, *ibid.*, *RGDIP* 2007, p. 491.

³⁴² M. Forteau, commentaire de l'arrêt *Gardedieu*, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, *op. cit.*, note 75, par. 11.

³⁴³ V. *supra*, Chapitre 3, par. 64 et s.

³⁴⁴ France, Conseil d'État, Ass., 28 févr. 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, n° 87753, *Lebon*, p. 78 ; v. égal. Cour administrative d'appel Paris, 1^{er} juil. 1992, *Société Jacques Dangeville*, *Lebon*, p. 558 ; v. aussi M. Canedo-Paris, « Le juge administratif, le droit international et la responsabilité : un trio infernal ? (À propos not. des arrêts du Conseil d'État, Ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu* et Conseil d'État, Ass., 8 févr. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*) », *RFDA*, 2007, n° 4, pp. 789-802.

³⁴⁵ V. *supra*, Chapitre 3, par. 70.

s'engagent les uns envers les autres en tant que sujets de droit international, n'est plus pertinente lorsque est en cause un 'traité-loi', forme apparue et développée au XXe siècle dans laquelle l'acte de droit international se traduit par la création en droit interne de normes d'effet direct qui créent des droits dans le chef des particuliers. Se pose alors la question de savoir s'il faut transposer en droit interne, et comment, la règle selon laquelle la méconnaissance de la norme internationale doit être réparée par celui qui en est à l'origine, y compris lorsque la méconnaissance en cause est le fait d'une loi. »³⁴⁶

195. On peut discuter sur la question de savoir si l'effet direct est véritablement le critère d'identification des traités-lois, il n'en reste pas moins que dans l'ordre interne il a acquis une dimension systémique, d'importance capitale pour situer la place du droit international dans les ordres internes. Puisque les actes institutionnels en sont dépourvus, leur efficacité immédiate s'en trouve singulièrement amputée.

§ 2. *L'invocabilité d'interprétation largement reconnue*

196. L'interprétation des normes internes à la lumière des normes internationales est très largement reconnue par les juridictions internes. Avant d'être une technique de conciliation des antinomies – et sa signification sera analysée sous cet angle dans le chapitre 5 – c'est une méthode qui permet à l'interprète de la norme interne d'assurer à la norme internationale un certain effet juridique dans l'ordre interne. Des analystes chevronnés de la jurisprudence interne relative au droit international considèrent même que « [it] has, in practice, proven to be the most important doctrine used by courts to grant effect to international law »³⁴⁷. D'aucuns y voit dans cette technique une forme d'« incorporation interprétative »³⁴⁸, ou d'incorporation judiciaire. Curtis Bradley, par exemple, s'émouvait que cette doctrine avait pour potentiel de transformer le processus d'interprétation législative (*statutory interpretation*) en un « *mandate for court-supervised incorporation of international law* »³⁴⁹.

³⁴⁶ Concls. L. Derepas sous Conseil d'État, Ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu*, préc., note 340, *RFDA* 2007, p. 363.

³⁴⁷ G. Betlem et A. Nollkaemper, « Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation », *EJIL*, vol. 14, n° 3, 2003, p. 571 (nous soulignons).

³⁴⁸ M. Waters, « Creeping Monism : The Judicial Trend toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties », *Columbia Law Review*, vol. 107, 2007, pp. 628-704, *passim* ; Juge M. Kirby, « International Law - The Impact of National Constitutions », 7th Annual Grotius Lecture, *The Grotius Lecture Series*, American Society of International Law, 30 mars 2005, reproduit in *American University International Law Review*, vol. 21, n° 3, 2006, *passim*.

³⁴⁹ C. A. Bradley, « Breard, Our Dualist Constitution, and the Internationalist Conception », *Stan. L. Rev.*, vol. 51, 1999, p. 548. V. aussi J. J. Paust, *International Law as Law of the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 2^e éd., 2003, pp. 101 et 134.

Une analyse rigoureuse des effets de la prise en considération interprétative montre toutefois qu'il importe de la distinguer de l'incorporation *stricto sensu*.

197. Qu'il soit décrié³⁵⁰ ou loué³⁵¹, le concept d'incorporation interprétative prête à confusion. L'incorporation (automatique ou spéciale) a pour but de permettre à l'acte international d'être source de droits et obligations subjectifs, lorsque tel est son objet. L'acte international incorporé devient la norme applicable à un nombre indéterminé de situations juridiques qui rentrent dans son champ matériel. La volonté de l'auteur est ainsi la source, la cause immédiate de droit objectif, même si les ordres internes soumettent son efficacité à l'existence d'une incorporation. L'édiction de l'acte, suivie de son incorporation, ont pour effet de produire des changements dans l'ordonnement juridique.

198. La prise en considération aux fins de l'interprétation repose sur d'autres considérations. Si on se situe du point de vue des règles de droit applicables à une situation juridique, celles qui donnent la solution d'un litige, un premier constat s'impose : la prise en considération ne fait pas de la norme internationale la règle applicable. Celle-ci demeure une règle interne préexistante à l'acte international ou ultérieure. G. Betlem et A. Nollkaemper soulignaient à raison que :

*« The principle of consistent interpretation is to be distinguished from the principle of direct effect. With direct effect we refer to the principle that requires or allows a national court to apply a rule of international law as an independent rule of decision in the national legal order, when that rule is not transposed, or not adequately so, in domestic law. The difference is that when a court grants direct effect to a rule of international law, it uses that rule as an autonomous or independent basis of decision; in the case of consistent interpretation the rule is used to construe a rule of national law in the light of international law. For this reason the principle of consistent interpretation can also be referred to as 'indirect effect' – indirect: via a rule of national law. »*³⁵²

199. Même si l'acte international exerce une influence décisive sur le sens de la règle nationale interprétée, toujours est-il que la prise en considération interprétative n'assure pas, d'une manière systématique, la réalisation des effets de l'acte institutionnel. Dans le processus

³⁵⁰ C. A. Bradley, « Breard, Our Dualist Constitution, and the Internationalist Conception », *op. cit.*, note 349.

³⁵¹ Le juge australien M. Kirby est parmi ses plus fidèles champions (v. « International Law - The Impact of National Constitutions », *op. cit.*, note 348, *passim*)

³⁵² C. A. Bradley, « Breard, Our Dualist Constitution... », *op. cit.*, note 349, pp. 571-572. B. Lavergne fait le même constat à propos de la *soft law* d'origine interne : « si les juges nationaux peuvent utiliser une recommandation à l'appui de leur interprétation, il n'est toujours pas question pour les justiciables de les invoquer directement » (*Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 430).

d'interprétation, l'acte international joue un *rôle auxiliaire*. La réalisation de ses effets est doublement contingente : d'une part, elle dépend de la norme interne dont l'interprétation est avancée ; d'autre part, elle est tributaire du choix fait par le juge interne de le considérer comme pertinent pour l'interprétation. Que ce soit dans les ordres « dualistes » ou « monistes », l'effet juridique ainsi reconnu est un succédané à la reconnaissance des pleins effets normatifs de l'acte international : c'est parce que la norme internationale n'est pas la source des droits et obligations pour les justiciables de l'ordre interne qu'un effet d'interprétation lui est (éventuellement) reconnu par les juges internes. Et elle n'est pas une source directe de droits et obligations parce que, d'une part, les systèmes dualistes s'y refusent par principe et parce que, d'autre part, les systèmes monistes excipent de l'absence d'effet direct pour écarter l'efficacité immédiate de la norme internationale³⁵³.

200. La prise en considération interprétative laisse néanmoins l'impression d'un capharnaüm. Créative parce qu'elle enrichit les notions juridiques internes de nouvelles dimensions, elle reste un processus désordonné, qui fait fi des clivages essentiels qui structurent, aujourd'hui encore, la pensée juridique. En particulier, elle est indifférente à la valeur juridique intrinsèque des actes considérés³⁵⁴. Les juges se réfèrent pêle-mêle à des normes juridiques obligatoires et non obligatoires, opposables ou non opposables à l'État, voire parfois à des standards d'origine privée, sans nécessairement s'enquérir de leur valeur juridique respective. La créativité s'exprime souvent au mépris de la rigueur et le droit international semble se mouler dans une masse indifférenciée de sources. Que ce soit dans l'ordre interne ou dans l'ordre international, l'interprétation juridique continue en effet à relever plus de l'art que de la technique.

201. Ces constats sont partagés à la fois par la source conventionnelle et par la source institutionnelle ; mais si certaines conventions internationales se voient (plus ou moins aisément) reconnaître l'effet direct, les actes institutionnels, pour être pleinement efficaces, requièrent invariablement l'incorporation par les ordres internes. La prise en considération interprétative est, par la même, une façon de mitiger l'absence d'incorporation ; mais elle ne saurait s'y substituer pour autant. On a ainsi pu voir un juge singapourien attirer l'attention

³⁵³ Pour une analyse de la relation entre effet direct et interprétation conforme, v. A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, pp. 141 et 144-145.

³⁵⁴ Pour une critique modérée, v. aussi M. Waters, « Creeping Monism : The Judicial Trend toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties », *op. cit.*, note 348, p. 634 ; O. Delas, M. Robichaud, « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis ? », *RQDI*, vol. 21, n° 1, 2008, pp. 36-37.

des autorités politiques sur la nécessaire incorporation, même si en l'espèce, il avait reconnu effet à une résolution du Conseil de sécurité par le biais de l'interprétation :

*« It might be that the court could give indirect effect to operative para 15 by applying the common law presumption against retroactivity conformably with the object of the MAS Regulations. (...) This would be the case if the presumption is applied in its full force, since operative para 15 does not permit all payments under existing contracts, but only those payments which met the criteria stated therein. The presumption can therefore only apply to the extent that the stated criteria have been met. In this way, indirect effect can be given to operative para 15. In any event, whatever the true position is under the present state of the law – and the facts do not require me to reach a concluded view – it would certainly be helpful, from a judicial perspective as well as for those who have to comply with the law, if operative paras 14 and 15 were expressly enacted. »*³⁵⁵

202. Les observateurs des systèmes juridiques dualistes ont détecté une forme de « *creeping monism* » (Melissa Waters³⁵⁶). Nul doute que ces techniques d'interprétation participent à l'érosion progressive de la distinction entre les deux types de systèmes, déjà détectée à travers la manipulation de la théorie de l'effet direct :

*« Many common law judges, however, are eroding the traditional dualist approach as part of a phenomenon that I call creeping monism – that is, a gradual shift in judicial orientation toward a more flexible interpretive approach to unincorporated human rights treaties. These common law judges are abandoning sharp dualist distinctions between incorporation and unincorporation (...). Instead, they are developing a wide range of interpretive incorporation techniques that enable them to utilize treaties in their work despite the absence of implementing legislation giving formal domestic legal effect to the treaties. »*³⁵⁷

203. Certes, et il est primordial de le souligner, à travers cette technique, les juges des systèmes « dualistes » « *no longer ... treat unincorporated human rights treaties as having no domestic legal effect* »³⁵⁸. Mais il convient de ne pas se tromper sur la portée de ces effets, et de ne pas y voir une forme d'incorporation, puisqu'ils interviennent *parce que incorporation* il n'y en a pas. Comme l'a souligné la *High Court* d'Australie, « *the principle is no more than a canon of construction and does not import the terms of the treaty or convention into our municipal law as a source of individual rights and obligations* »³⁵⁹. Il en va de même dans les ordres internes qui se prévalent de la théorie de l'effet direct : l'interprétation conforme ne fait

³⁵⁵ Singapour, High Court, 31 janv. 2011, *The Sahand case*, [2011] SGHC 27, *Singapore Law Reports*, vol. 2, 2011, p. 1108, pars. 46-47.

³⁵⁶ M. Waters, « *Creeping Monism...* », *op. cit.*, note 348.

³⁵⁷ *Ibid.*, pp. 635-636 (Sur cette érosion de la distinction, v. aussi Chapitre 3, Section I, § 1).

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ Australie, High Court, 9 avr. 1995, *Minister of State for Immigration & Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh*, [1995] HCA 20, par. 27.

pas de l'acte international une source de droits et obligations pour les personnes privées. Elle ne joue (éventuellement) que si et lorsque l'acte en cause s'est vu dénié l'effet direct.

204. Plusieurs indices substantiels et formels confirment la conclusions que l'acte institutionnel pris en considération ne saurait être la norme de décision :

- la négation généralisée de l'invocabilité de substitution interdit de considérer l'acte institutionnel comme une source de droits et obligations subjectives. Il ne saurait procurer un avantage ou affecter négativement le patrimoine juridique du particulier en l'absence d'incorporation ;
- la négation avérée de l'invocabilité d'exclusion est un corollaire de ce premier principe : en effet, celles-ci permettrait à l'individu de tirer un avantage, dans la mesure où elle aboutirait à exclure l'application d'une norme générale au cas individuel. L'individu, qui n'est pas un sujet immédiat de l'organisation, ne peut pas non plus s'ériger en un défenseur des actes de celles-ci ;
- ces mêmes constats s'imposent au regard du refus de l'invocabilité de réparation ;
- l'admission de l'invocabilité d'interprétation n'équivaut pas à une forme d'incorporation déguisée. L'efficacité de l'acte institutionnel est dépendante de la norme (interne ou conventionnelle) que le juge interprète et applique au litige dont il est saisi, ainsi que du degré d'ouverture des juridictions aux arguments internationalistes.
- le rôle de l'acte institutionnel se développe uniquement dans la *motivation* du jugement, il n'est pas le fondement juridique du dispositif. Du reste, son rôle dans la décision du juge est extrêmement varié, car il est influencé par les particularités procédurales des ordres juridiques (il suffit de songer à l'excès de motivation des décisions anglo-saxonnes qui n'a d'égal que la disette argumentative des décisions françaises³⁶⁰).

205. Il n'en reste pas moins que l'acte institutionnel apparaît dans le procès interne, à titre préalable ou accessoire, et son intervention est déclenchée par la présence, dans la règle de

³⁶⁰ On note cependant que les juridictions françaises cherchent à développer des modes de motivation qui permettent de saisir les actes considérés pertinentes par les juges : « Une expérimentation sur de nouveaux modes de rédaction des décisions contentieuses est en cours dans certaines formations de jugement ; elle pourrait être propice à l'insertion dans la motivation de la décision elle-même des instruments de droit souple pris en compte pour étayer le raisonnement du juge. Il conviendrait bien sûr que la rédaction fasse clairement ressortir que le droit souple est seulement pris en compte par le juge, et ne dicte pas son raisonnement, à la différence des règles de droit dur. » (Conseil d'État, *Droit souple. Etude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, coll. « Études et documents du Conseil d'État » n° 64, 2013, p. 178).

droit applicable, d'un élément qui relie le litige principal à des questions d'intérêt international.

Section II. Les modalités de la prise en considération observées dans la pratique judiciaire

206. Il est difficile de nier que, même dépourvus d'application immédiate, les actes institutionnels reviennent dans le procès interne. Partant, une partie de la doctrine prône une approche « situationnelle », fondée sur les fonctionnalités différentes d'une même résolution (en l'occurrence, une résolution du CSNU portant sanction contre l'Irak) :

*« Resolutions of the Security Council are indeed double-sided. On the one hand, they have a normative aspect and in this respect their prescriptions must, in principle, be transposed into domestic legislation (...). But, on the other hand, provisions of a Security Council resolution may also create a situation which can be taken into account in itself by national courts and can be considered as having certain legal consequences (...) irrespective of the existence or of the absence of domestic implementing measures. »*³⁶¹

L'« approche situationnelle » implique de dresser une typologie des actes institutionnels fondée sur les fonctions intrinsèques de ces actes. Cette prise en considération repose sur une reconnaissance de certains effets des actes, tels que ceux-ci sont voulus par ses auteurs. En dehors de cette prise en considération normative (§ 1), il existe des situations dans lesquelles la valeur des actes institutionnels est purement factuelle (§ 2).

§ 1. Une typologie des actes institutionnels pris en considération par les juges internes

207. La typologie des actes institutionnels pris en considération par les juges internes emprunte à la typologie générale des actes juridiques, fondée sur l'objet de ces derniers :

*« La doctrine juridique distingue ainsi les actes déclaratifs, qui se limitent à opérer le constat d'une situation préexistante, des actes constitutifs, qui visent à créer un nouvel élément de l'ordonnancement juridique. Parmi ces derniers, on distingue également les actes qui entendent poser des règles, des actes qui constituent des situations juridiques. »*³⁶²

³⁶¹ G. Burdeau et B. Stern, « France », *op. cit.*, note 315, p. 221.

³⁶² C. Santulli, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 121.

208. Pour séduisante que soit la simplicité de ces classifications, il est honnête d'en rappeler les limites de prime abord : ces catégories ne sont pas étanches, un même acte pouvant appartenir à plusieurs de ces cases simultanément. C'est à juste titre que José Alvarez notait combien « *[the] international organizations have (...) blurred the distinction between making law, interpreting it and adjudicating it.* »³⁶³ Pour ne donner qu'un exemple, les résolutions 827 (1993) et 955 (1994) du CSNU portant création des tribunaux pénaux internationaux pour la Yougoslavie et le Rwanda, sont à la fois des actes déclaratifs en ce qu'elles appliquent le droit à une situation particulière, mais aussi des instruments constitutifs dont l'influence sur le développement du droit international pénal est indéniable³⁶⁴. Par conséquent, pour pouvoir déterminer dans quelle catégorie l'acte institutionnel se range, il faut identifier la fonctionnalité prépondérante qui lui est attribuée par le juge interne, dans l'affaire dont il est saisi.

209. L'analyse de la prise en considération à des fins autres qu'interprétatives suit donc cette classification binaire entre les actes institutionnels constitutifs ou prescriptifs³⁶⁵, d'une part (A.), et les actes déclaratifs, d'autre part (B.).

A. La prise en considération des actes prescriptifs

210. Les actes prescriptifs sont habituellement classifiés en deux catégories : les actes constitutifs qui créent de nouvelles *règles juridiques* ; et les actes constitutifs qui créent des *situations juridiques*³⁶⁶. Cette dernière catégorie est toutefois très hétérogène³⁶⁷. Ainsi peut-on distinguer entre, d'une part, les actes qui instituent des régimes objectifs ou participent à la gestion de ceux-ci, et d'autre part, les actes qui posent des normes d'habilitation.

³⁶³ J. E. Alvarez, *International Organizations as Law Makers*, Oxford, OUP, 2005, p. 600.

³⁶⁴ V. A. Pellet, « Cours Général : Le droit international entre souveraineté et communauté internationale – La formation du droit international », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, reproduit in A. Pellet, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, p. 164, par. 159.

³⁶⁵ Ce dernier vocable sera ici préféré au premier, pour éviter toute confusion avec les actes *constitutifs* des organisations internationales.

³⁶⁶ C. Santulli, *Introduction au droit international*, *op. cit.*, note 362, p. 118.

³⁶⁷ Carlo Santulli n'offre pas de critère d'identification, mais seulement des exemples : désignation du chef de la diplomatie, ratification d'un traité, déclaration d'une personne *non grata* (*ibid.*).

1. *La prise en considération des décisions qui posent des règles juridiques nouvelles*

211. Michel Virally définit ainsi cette catégorie d'actes : ce sont des « actes créateurs, comportant des dispositions de fond, définissant le contenu de règles ou de normes concrètes »³⁶⁸. Il s'agit, dans notre hypothèse d'étude, des actes institutionnels obligatoires, qui posent des règles de nature générale, mais aussi des actes à portée individuelle qui visent à créer des droits et obligations subjectives, sans pour autant se présenter comme le résultat de l'application d'une norme primaire préexistante.

212. La première catégorie regroupe les actes institutionnels obligatoires de portée générale. Seulement, les actes institutionnels susceptibles de se voir attribuer ce qualificatif ne sont pas légion, puisqu'ils devraient revêtir simultanément trois caractéristiques : êtres obligatoires, énoncer des règles impersonnelles, susceptibles d'un nombre d'applications indéfini dans le futur, et avoir des effets de création ou de modification du droit existant³⁶⁹. Les ordres internes ne considèrent pas ce type de législation comme étant immédiatement efficace, notamment en raison du caractère conditionnel et vague des prescriptions qui y sont contenues³⁷⁰.

213. La seconde catégorie de décisions prescriptives concerne les actes obligatoires qui concernent étroitement³⁷¹ un ou plusieurs sujets du droit interne (personnes morales ou physiques, publiques ou privées), identifiés par l'acte lui-même. Le caractère constitutif de cette catégorie d'actes individuels est cependant sujet à caution, dans la mesure où ils pourraient également être considérés comme des actes déclaratifs, d'application du droit préexistant à une situation individuelle. Les sanctions du Conseil de sécurité en sont l'exemple topique. Pour cette raison, K. Skubiszewski les exclut d'ailleurs du champ de la législation : « *they do not lay clown rules of conduct to be applied in an unlimited number of*

³⁶⁸ M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010, p. 102.

³⁶⁹ V. en ce sens, E. Yemin, *Legislative Powers in the United Nations and Specialized Agencies*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1969, pp. 2-7 ; v. aussi K. Skubiszewski, « Enactment of Law by International Organizations », *BYIL*, vol. 41, 1965-1966, p. 201.

³⁷⁰ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 62 et s.

³⁷¹ Il convient de ne pas y voir une vocation à l'effet direct. Comme le notait Matthias Goldmann, « *the recent awareness for the activities of international organizations is not least due to their increasing adoption of specific instruments concerning (but not necessarily directly addressing) individuals.* » (« Inside Relative Normativity : From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority », in A. von Bogdandy, R. Wolfrum et al. (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions : advancing international institutional law*, Heidelberg, Springer, 2010, p. 688).

situations (...). Hence the binding resolutions of international organizations must be divided (...) into those which create law and those which are executive in character and pertain to international administration sensu stricto rather than to legislation. »³⁷²

214. Deux difficultés majeures expliquent les hésitations de classification : une première porte sur l'identification de la règle générale appliquée, lorsque l'organe qui prend l'acte individuel ne la précise pas³⁷³. Dans le cadre de cette étude, on penche plutôt pour une intégration de ces actes « individuels » dans la catégorie des actes déclaratifs, d'application du droit préexistant³⁷⁴.

215. Une seconde difficulté intéresse les rapports de systèmes. Elle n'est d'ailleurs pas propres aux actes individuels, et se pose en termes identiques pour les actes de nature générale. Les actes qui atteignent des personnes privées nommément identifiées jettent une lumière crue sur la justification de la séparation des ordres interne et international fondée sur la répartition des sujets (à l'ordre interne, les personnes privées ; à l'ordre international, les États et leurs émanations que sont les organisations internationales)³⁷⁵. Permettre aux organisations internationales d'avoir des personnes privées pour sujets relève d'une révolution copernicienne que seules les organisations d'intégration ont vécue. Les organisations de coopération n'y prétendent pas et les États membres ne sont de toute manière pas prêts à l'admettre. C'est ce qui explique que des actes d'incorporation soient toujours nécessaires pour la réception interne des sanctions ciblées du Conseil de sécurité par exemple, quand bien même l'acte interne de transposition se borne à produire littéralement l'acte international.

2. *La prise en considération des décisions qui créent des régimes objectifs*

216. Bien que contestée par certains, ou invoquée à tort par d'autres (notamment en relation avec les traités sur les droits humains), la notion de régime objectif est établie et utile en droit international. Pour reprendre la définition du *Max Planck Encyclopedia of Public international Law*,

³⁷² *Op. cit.*, note 369, p. 202. V. aussi J. Dehaussy, « Les actes unilatéraux et l'action normative des organisations internationales », actualisé par H. Ascensio, *JurisClasseur Droit international*, Fascicule 14, 2005, par. 57.

³⁷³ Sur les difficultés d'identification de la norme générale violée qui justifie l'infliction de sanctions individuelles par le CSNU, v. A. Miron, « Les 'sanctions ciblées' du Conseil de sécurité des Nations Unies. Réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de sécurité », *RMCUE*, n° 529, 2009, spéc. pp. 358-360.

³⁷⁴ V. *infra*, pars. 277-280.

³⁷⁵ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 85 et s.

« According to international State practice, treaties containing an objective regime with obligations and rights valid erga omnes are those establishing international settlements, international territories, boundaries, and extraterritorial regimes. They are characterized, first, by the fact that the intention of the parties is to create, in the general interest, obligations and rights relating to a particular region, State, territory, locality, river, waterway, or to a particular area of the sea, seabed, or airspace. Secondly, they must include, among their parties, any State with territorial competence regarding the subject-matter of the treaty, or having consented to the provision in question. Thirdly, they are characterized by the fact that States not parties to the treaty do not have territorial competence over the subject-matter of the treaty. »³⁷⁶

217. Quatre critères sont avancés pour l'identification d'un tel régime :

- les actes ont une portée territoriale ;
- ils produisent des effets *erga omnes* ;
- l'organe a compétence pour instituer ce régime ;
- les tiers à qui le régime est opposable sont dépourvus de cette compétence.

La définition de l'*Encyclopedia* se focalise sur le régime objectif créés par traités ; mais il est admis que les organisations internationales mettent également en place de tels régimes objectifs³⁷⁷.

218. Un truisme de rappel semble utile : le concept de « régime objectif » est la réunion de deux notions : celui de « régime » et celui « objectif ». Un régime est défini comme « l'ensemble des règles qui régissent une institution juridique déterminée »³⁷⁸. Le terme met donc l'accent sur *l'ensemble* de normes contenues dans un instrument juridique, normes de nature suffisamment générale pour pouvoir régir une situation juridique. La notion d'ensemble normatif suggère également l'accumulation de plusieurs instruments qui viennent compléter les actes initiaux. Il arrive souvent que des organes soient également institués pour veiller à l'application du régime dans le temps. Ces organes prennent eux-mêmes de nouveaux actes qui s'intègrent au régime. Le concept revêt donc une dimension résolument dynamique. Le qualificatif d'« objectif » est à double détente, puisqu'il suggère d'une part l'opposabilité *erga omnes* (élément sur lequel insistent les définitions) ; mais il établit

³⁷⁶ C. F. de Casadevante Romani, « Objective Regime », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en ligne : <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.

³⁷⁷ S. P. Subedi, « The Doctrine of Objective Regimes in International Law and the Competence of the United Nations to Impose Territorial or Peace Settlements on States », *German Yearbook of International Law*, vol. 37, 1994, pp. 162-205.

³⁷⁸ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 658.

également un lien intrinsèque avec le monde des faits, le sens usuel du mot étant : « [q]ui fait référence à la réalité extérieure indépendante des consciences ; dont la nature se révèle dans les faits quelle que soit la conscience qu'on peut en avoir »³⁷⁹. Ce dernier aspect revêt une signification particulière pour la présente étude, car c'est souvent en raison des effets produits par ces règles dans le monde des faits que le juge interne est amené à connaître des actes relevant du régime objectif.

219. L'administration territoriale internationale est l'hypothèse la plus courante de régimes objectifs instaurés par acte institutionnel. C'est également le régime qui est le plus souvent susceptible d'être discuté devant les juges internes, puisqu'il produit nécessairement des effets sur les individus habitant ce territoire. Les Nations Unies et avant elles, la SdN, avaient organisé de tels régimes (la tutelle et les mandats), à travers lesquels la mission d'administration était déléguée à un État membre. La pratique moderne s'est concentrée sur l'administration directe par les Nations Unies, à travers des organes spécialement mis en place à ces fins, investis eux-mêmes d'un pouvoir normatif. L'Administration transitoire des Nations unies au Timor oriental (ATNUTO), le Haut Représentant de l'ONU en Bosnie-Herzégovine, ou la MINUK au Kosovo n'en sont que quelques exemples. On a pu souligner que « [*l]ike in the case of trusteeship, the United Nations authorized civil administration were directed at territories which lack the capacity to function independently.* »³⁸⁰ Des problèmes similaires se posent dans des situations où les États agissent dans une zone qui ne relève en principe pas de leurs compétences, au nom et pour le compte de l'ONU, ou encore avec son autorisation. La reconnaissance des actes institutionnels relatifs aux régimes objectifs est différente selon le degré d'affectation de l'ordre interne examiné : ils jouissent d'une applicabilité immédiate dans l'ordre de l'État administré, alors que leur efficacité est variable dans les ordres juridiques tiers.

a) L'application des régimes objectifs dans les ordres juridiques administrés

220. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle bosniaque, la justification de l'efficacité immédiate des actes institutionnels dans les ordres juridiques administrés vient du fait que les organes du régime objectif sont à la fois des organes de l'ordre interne et de

³⁷⁹ *Le Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi)* en ligne : <http://atilf.atilf.fr/>.

³⁸⁰ E. de Wet, « The Direct Administration of Territories by the United Nations and its Member States in the Post Cold-War Era : Legal Bases and Implications for National Law », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 8, 2004, p. 329.

l'ordre international. La théorie du dédoublement fonctionnel de Georges Scelle connaît une vraie consécration :

« The applicants contend, on the one hand, that the High Representative does not have the normative powers to impose a law in the absence of a vote by the Parliamentary Assembly. (...) The Law on State Border Service was enacted by the High Representative on 13 January 2000 following the failure of the Parliamentary Assembly to adopt a draft law proposed by the Presidency of Bosnia and Herzegovina on 24 November 1999. Taking into account the prevailing situation in Bosnia and Herzegovina, the legal role of the High Representative, as agent of the international community, is not unprecedented, but similar functions are known from other countries in special political circumstances. Pertinent examples are the mandates under the regime of the League Nations and, in some respect, Germany and Austria after the Second World War. Though recognized as sovereign, the States concerned were placed under international supervision, and foreign authorities acted in these States, on behalf of the international community, substituting themselves for the domestic authorities. Acts by such international authorities were often passed in the name of the States under supervision.

Such a situation amounts to a sort of functional duality: an authority of one legal system intervenes in another legal system, thus making its functions dual. The same holds true for the High Representative: he has been vested with special powers by the international community and his mandate is of an international character. »³⁸¹

221. Le dédoublement fonctionnel est implicitement confirmé par une décision française qui refuse d'assimiler les organes institués par le régime du mandat aux autorités françaises au sens constitutionnel du terme, quand bien même auraient-ils été placés sous l'autorité d'un responsable français. Il s'agissait en l'espèce des troupes militaires en Syrie et au Liban sous mandat. Le Conseil d'État considère qu'elles n'ont pas vocation à bénéficier des mêmes droits aux pensions que les militaires français, parce que leur statut n'est pas déterminé par le droit national, mais par des actes des autorités coloniales :

« Considérant en premier lieu que l'article 2 de la résolution du 24 juillet 1922 du Conseil de la Société des Nations, déterminant les règles du mandat en Syrie et au Liban, a donné à la France, puissance mandataire, le pouvoir d'organiser des milices locales, recrutées parmi les habitants de ces territoires aux fins d'assurer la défense de la Syrie et du Liban et d'y maintenir l'ordre ; que ces milices ont été créées et ont pris le nom de 'Troupes spéciales du Levant' ; qu'ainsi les militaires appartenant à ces troupes et dont le statut a été défini par l'arrêté du haut commissaire de France au levant en date du 20 mars 1930, n'avaient pas la qualité de militaires français. »³⁸²

222. Il convient toutefois considérer l'application des régimes objectifs dans les ordres juridiques administrés – une situation au demeurant très spécifique – comme une

³⁸¹ Bosnie, Cour constitutionnelle, 3 nov. 2000, *The Law on State Border Service*, décision n° U 9/00, version anglaise disponible en ligne, sur le site Internet officiel de la juridiction : www.ustavnisud.ba.

³⁸² Conseil d'État, 25 févr. 1976, *Anciens combattants avenantaires*, n° 88067, mentionné aux tables du *recueil Lebon*.

manifestation éclatante de l'applicabilité immédiate et de l'effet direct des actes institutionnels³⁸³. L'application des actes appartenant à des régimes objectifs territoriaux se distingue de la théorie de l'effet direct, car les principes sous-jacents sont radicalement différents. L'applicabilité immédiate repose en effet sur une norme de droit interne qui régit les rapports de systèmes, et qui module l'ouverture de l'ordre national à l'extérieur. Dans le cas des actes d'administration territoriale, la fiction juridique est tout autre et d'ailleurs nettement plus radicale : ce ne sont pas les actes qui sont immédiatement intégrés à l'ordre juridique, mais ce sont les organes institués par les régimes objectifs qui appartiennent à l'ordre administré³⁸⁴. Il est dès lors naturel que leurs actes soient reconnus comme immédiatement efficaces, *dans cet ordre spécifique*. Dans son étude sur les administrations territoriales internationales, Carsten Stahn défend le même point de vue :

*« The direct applicability of the acts of international administrations (...) follows from the fact that international administrations act not only as intergovernmental agents, but also as surrogate or complementary domestic authorities in the very process of lawmaking. A legal act which penetrates into the domestic legal system is therefore not a foreign act in the proper sense, but a legal act of the administration, which is duly authorised to regulate on the domestic plane. »*³⁸⁵

223. Au demeurant, les actes institutionnels instaurant le régime objectif *créé* (au moins partiellement) l'ordre juridique interne lui-même. De ce point de vue, ces ordres sont « internationalisés ». Or, dénier l'applicabilité directe des actes appartenant au régime objectif c'est priver l'ordre juridique des mécanismes de son effectivité ; en outre, on peut se demander quel serait l'organe compétent pour transposer ces actes.

224. Dans les États en charge de l'administration des territoires sous tutelle, les conséquences internes de ces actes étaient admises, sans qu'un acte d'incorporation soit exigé, à condition toutefois que l'acte institutionnel puisse être valablement opposé à l'État. Les juridictions internes manifestaient toutefois la tendance à rechercher la source de cette opposabilité dans l'assentiment spécial de l'État³⁸⁶. Une comparaison peut ainsi être faite entre la jurisprudence française qui tire les conséquences de la fin de la tutelle ou du mandat français et la jurisprudence sud-africaine, à l'époque où cet État n'admettait pas la fin de sa tutelle sur le Sud-ouest africain.

³⁸³ Position défendue par E. de Wet par exemple, in « The Direct Administration... », *op. cit.*, note 380, p. 331.

³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 330-331. V. aussi C. Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration : Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge, CUP, 2008, pp. 612-613.

³⁸⁵ C. Stahn, *ibid.*, p. 652.

³⁸⁶ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 125-130.

225. Dans l'affaire *M'Bounya* précité, le commissaire du gouvernement Ordonneau, après avoir discuté de la compétence des Nations Unies pour mettre fin unilatéralement à la tutelle française au Cameroun, il constate que celle-ci a disparu :

« Force est alors d'admettre que, établie par accords, la tutelle ne peut être levée que par la voie d'accords nouveaux conclus entre les mêmes parties. (...) Dès lors, la levée de la tutelle résultera d'un accord entre l'organisation et l'autorité administrante et la résolution du 13 mars 1959 a la valeur d'une approbation donnée par l'Assemblée au nom de l'organisation à cet accord nouveau. (...) Ceci posé *il nous paraît difficile de ne pas admettre qu'en vertu de l'approbation donnée par l'Assemblée à l'accord mettant fin à la tutelle de la France sur le Cameroun, celle-ci a disparu par l'accord des deux parties.* »³⁸⁷

226. En l'espèce, la conséquence interne des actes institutionnels était la fin de la compétence des autorités françaises, judiciaires incluses :

« Considérant, d'une part, que, par sa résolution n° 1349 adoptée au cours de sa treizième session, le 3 mars 1959, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé que l'accord de tutelle approuvé par ladite Assemblée, le 13 décembre 1945, et relatif au Cameroun, sous administration française, cessera d'être en vigueur le 1^{er} janvier 1960 ; qu'il est constant que (...) *l'abrogation de cette disposition, à compter du 1er janvier 1960, a eu nécessairement pour effet de supprimer à la même date la compétence que le Conseil d'État tenait jusqu'alors de ladite disposition combinée avec celles de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 et de l'article 2 du décret du 30 septembre 1953, en matière de contentieux administratif du Cameroun sous administration française...* »³⁸⁸

227. En revanche, dans une affaire dans laquelle le requérant contestait la compétence de l'Afrique du Sud à obliger les habitants du Sud-ouest africain à effectuer leur service militaire, la Cour suprême sud-africaine a refusé de reconnaître effet aux résolutions des Nations Unies mettant un terme au mandat sur le Sud-ouest africain. L'argument technique mis en avant par certains juges était l'absence d'incorporation :

« *General Assembly resolution 2145 (XXI) and Security Council resolution 276 (1970), confirming the former, never became part of our law and can therefore not affect the rights, one way or another, of individuals in this territory. Neither is this Court bound by any of the advisory opinions expressed by the International Court of Justice.* »³⁸⁹

³⁸⁷ Concls. Ordonneau sous Conseil d'État, 3 nov. 1961, *M'Bounya, Lebon*, p. 619 (nous soulignons).

³⁸⁸ Conseil d'État, 24 janv. 1962, *Union des Populations du Cameroun*, RDP, 1962, p. 778 (nous soulignons) ; note A. Kiss, *AFDI*, vol. 9, 1963, p. 1010. Pour une solution similaire en Italie, Cour de cassation, 18 août 1959, *Cassa di risparmio della Libia c. Dainotto*, *Rivista D.I.*, vol. 44, 1961, p. 295 ; v. aussi Cour d'appel de Rome, 23 juin 1965, *Ministero delli Esteri, Ministero del Tesoro, Amministrazione fiduciaria italiana in Somalia c. SAICES*, *Rivista D.I.*, vol. 50, 1967, p. 694, commenté par C. H. Schreuer, « The Relevance of United Nations Decisions in Domestic Litigation », *ICLQ*, vol. 27, n°1, 1978, p. 6.

³⁸⁹ Afrique de Sud, Cour suprême, Ch. d'appel, 24 mars 1988, *Binga v. The Cabinet for South West Africa and Others*, *ILR* vol. 82, p. 262 ; reproduit égal. dans *United Nations Juridical Yearbook*, 1988, Chapitre 8, p. 390.

b) La reconnaissance des régimes objectifs dans les ordres juridiques tiers

228. Dans les ordres juridiques autres que celui administré, les juges internes sont principalement confrontés aux conséquences du régime objectif sur les personnes privées, qu'ils sont appelés à reconnaître dans l'ordre du for. La demande de reconnaissance par la France d'un permis de conduire délivré par la MINUK a donné l'occasion au Conseil d'État, saisi pour avis par la Cour administrative d'appel de Lyon, de clarifier les conditions de reconnaissance des actes relevant des régimes objectifs³⁹⁰. Les faits de l'affaire *Bislimi* sont simples : le préfet du Rhône ayant refusé la reconnaissance d'un permis de conduire délivré par la MINUK et son échange contre le permis français, demandé en application de l'article R-222-3 du Code de la route, le requérant demande au juge administratif d'annuler cet acte individuel de refus. La question posée au juge est de savoir si les conditions posées par l'article R-222-3 sont remplies. Celui-ci prévoit que :

« Tout permis de conduire national, en cours de validité, délivré par un État ni membre de la Communauté européenne, ni partie à l'accord sur l'Espace économique européen, peut être reconnu en France jusqu'à l'expiration d'un délai d'un an après l'acquisition de la résidence normale de son titulaire. »

229. La condition posée à la reconnaissance est que le permis ait été délivré par un État. Si le texte de la disposition est pris à la lettre, la question serait de savoir si la MINUK est un État. D'évidence, elle ne l'est pas. Le juge va toutefois au-delà de l'interprétation littérale du texte de cette disposition réglementaire, et se livre à une exégèse finaliste, qui aboutit en réalité à ajouter une hypothèse de reconnaissance absente du texte initial. Sa conclusion est en effet que la condition est que le permis ait été délivré par un État ou « au nom d'un État » :

« [L]es permis de conduire délivrés par la MINUK sur le fondement de ce règlement remplissent, pour l'application des dispositions de l'article R. 222-3 du code de la route et de l'arrêté du 8 novembre 1999, la condition tenant à leur délivrance par un État ou au nom d'un État. »³⁹¹

230. Le juge français admet ainsi que la notion d'État peut se voir attribuer des significations différentes en fonction du litige et de la règle dans laquelle elle se retrouve insérée. De ce fait, il se fait le héraut d'une approche fonctionnelle du concept³⁹². Qu'est-ce

³⁹⁰ France, Conseil d'État, avis, 4 oct. 2010, *Bislimi*, n° 339560, note de J. Matringe, *RGDIP*, 2011, pp. 805-813 ; N. Maziau, J. Cazala *et al.* (dir.), « Jurisprudence française relative au droit international 2010 », *AFDI*, vol. 57, 2011, p. 750.

³⁹¹ *Ibid.* (nous soulignons).

³⁹² Sur cette approche fonctionnelle, v. M. Forteau, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, n°4, 2007, pp. 737-770 ; R. Higgins, « The Concept of the 'State' : Variable Geometry and Dualist Perceptions », in L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas (dirs), *L'ordre juridique*

qui incite le juge à promouvoir pareille approche ? C'est d'abord un principe de réalité : l'administration internationale étant de portée quasi-étatique, elle produit des effets quasi-étatiques. Mais au-delà, le juge se situe dans la lignée de l'opposabilité à la France du régime instauré par la résolution 1244 (1999) au Kosovo, un corollaire nécessaire du statut de membre des Nations Unies.

231. La même logique de reconnaissance se manifeste lorsque le régime objectif instauré ne concerne pas l'administration d'un territoire donné, mais celle d'une catégorie identifiée de personnes, dans un territoire donné. C'est l'exemple de l'Office de secours et de travaux des Nations-Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA). Ses compétences sont de nature générale (il prend des actes déclaratifs pour l'interprétation des actes qui régissent leurs activités), mais aussi individuelle. Lorsqu'il existe une connexion entre les litiges internes et le champ d'activité de l'UNRWA, le juge interne est nécessairement appelé à connaître des actes les instaurant. La connexion est déclenchée par l'interprétation d'une norme interne ou conventionnelle qui renvoie aux activités de ces organes. Pour l'UNRWA, c'est, par exemple, la Convention de 1954 sur le apatrides.

232. Dans l'affaire *Abdelhafiz* (2006) précitée³⁹³ le juge administratif français était saisi d'une demande en annulation contre le refus des autorités de reconnaître le statut d'apatride aux Palestiniens ayant quitté le camp de réfugié de Jordanie, sous l'administration de l'UNRWA. L'article premier de la Convention de 1954 prévoit que sont exclues de la protection de la convention les « personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, tant qu'elles bénéficieront de ladite protection ou de ladite assistance ». Le juge est ainsi appelé à identifier cet organisme, mais aussi les personnes qui bénéficient de sa protection. Or, dans les deux cas, ce sont des textes de nature juridique qui fournissent les réponses. Pour le premier, il s'agit de la résolution de l'Assemblée générale qui instaure l'UNRWA :

« Considérant, d'une part, que l'Office de secours et de travaux des Nations-Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) a été créé par la résolution n°302 (IV) de l'assemblée générale des Nations Unies en date du 8 décembre 1949 ; (...) qu'il résulte de ces stipulations, qu'une personne se trouvant en dehors de la zone où l'UNRWA exerce son activité ne peut plus bénéficier de

international, Un système en quête d'équité et d'universalité : Liber Amicorum Georges Abi-Saab, Nijhoff, 2001, pp. 547-562

³⁹³ France, Conseil d'État, 22 nov. 2006, *Abdelhafiz c. OFPRA*, n° 277373, *Lebon* 2006, p. 481.

l'assistance ou de la protection de ce dernier et est, par suite, susceptible de bénéficier du régime de la convention de 1954 »³⁹⁴.

233. Pour la détermination des bénéficiaires de la protection, les actes à portée interne qui organisent les activités de l'Agence sont également pertinents. Les conclusions de la commissaire du gouvernement, Mlle Verot, y font une référence expresse :

« La question de savoir qui sont les personnes bénéficiant de l'assistance de l'UNRWA ne pose pas non plus trop de difficultés, même si aucune résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n'a précisé quels étaient les bénéficiaires de la protection de cette agence, ni même quel en était le champ d'intervention géographique. (...) *L'UNRWA a défini elle-même les personnes susceptibles de bénéficier de ses programmes d'assistance*. Cette définition, précisée en 1993, couvre les personnes qui résidaient en Palestine entre le 1^{er} juin 1946 et le 15 mai 1948, qui ont perdu leur foyer et leurs moyens de subsistance à la suite du conflit de 1948. La définition couvre aussi les descendants de la lignée masculine. Ces personnes sont donc éligibles à l'assistance matérielle de l'UNRWA et enregistrées auprès de l'agence. »³⁹⁵

234. Saisi d'un problème juridique similaire, la CJUE y répond d'une manière similaire, en se fondant sur les mêmes actes (identifiés, il est vrai, avec plus de précision) :

« [I]l résulte des 'Instructions consolidées d'éligibilité et d'enregistrement' ('Consolidated Eligibility and Registration Instructions', ci-après les 'CERI') de l'UNRWA, dont la version actuellement applicable a été adoptée au cours de l'année 2009, que si le terme 'réfugié de Palestine' s'applique, pour les besoins de l'UNRWA, à toute 'personne dont la résidence habituelle se trouvait en Palestine pendant la période allant du 1^{er} juin 1946 au 15 mai 1948 et qui a perdu à la fois son domicile et ses moyens de subsistance à la suite du conflit de 1948' (point III.A.1 des CERI), d'autres personnes peuvent également prétendre au bénéfice de l'assistance ou de la protection de l'UNRWA. Parmi ces dernières figurent les personnes 'non enregistrées déplacées du fait des hostilités de 1967 et des hostilités ultérieures' [point III.B des CERI ; voir également, notamment, paragraphe 6 de la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies n° 2252 (ES-V), du 4 juillet 1967]. »³⁹⁶

235. Dans toutes ces hypothèses, le juge n'est pas appelé à appliquer les actes institutionnels – comment le pourrait-il d'ailleurs puisqu'il s'agit d'actes qui prévoient des compétences dont il n'est pas le bénéficiaire ? – mais à les prendre en considération en reconnaissant le régime juridique ainsi instauré. Cet appel à la reconnaissance est engendré par la connexité matérielle entre le litige dont le juge est saisi et le régime objectif. Il importe

³⁹⁴ Conseil d'État, *ibid.* V. aussi Conseil d'État, 23 juil. 2010, *OFPRA c. M. et Mme Assfour*, n° 318356, publié au *Lebon* 2010, p. 337 ; note N. Benbekhti, *RGDIP*, 2011, pp. 263-266.

³⁹⁵ Concls. C. Verot, Commissaire du gouvernement, sous Conseil d'État, 22 nov. 2006, *Abdelhafiz c. OFPRA*, n° 277373, *AJDA*, n° 2, 15 janv. 2007, pp. 91-95 (nous soulignons). V. aussi concls. E. Crépey sous CE, Ass., 21 déc. 2012, *Mme Fofana*, n° 332491, *Lebon* 2012, p. 417 : les principes directeurs du Haut-commissariat aux réfugiés mentionnés.

³⁹⁶ CJCE, Grde. Ch., 17 juin 2010, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivata*, aff. C-31/09, *Rec.*, 2010, p. I-5539, par. 45.

peu que cette connexité soit signalée à travers des renvois explicites à l'acte international³⁹⁷ ou s'ils sont découverts par le juge lui-même, dans le cadre de son office interprétatif.

236. Il n'en reste pas moins que les actes institutionnels sont invoqués comme étant la source juridique des situations dont le juge interne est saisi. Pour qu'il y ait reconnaissance, les auteurs de l'acte doivent être compétents pour prendre ce type d'actes. Le juge vérifie la réalité de cette habilitation (*entitlement*) à agir. À cette fin, il doit interpréter, ne fût-ce que d'une manière sommaire, les actes institutionnels instaurant le régime et ceux qui en détaillent les modalités. La prise en considération consiste ici en cette interprétation sommaire, la détermination de l'existence d'un titre de compétence (donc un contrôle minimal de validité) et la reconnaissance (intégrale ou partielle) des effets engendrés par ces actes.

c) Les règles d'habilitation et les questions préalables de licéité internationale

237. Les juges internes peuvent s'intéresser également aux règles internationales qui régissent la compétence opérationnelle des États. La compétence envisagée ici n'est donc pas une compétence normative (de poser et d'appliquer des normes), mais une compétence d'exécution. Celle-ci se mue en une question de licéité, car l'État qui agit en dehors de ces compétences violent une règle de droit international. Le plus souvent, la question se pose lorsqu'il existe un doute sur la licéité de l'action de l'État. Les actes institutionnels sont invoqués par les autorités étatiques comme titre international de compétence et le juge doit se prononcer sur cette prétention à titre préalable.

i) Le rôle des actes institutionnels dans l'attribution des actes aux fins de la responsabilité

238. L'hypothèse est celle d'une double imputation possible : à l'organisation ou à l'État qui agit sur mandat de celle-ci. Ainsi, le problème de la présence des contingents militaires étatiques dans d'autres États, dans le cadre d'une opération de maintien de la paix, s'est posée dès les années '60. Dans une affaire où des contingents britanniques avaient mis le feu à un hôtel situé à Nicosie, le juge britannique a considéré que la circonstance que pendant les faits ces militaires faisaient partie de la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre (FNUCHYP) n'était pas de nature à leur ôter la qualité de membres des forces de Sa Majesté :

³⁹⁷ V. *supra*, chapitre 2, pars. 244 et s.

« If the letter from the Secretary-General to the Cyprus Foreign Minister is being considered I do not find in its terms any provisions that would relieve the appellant from liability. Though that letter is the only document referred to in paragraph 5 of the defence (and therefore the only document that is directly relevant in this preliminary issue) attention was also given to the regulations for the United Nations Force in Cyprus issued by the Secretary-General. They were dated 25 April 1964. Reference was also made to letters passing in February 1966 between the Secretary-General and the United Kingdom Permanent Representative to the United Nations. From the various documents published in Command 3017 it appears that when the Security Council passed this resolution of 4 March, 1964 they recommended that all costs pertaining to the United Nations Force should be met in a manner to be agreed upon by the Governments providing contingents and by the Government of Cyprus though the Secretary-General was able to accept voluntary contributions in respect of the costs. From the documents it appears further that, though national contingents were under the authority of the United Nations and subject to the instructions of the commander, the troops as members of the force remained in their national service. The British forces continued, therefore, to be soldiers of Her Majesty. Members of the United Nations force were subject to the exclusive jurisdiction of their respective national States in respect of any criminal offences committed by them in Cyprus. »³⁹⁸

239. Le problème juridique est celui de l'attribution des actes des organes étatiques mis à disposition des Nations Unies à l'État national ou bien à l'organisation, aux fins de la responsabilité internationale. Il dépasse de loin le cadre de cette étude. On se contente simplement de souligner le fait que le juge britannique se fonde sur les actes institutionnels – qu'il a consultés d'office – pour déterminer l'étendue des compétences des organes et afin d'établir la nature du lien fonctionnel entre les organes de l'État et l'organisation.

240. Cette même méthode est utilisée dans la jurisprudence contemporaine : l'invasion de l'Irak en 2003 a donné naissance à plusieurs affaires devant les juridictions britanniques, dont certaines ont ultimement abouti devant la CrEDH. Dans *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*³⁹⁹ et *Al-Jedda c. Royaume-Uni*⁴⁰⁰, les juridictions britanniques et la Cour de Strasbourg⁴⁰¹ ont dû déterminer si des personnes retenues sans procès par les forces britanniques en Irak

³⁹⁸ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 11 févr. 1969, *Attorney-General v. Nissan*, *ILR*, vol. 44, pp. 375-376 (nous soulignons).

³⁹⁹ CrEDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08 ; Royaume-Uni, Cour d'appel, 21 janv. 2009, *Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon and Kha Laf Hussain Mufdhi (Appellants) v The Secretary of State for Defence (Respondent)*, aff. n° C4/2008/3083, [2009] EWCA Civ 7.

⁴⁰⁰ CrEDH, 7 juil. 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, n° 27021/08 ; Royaume-Uni, Chambre des Lords, 12 déc. 2007, *R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, [2007] UKHL 58. Même méthode suivie dans l'affaire *Behrami c. France ; Saramati c. France, Allemagne et Norvège* (CrEDH, Grde. Ch., décision sur la recevabilité, du 2 mai 2007, n° 71412/01 et 78166/01), mais avec un résultat contraire.

⁴⁰¹ On pourrait nous reprocher ces références à des jurisprudences de cours internationales comme sortant du cadre de cette étude. Elles sont ici toutefois plus que pertinentes parce que les juridictions internes ont repris par la suite les solutions dégagées par la CrEDH, en se référant expressément à cette jurisprudence. Un bel exemple d'autorité de la chose interprétée.

relevaient de la juridiction du Royaume-Uni, au sens de l'article 1 de la Convention de 1950. Sujet d'actualité et épineux, s'il en est. Les juges internes et régionaux partagent le même point de vue quant au critère d'attribution des actes d'un organe étatique mis à disposition d'une organisation internationale, à savoir le contrôle effectif sur l'organe :

« Il semble ressortir de l'exposé de l'opinion de Lord Bingham que, dans le cadre de la première procédure engagée par le requérant, les parties devant la Chambre des lords s'accordaient à dire que le critère d'attribution à retenir était celui énoncé par la CDI à l'article 5 de son projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et précisé dans son commentaire à ce sujet, à savoir que le comportement d'un organe d'un État qui est mis à la disposition d'une organisation internationale est d'après le droit international imputable à cette organisation pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement. »⁴⁰²

241. Par ailleurs, les juges internes et régionaux partagent la méthode d'identification du détenteur du contrôle effectif : ils se fondent sur les textes des résolutions du CSNU qui précisent la nature du lien entre les troupes et l'organisation, mais aussi sur le degré de dépendance entre les forces armées et l'ONU.

« Pour déterminer si l'internement du requérant est imputable au Royaume-Uni ou, comme le Gouvernement le soutient, à l'ONU, il est nécessaire d'analyser les faits particuliers de l'espèce, et notamment le libellé des résolutions du Conseil de sécurité qui définissaient le régime applicable en matière de sécurité en Iraq pendant la période considérée. »⁴⁰³

242. En effet, comme l'avait souligné le juge britannique, le concept de juridiction extraterritoriale implique un pouvoir juridique, dont il est indispensable d'identifier la source :

« Il n'est pas aisé de déterminer précisément la portée de la juridiction au sens de l'article 1 lorsque celle-ci s'exerce hors du territoire de l'État partie mis en cause, car l'expérience montre clairement que cette portée n'a pas de limites tranchées : elle doit s'apprécier à partir d'une combinaison d'éléments-clé qui ont trait à la stratégie plus qu'à la sémantique. Faisant fond sur l'arrêt *Bankovic* et sur les opinions des Lords dans l'affaire *Al-Skeini*, j'avance quatre grands points, dont chacun nécessite certaines explications : 1) il s'agit d'une forme de juridiction exceptionnelle ; 2) *elle doit être interprétée de manière à se concilier avec les autres normes applicables du droit international* ; 3) elle reflète la nature régionale des droits garantis par la Convention ; 4) elle reflète la nature indivisible des droits garantis par la Convention. *Les deux premières propositions impliquent (comme peut-être le terme juridiction lui-même) l'exercice par un État, sur le territoire d'un autre État, d'une autorité juridique souveraine, et non d'un simple pouvoir factuel.* Une telle situation est en elle-même exceptionnelle, bien qu'elle soit reconnue de manière habituelle dans certains cas tels ceux des ambassades. *Ce pouvoir doit être conféré par des dispositions juridiques, car*

⁴⁰² CrEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, préc., note 400, par. 376.

⁴⁰³ *Ibid.* V. aussi Pays-Bas, Cour du District de La Haye, 16 juillet 2014, *Stichting Mothers of Srebrenica*, C/09/295247 / HA ZA 07-2973 ; Royaume-Uni, High Court of Justice, 2 mai 2014, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB).

s'il n'était acquis que par le hasard ou la force, il ne serait en aucun cas exercé en harmonie avec les normes matérielles du droit international – bien au contraire, il s'y heurterait – et il n'y aurait pas de base fondée sur des principes à partir de laquelle il pourrait être limité et donc considéré comme exceptionnel. (...). »⁴⁰⁴

243. Le juge interne est limpide quant au droit applicable : c'est le droit international seul. Or, en droit international, en dehors du consentement de l'État d'accueil, seule une résolution du CSNU peut fournir un titre à la présence militaire d'un État sur le territoire d'un autre. Dans l'affaire autrichienne concernant l'utilisation de l'aéroport de Linz par les forces de l'OTAN, le juge a également excipé de la résolution comme offrant un titre juridique pour des actions qui autrement seraient illicites :

*« The argument that categorising flyover operations and intermediate landing by foreign military aircraft as sovereign acts constituted a serious breach of Austria's neutrality is therefore unfounded. Although no intrusion has to be made into the territorial sovereignty of a foreign State by performing sovereign acts without approval from the said State or a different entitlement under international law (...), this was not the case here, firstly because there was a corresponding entitlement under international law on the basis of UN Resolutions and secondly because, as is commonly known, Austria issued flyover rights to aircraft belonging to the NATO Member States by way of assistance in the performance of the IFOR and SFOR missions. »*⁴⁰⁵

244. Il est significatif que les juges internes comme régionaux ont développé de longs arguments d'interprétation des résolutions pertinentes pour justifier les différences de situations entre l'imputabilité des activités des troupes de l'OTAN à l'ONU dans l'affaire *Behrami et Saramati*⁴⁰⁶ et la non imputabilité de ceux des forces de la coalition en Irak dans *Al-Jedda*⁴⁰⁷. C'est en faisant fond sur ces arguments exégétiques que la CrEDH développe la théorie de la distinction entre la délégation de compétence – au Kosovo – et la simple autorisation – en Irak. Les conditions énumérés par la Cour de Strasbourg sont nombreuses, mais exigent toutes une interprétation des résolutions du Conseil :

⁴⁰⁴ Royaume-Uni, Cour d'appel, *Al-Saadoon and Mufdhi*, préc., note 399 (nous soulignons). La traduction en français se trouve dans l'arrêt de la CrEDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, préc., note 399, par. 71. Sans prétendre approfondir ces questions complexes, il convient toutefois de mentionner que la Cour de Strasbourg a nuancé ces conclusions : la notion de juridiction n'est pas dépendante d'un pouvoir *de jure*, mais *de facto* sur le territoire en cause.

⁴⁰⁵ Autriche, Cour suprême, 28 août 2003, *Airport Linz v. United States*, décision n° 2, Ob 156/03k, *Juristische Blätter*, n° 126, 2004, p. 390, égal. *ILDC* 3 (AT 2003) (nous soulignons).

⁴⁰⁶ CrEDH, *Behrami et Saramati*, préc., note 400.

⁴⁰⁷ CrEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, préc., note 400 par. 83 ; Royaume-Uni, Chambre des Lords, *Al-Jedda*, préc., note 400, pars. 19-21.

« Premièrement, comme la Cour l'a relevé plus haut, le chapitre VII autorise le Conseil de sécurité à déléguer un pouvoir aux 'États membres et aux organisations internationales compétentes'. Deuxièmement, le pouvoir en question était un pouvoir qui pouvait être délégué. Troisièmement, cette délégation n'était ni présumée ni implicite, mais explicitement déjà prévue dans la résolution elle-même. Quatrièmement, la résolution a fixé des limites suffisamment définies à la délégation en déterminant le mandat avec la précision voulue, puisqu'y sont énoncés les objectifs à atteindre, les rôles et responsabilités assignés ainsi que les moyens à employer. Le libellé vague de certaines dispositions (...) ne pouvait pas être totalement évité eu égard au caractère constitutif d'un tel instrument, dont le rôle est de fixer des objectifs et des buts généraux, non de décrire ou d'intervenir dans le détail de la mise en œuvre et des choix opérationnels. Cinquièmement, les dirigeants de la présence militaire devaient en vertu de la résolution rendre des comptes au Conseil de sécurité de manière à permettre à celui-ci d'exercer ses autorités et contrôles généraux (logiquement, le Conseil de sécurité devait demeurer activement saisi de la question – article 21 de la résolution). »⁴⁰⁸

245. Ce pentalogue contient autant de conditions tendant à déterminer si la « délégation » dont le CSNU investissait les États était valide. La validité apparaît comme une exigence *sine qua non* pour que la Cour accepte l'opposabilité de cette situation créée par l'ONU à des entités tierces et la reconnaisse donc dans son ordre juridique. Or, ces questions ne peuvent être déterminées que par application des règles du droit international. Et c'est ainsi que le juge national le conçoit : « *i) The applicable UNSCRs conferred on UK armed forces participating in ISAF authority to detain people where this was considered necessary to fulfil ISAF's mandate.* »⁴⁰⁹ Dans ces hypothèses, on est face à une interprétation-application des résolutions du Conseil de sécurité pour la qualification d'une situation juridique. En vertu d'un principe de réalité, le juge interne ne peut pas toujours échapper à l'application de la norme institutionnelle, si elle régit la situation juridique. Simplement, cette application se distingue en ce qu'elle porte sur une question accessoire dans le procès interne, et ne consiste pas en la reconnaissance de droits subjectifs ou obligations à des personnes privées.

246. L'arrestation de pirates par les États européens dans le Golfe d'Aden met en évidence un autre contentieux qui concerne les titres de compétence. Dans l'affaire du *Carré d'As*⁴¹⁰, les pirates arrêtés dans les eaux territoriales somaliennes avaient excipé, devant les juridictions françaises, de l'irrégularité de leur capture, qui invalidait, selon eux, la procédure

⁴⁰⁸ CrEDH, *Behrami et Saramati*, préc., note 400, par. 134.

⁴⁰⁹ Royaume-Uni, High Court of Justice (Queen's Bench Division), 2 mai 2014, *Serdar Mohammed -v- Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB), par. 227 (nous soulignons).

⁴¹⁰ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 17 févr. 2010, *Affaire du Carré d'As*, no. 09-87254, *Bulletin criminel* 2010, n° 32 ; commentaire par J.-M. Thouvenin, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, op. cit., note 75.

ultérieure. La Cour de cassation française doit ainsi déterminée à titre préalable si la résolution 1816 (2010) du CSNU constituait un titre de compétence, ce à quoi elle répond par l'affirmative :

« que l'appréhension des requérants n'a pas été dépourvue de fondement juridique mais était, au contraire, justifiée par la résolution 1816 précitée ; (...) les autorités militaires françaises ont régulièrement appréhendé les personnes suspectées de se livrer à des actes de piraterie et saisi les biens se trouvant en leur possession sur le fondement de la résolution 1816 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations unies le 2 juin 2008 autorisant les États, dans les eaux territoriales somaliennes, à faire usage des pouvoirs que leur confère, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État, l'article 105 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982. »⁴¹¹

La Cour conclut ainsi « que c'est selon les voies légales que les six requérants ont été temporairement privés de leur liberté »⁴¹².

247. Dans son commentaire de l'arrêt, Jean-Marc Thouvenin insiste sur la contextualisation correcte de ces conclusions, en particulier sur le fait que la Cour n'acceptait pas pour autant l'argument que la compétence juridictionnelle serait affectée par la régularité de la capture :

« La nécessité ressentie par le juge pénal de justifier de la *régularité* des opérations menées dans les eaux somaliennes en référence au droit international ne signifie sans doute pas qu'il conditionne la légalité de la procédure contestée devant lui au bon respect de la souveraineté somalienne par les force françaises. »⁴¹³

En effet, et pour critiquable que soit cette approche, dans ces hypothèses, les juridictions françaises appliquent en principe le principe *male captus bene detentus*⁴¹⁴. Toutefois, la régularité de la détention était une condition formulée par la jurisprudence de Strasbourg, et s'imposait par ce biais aux juridictions françaises. Pour reprendre les termes de l'analyse de Jean-Marc Thouvenin,

« la position prise par le juge à cet égard trouve son explication dans la jurisprudence *Medvedyev et autres c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme (...). Il en ressort que la Convention européenne des droits de l'homme, qui exige notamment que toute privation de liberté soit 'régulière', s'applique aux opérations de la marine française réalisées en dehors du territoire français, lorsqu'elles la conduisent à exercer un 'contrôle absolu et exclusif' sur des personnes physiques (...), mais également que : 'en matière de 'régularité' d'une détention, y compris l'observation des 'voies

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ J. M. Thouvenin, « Commentaire de l'arrêt *Carré d'As* », *op. cit.*, note 410, par. 8.

⁴¹⁴ V. J.-G. Mahinga, « L'affaire du Ponant », étude 9, *Revue de droit des transports et de la mobilité*, n° 7-8, juil. 2008.

légales', la Convention renvoie non seulement à la législation nationale, mais aussi, le cas échéant, à d'autres normes juridiques applicables aux intéressés, y compris celles qui trouvent leur source dans le droit international'. »⁴¹⁵

C'est donc dans ce contexte que les résolutions du Conseil de sécurité viennent justifier les actes de l'État français, le prémunissant *a priori* contre l'engagement de sa responsabilité devant les juridictions de Strasbourg.

ii) Une question préalable dans le procès interne

248. Dans toutes ces hypothèses, le juge interne se voit confronté à la question de la licéité à titre préalable : elle ne constitue pas l'objet principal de la décision que le juge doit rendre, mais demeure néanmoins une question qu'il doit trancher en amont de sa décision sur le fond.

249. La question préalable de licéité rappelle l'invocabilité descendante⁴¹⁶, en ce que l'acte institutionnel est invoqué par ou pour le bénéfice des autorités nationales. Mais il existe au moins deux distinctions :

- ici les actes institutionnels instaurent un régime objectif ; ils sont dès lors potentiellement applicables à une multitude de contentieux individuels ;
- le titre de compétence agit sur le plan international et non pas sur le plan interne. Le juge peut alors se sentir inhibé par cette question de responsabilité internationale de l'État. Car si le juge tranche, même à titre préalable, cette question de licéité internationale elle est en principe revêtue de l'autorité de la chose jugée. Et même si elle est doublement relative (en principe, elle ne vaut pas dans d'autres affaires ; et elle ne vaut certainement pas dans les ordres juridiques autres que celui du *for*), un prononcé d'illicéité internationale embarrasse sérieusement les autorités politiques.

250. Traditionnellement, le juge s'abstient de statuer sur ces points de droit, qui risquent d'avoir une incidence sur la conduite des relations internationales de son État. Toutefois, si un lien étroit existe entre la situation internationale et la question soumise au juge, il se départit de cette traditionnelle prudence. Ainsi, dans une des affaires où avait été soulevé le problème de la licéité de l'intervention britannique en Irak, le juge de première instance britannique avait souligné les limites auxquelles sont confrontées les juridictions internes (ou qu'elles s'auto-imposent) :

⁴¹⁵ J. M. Thouvenin, « Commentaire de l'arrêt *Carré d'As* », *op. cit.*, note 417, par. 8.

⁴¹⁶ V. *supra*, pars. 75 et s.

« [The question concerns] the court's jurisdiction to rule on matters of international law unless in some way they are properly related to the court's determination of some domestic law right or interest. (...) Should the court declare the meaning of an international instrument operating purely on the plane of international law? In my judgment the answer is plainly no. All of the cases relied upon by the applicants in which the court has pronounced upon some issue of international law are cases where it has been necessary to do so in order to determine rights and obligations under domestic law. »⁴¹⁷

251. De la même manière, dans l'affaire du *Carré d'As*, la Cour vérifie la régularité de la capture lorsque celle-ci a une influence décisive sur la suite de la procédure nationale⁴¹⁸. Quand cette influence n'est pas perceptible, le juge interne préfère ne pas se prononcer sur ces questions de responsabilité internationale, ou s'il le fait, son attitude apparaît comme une forme d'activisme judiciaire, qui prête le flanc à la critique. Deux affaires permettent d'illustrer ces propos.

252. Dans l'affaire *Gentle*, des mères de soldats britanniques tués en Irak, dans des opérations ayant suivie l'invasion de 2003 ont saisi les juges, en invoquant une violation du droit à la vie protégé par l'article 2 de la CvEDH. L'argument était que l'intervention en Irak violait le droit international, notamment les résolutions du CSNU, et que la guerre était illicite, ce qui constituait une violation du droit à la vie. La licéité internationale faisait donc l'objet même de la demande, bien que les demandeurs eussent tenté de la travestir en une question d'interprétation et d'application de la CvEDH. La Chambre des Lords a dès lors estimé que ce litige sortait du cadre de ses compétences⁴¹⁹.

253. À l'opposé, le juge administratif allemand s'est prononcé sur la licéité de cette intervention dans l'affaire *Pfaff*, du nom du militaire qui avait refusé de mettre au point un programme informatique, qui aurait pu, selon lui, servir à l'invasion. Il avait écopé d'une sanction sévère pour non obéissance et été déchu de son grade. En demandant l'annulation de cette sanction, il invoque la liberté de conscience et le fait que le respect du droit international serait « *an ethical minimum* »⁴²⁰. Le juge n'était pas directement appelé à se prononcer sur la

⁴¹⁷ Royaume-Uni, High Court, déc. 2002, *The Campaign for Nuclear Disarmament v. The Prime Minister of the United Kingdom, The Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs, The Secretary of State for Defence*, [2002] EWHC 2777 (Admin), par. 35 (Lord Justice Simon Brown) (nous soulignons).

⁴¹⁸ J. M. Thouvenin, « Commentaire de l'arrêt *Carré d'As* », *op. cit.*, note 417, par. 11.

⁴¹⁹ Chambre des Lords, 9 avr. 2008, *R (Gentle) v Prime Minister*, [2008] UKHL 20.

⁴²⁰ Allemagne, Cour fédérale supérieure administrative, 2^e ch., 21 juin 2005, *Attorney of the Federal Armed Forces v. Anonymous (a Major of the Armed Forces) (Pfaff case)*, Final appeal, BVerwG 2 WD 12.04 ; ILDC 483 (DE 2005), note par ILDC. V. aussi N. Schultz, « Case Note – Was the war on Iraq Illegal? – The

licité de l'intervention, ni à appliquer les résolutions pertinentes du CSNU, puisque le droit invoqué par le militaire était celui de la liberté de conscience, un droit issu de l'ordre interne. Toutefois, plutôt qu'analyser les règles internes relatives à la reconnaissance de ce droit, il passe le plus clair de son argumentation à interpréter les résolutions et à les appliquer à l'invasion américano-britannique. Il conclut ainsi à l'illicéité de l'intervention :

« All the further Resolutions passed by the UN Security Council on the Iraq conflict in the following period equally contained no authorisation for belligerent action by the government of the USA and its allies against Iraq (...) This applies in particular for Resolution 1441 (2002) which was passed unanimously by the UN Security Council on 8 November 2002 after weeks of negotiations. (...) As evidenced by the text of Resolution 1441 (2002), the UN Security Council did particularly not decide an exception to the fundamental prohibition on the use of force. There is nowhere any talk of authorisation or empowerment of any government or state for the use of force in accordance with chapter VII of the UN Charter. The term 'authorisation' does not even appear in the text of the Resolution in this context. »⁴²¹

254. Ces affaires montrent que le juge interne ne peut faire l'économie de l'interprétation et de l'application des actes institutionnels décisifs pour les questions de licéité qui lui sont incidemment soumises. Il ne peut se prononcer sur ces questions que sur la base du droit international, par application de celui-ci. La chose semble entendue, voire naturelle. Mais il est remarquable – et il convient de le souligner – que dans les affaires où la question a été soulevée – l'absence d'incorporation des actes institutionnels dans l'ordre juridique du for n'a jamais été mise en avant comme un argument pertinent. En effet, cette question préalable se résout selon la logique du droit international ; le juge interne sera ensuite appelé à en tirer les conséquences dans l'ordre interne.

B. La prise en considération des actes à portée déclarative

255. Les actes déclaratifs peuvent être divisés en deux branches : d'une part, les actes qui disent/ formulent/ codifient le droit existant et les actes déclaratifs qui font une application du droit existant à des situations individuelles.

Judgment of the German Federal Administrative Court of 21st June 2005 », *German Law Journal*, vol. 7, n° 1, 2005, pp. 25-44.

⁴²¹ Allemagne, Cour fédérale supérieure administrative, *Pfaff case*, *ibid.*, par. 4.1.1. Pour une critique de cette approche, v. Ch. Tomuschat, « Foreign Policy Issues before Domestic Courts : the Rule of Law under Challenge », in A. Reinisch et U. Kriebaum (dir.), *The Law of International Relations : Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2007, p. 432.

1. *La prise en considération des actes déclaratifs du droit existant*

256. Les actes institutionnels déclaratifs du droit existant peuvent prendre deux dimensions : soit ils codifient le droit coutumier existant⁴²², soit ils clarifient le sens des dispositions conventionnelles du traité de base. Leur force juridique dans l'ordre interne est ainsi intimement liée à la place reconnue au traité ou à la source coutumière. Ces interactions ayant déjà été examinées au chapitre 2 de cette étude, elles ne sont rappelées ici que pour mémoire.

2. *La prise en considération des actes d'application : outil de qualification de situations juridiques complexes*

257. Une des fonctions importantes des actes institutionnels est de fournir aux juges internes les qualifications juridiques des situations factuelles complexes. Le *Dictionnaire Basdevant* définit l'opération de qualification juridique comme étant :

« [l']opération intellectuelle consistant à classer un fait, une action, une institution, une relation juridique, une règle de droit dans une catégorie juridique déterminée en vue de lui appliquer le régime juridique correspondant à cette catégorie. »⁴²³

Les qualifications avancées par les actes institutionnels opèrent principalement sur le plan international, mais le juge interne peut également les considérer pertinentes aux fins de l'application des normes internes qui renvoient à des concepts internationaux similaires.

258. L'opération de qualification juridique relève, en principe, du domaine réservé au juge. Il existe cependant des hypothèses où le juge interne s'estime démuné, voire incompétent pour opérer cette qualification d'une manière autonome. C'est le cas des situations internationales complexes, dont la qualification s'opère sur la base du droit international, à la lumière d'un contexte factuel complexe, dont le juge interne n'a pas forcément connaissance. Plutôt que de renvoyer à son MAE, le juge interne préfère parfois s'en remettre aux appréciations des organisations internationales dont les actes recèlent les qualifications juridiques recherchées.

⁴²² V. A.-T. Norodom, *L'influence du droit des Nations Unies sur le développement du droit international*, Thèse de doctorat : Droit international public, Paris 1, 2009, spéc. pp. 51 et s. et pp. 343 et s. V. égal. P. de Visscher, « Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies », in *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 173-185.

⁴²³ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, p. 493. V. en ce sens J. Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, vol. 175, 1982, pp. 257-414.

259. L'intensité de la prise en considération de tels actes est cependant tributaire d'un mélange indéfini de facteurs endogènes – comme la valeur juridique et la force persuasive de l'acte – et de facteurs exogènes, tel le degré d'ouverture de l'ordre interne, voire du juge interne, aux arguments internationaux. Les qualifications institutionnelles ne s'imposent *a priori* pas au juge interne, à l'exception des cas où l'organisation bénéficie d'un pouvoir sinon exclusif du moins prioritaire de qualification, que celle-ci soit contenue dans un instrument juridique obligatoire, dont le contenu est clair. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans son avis sur la *Namibie*, « [q]uand un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence »⁴²⁴. Autrement, le juge interne est libre de retenir ou de s'écarter des qualifications opérées par les actes institutionnels. La jurisprudence met d'ailleurs en évidence cette oscillation permanente entre la reconnaissance des prononcés contenus dans les actes institutionnels et leur contestation, qui se traduit par l'affirmation d'une qualification concurrente par le juge interne. Quelques exemples permettent d'illustrer ces tendances.

a) Terrorisme

260. Il existe quelques domaines où les organes institutionnels ont préempté l'opération de qualification juridique de certaines situations internationales. Le phénomène terroriste en est un. En effet, le terrorisme est aujourd'hui un concept juridique défini internationalement, bien que des incertitudes planent toujours sur certains de ses éléments constitutifs. Mais au-delà de la définition normative de ce concept juridique, les juges internes s'intéressent à la qualification *in concreto* de telle ou telle situation (les attentats en Afghanistan ou Irak, par exemple) comme relevant du terrorisme.

261. Ainsi, le CSNU, après avoir précisé que le terrorisme est, d'une manière générale, une menace à la paix et à la sécurité internationales – et on est là face à une première qualification juridique à travers laquelle un concept défini en droit est classifié comme une sous-catégorie aux fins de l'application du chapitre VII de la Charte⁴²⁵, il s'est en parallèle penché sur

⁴²⁴ CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec., 1971, p. 54, par. 117 (nous soulignons).

⁴²⁵ Ces qualifications s'opèrent à travers plusieurs résolutions. Pour un tableau synoptique, v. P. Klein, « Le Conseil de sécurité et la lutte contre le terrorisme : dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands ? », *RQDI*, hors-série, 2007, spéc. pp. 141-142.

nombre de situations factuelles concrètes, estimant qu'elles relevaient de la sous-catégorie terroriste des menaces à la paix – et on est là face à une seconde qualification. Pourtant, les deux types de qualifications se distinguent nettement. La première vise à préciser une catégorie juridique très ample et qui n'a de cesse de s'élargir – la menace à la paix et à la sécurité internationale⁴²⁶ – en fournissant des sous-catégories, elles-mêmes juridiques. Ce faisant, le Conseil de sécurité se livre à une opération de *création* normative de nature générale. La seconde hypothèse est celle du *constat* qu'une situation factuelle concrète relève bien du terrorisme. C'est une opération de *qualification juridique des faits* : le CSNU cherche à déterminer si tel ensemble factuel relève de cette catégorie juridique particulière. Il le fait – ou devrait le faire – suivant un raisonnement judiciaire, par application concrète des critères généraux. Qu'en pratique le Conseil de sécurité ne se comporte pas en juge, mais en politique, que le constat de l'existence d'une menace à la paix soit une « *determination [which] entails a factual and political judgment and not a legal one* »⁴²⁷, c'est un tout autre débat qui dépasse le cadre de cette étude.

262. La qualification est opérée par le CSNU dans le cadre de l'exercice de ses compétences statutaires, à travers des résolutions qui présentent, outre leur portée dispositive, une dimension déclarative. Les juges internes sont amenés à prendre en considération ces résolutions dans un contexte déconnecté de l'objet même des résolutions. Il le fait lorsque :

- la règle applicable fait explicitement ou implicitement appel au concept de terrorisme – peu importe d'ailleurs que cette règle soit conventionnelle – à l'instar de l'article 1F(c) de la Convention de Genève relative aux réfugiés⁴²⁸, ou interne – à l'instar de l'article 270 sexies du Code pénal italien⁴²⁹ ou les articles 421-1 et suivants du Code pénal français ;
- et que les situations factuelles sur lesquelles le CSNU s'est déjà prononcé font partie du contexte factuel de l'affaire dont le juge interne a à connaître.

⁴²⁶ V. J.-M. Sorel, « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », in J.-M. Sorel (dir.) SFDI, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les nouveaux aspects de la sécurité collective*, colloque SFDI de Rennes (juin 1994), Paris, Pedone, 1995, pp. 3-58.

⁴²⁷ V. Gowlland-Debbas, « Security Council Enforcement Action And Issues of State Responsibility », *ICLQ*, vol. 43, n° 1, p. 61. Sur les difficultés soulevées par l'exercice d'une fonction quasi-judiciaire par le CSNU, v. en particulier pp. 71-74 de ce même article.

⁴²⁸ Nous avons déjà constaté que le terrorisme est considéré comme un acte contraire aux buts et principes des Nations Unies, au sens de cette disposition de la Convention de Genève (v. *supra*, Chapitre 2, pars. 255-256).

⁴²⁹ V. *supra*, par. 21.

263. Les jurisprudences française et italienne offrent des exemples intéressants, qui permettent de mettre en exergue tout à la fois la force d'attraction exercée par les qualifications onusiennes et la résistance que déploient parfois les juges internes. De son côté, le juge français s'est basé sur les résolutions du Conseil de sécurité pour valider la qualification de participation à une association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste qu'avait opérée la chambre de l'instruction pour des faits de recrutement en France de djihadistes destinés à renflouer les rangs des Talibans. La personne mise en examen avait contesté cette qualification qui, sans être un prononcé définitif de culpabilité, débouche néanmoins sur l'application d'un régime très contraignant. Elle avait argué que les opérations en Afghanistan ne relèvent pas du terrorisme, mais de la guerre civile. La chambre criminelle de la Cour de cassation a validé le raisonnement de la chambre de l'instruction, qui s'était basée sur les résolutions du CSNU (sans d'ailleurs formellement préciser lesquelles) :

« [P]our rejeter l'argumentation du requérant qui contestait la possibilité de retenir une *qualification terroriste pour sa participation supposée en Afghanistan à une guerre civile* contre les forces de la coalition et la Force internationale mandatée par l'ONU, les juges retiennent notamment que l'intéressé ne saurait se fonder sur les Conventions de Genève qu'il invoque, *les résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies étant particulièrement précises en ce qui concerne la nature terroriste des actes commis par les talibans et les groupes qui les assistent* ;
Attendu qu'en statuant par ces motifs, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués au moyen qui reprend ceux invoqués devant la chambre de l'instruction. »⁴³⁰

264. La Cour de cassation italienne s'est en revanche refusée à considérer la qualification d'une organisation par le Conseil de sécurité comme décisive. En particulier, le juge italien semble réticent à abandonner son pouvoir de qualification au bénéfice du Conseil de sécurité :

« [O]n ne peut soutenir la thèse selon laquelle l'insertion sur les listes établies par les organismes internationaux suffirait à démontrer la nature terroriste de ladite association, *comme si le seul qualificatif attribué aux organismes susmentionnés pouvait entraver, dans un procès, la conclusion à laquelle le juge aurait été conduit par sa libre appréciation.* »⁴³¹

C'est pour défendre le système de la libre appréciation des preuves ou de l'intime conviction du juge, applicable en matière pénale en Italie (et en France d'ailleurs), que le juge italien dénie la valeur probatoire des inscriptions sur la liste terroriste onusienne :

⁴³⁰ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 23 mai 2012, n° 12-80328 (nous soulignons).

⁴³¹ Italie, Cour de cassation, section I pénale, 17 janv. 2007, *Bouyahia Maher Ben Abdelaziz et al.*, n° 1072, *IYIL*, vol. XVI, 2006, p. 322 ; note Aleni ; la traduction française de cette décision est tirée de la thèse de W. Woll, *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, op. cit., note 40, pp. 285 et s.

« [I]l convient de souligner que – selon les positions quasiment unanimes de la doctrine l’insertion d’un groupe sur de telles listes a une valeur purement administrative et justifie l’application des sanctions prévues, sans pour autant avoir un caractère probatoire. La doctrine a clairement observé que, dans le cas contraire, ‘cela introduirait au sein du système une preuve légale, transformant l’article 270 bis du Code pénal italien en une norme pénale en blanc’. Cet avis a été repris dans la jurisprudence de cette Cour qui, pour exclure la valeur de preuve de la présence sur les listes des ‘interdits’, a invoqué le caractère inadmissible de la création d’une sorte de ‘preuve légale’ qui entraînerait la violation évidente des principes de légalité et de séparation des pouvoirs (v. Cassation, Sect. 1,30824/06, Tartan). »⁴³²

265. Le juge italien exige des autorités d’enquête d’apporter non seulement la preuve des faits allégués, de leur existence matérielle (*l’actus reus*), mais également celle de la finalité particulière poursuivie par les accusés qu’implique la qualification terroriste (*la mens rea*). Il observe ainsi, d’une manière générale, que l’inscription d’une personne sur une liste terroriste par le Conseil de sécurité ne vaut ni preuve de l’exactitude matérielle des faits allégués ni de la *mens rea*. C’est dans ce dernier sens que le Procureur de Milan avait invoqué les résolutions du CSNU : pour lui, si les liens avec des membres avérés d’Ansar Al Islam étaient établis, cela valait preuve de la finalité spéciale requise pour la qualification terroriste, ce que la Cour ne pouvait accueillir :

« Le Procureur général requérant a déduit que la Cour statuant au principal aurait négligé de tenir compte du fait que l’organisation Ansar Al Islam a été incluse sur les listes d’associations terroristes par la résolution 1267 (99) du Conseil de Sécurité de l’ONU. On ne pouvait donc nier l’objectif poursuivi par ce groupe, avec lequel les inculpés ont eu des contacts répétés.

(...) En conclusion, la position d’une association sur une des listes précitées ne représente *un élément valable que sur le plan de l’enquête. D’autre part, la preuve de la finalité de terrorisme doit nécessairement être établie sur base des règles d’utilisabilité et de valeur probatoire prescrites par la loi procédurale.* »⁴³³

266. Qu’est-ce qui justifie la différence d’approche entre les juges français et italien vis-à-vis des mêmes résolutions ? En l’absence d’une explication de la portée accordée par les juges à ces résolutions, la réponse relève de la supputation. D’évidence, ce ne sont ni la valeur normative intrinsèque des actes internationaux, ni les règles relatives à la réception interne des actes internationaux, ni les spécificités nationales relatives au droit de la preuve, ni la matière donc le juge est saisi qui expliquent cette différence. Il peut en revanche s’agir du degré de renonciation à l’une des missions essentielles du juge qu’implique l’adoption de la qualification institutionnelle : dans le cas de la jurisprudence française, le juge adoptait une qualification situationnelle, mais son pouvoir d’appréciation du cas individuel demeurait

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ *Ibid.* (nous soulignons).

intact. En outre, son appréciation était préalable et non définitive ; elle s'imposait aux fins de l'enquête et non de la condamnation. En revanche, il était demandé au juge italien d'abdiquer son pouvoir de qualification de la situation individuelle d'une manière absolue (puisque la preuve contraire ne semble pas admise) et définitive, ce à quoi il ne pouvait se résoudre. Il est à la fois logique et indispensable que les juges internes refusent aux résolutions une valeur décisive en matière pénale⁴³⁴. En effet, le droit de la preuve en la matière est des plus exigeants, à la mesure de la sévérité des sanctions imposées. Les sanctions individuelles du CSNU sont adoptées au terme d'un processus politique, d'où sont absentes les garanties de la procédure pénale⁴³⁵. Par ailleurs, le Conseil de sécurité lui-même se défend de toute visée pénale dans l'établissement de listes terroristes. Rien ne justifie donc qu'une telle visée lui soit attribuée par l'ordre interne.

b) Génocide

267. La qualification d'une situation factuelle comme relevant du génocide par certaines résolutions du CSNU a également ouvert la voie à leur prise en considération interne, d'une manière incidente, pour l'application d'autres dispositions qui renvoient implicitement ou explicitement à ce concept. Il en va ainsi de l'article 1 F a) de la Convention de Genève de 1951, lequel prévoit l'exclusion du bénéfice de la Convention des « personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ».

268. Pour justifier le rejet d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié à un national congolais dont la participation aux événements de Rwanda de 1994 semblait établie, la CNDA française devait à la fois déterminer si le génocide était une catégorie de crimes contre l'humanité et si la situation au Rwanda en 1994 devait recevoir cette qualification. Dès lors, une double qualification est requise : pour la première, le juge s'en remet à la Convention de 1948, qui retient le lien entre les deux catégories de crimes ; pour la seconde, il se fonde sur la résolution 955 (1994) :

« Considérant, en second lieu, que le crime de génocide, tel que défini par la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 novembre

⁴³⁴ V. aussi *supra*, Chapitre 3, pars. 166 et s.

⁴³⁵ V. A. Miron, « Les 'sanctions ciblées' du Conseil de sécurité des Nations Unies... », *op. cit.*, note 373.

1948, qu'il soit commis en temps de guerre ou en temps de paix, est un crime contre l'humanité ; que la résolution 955, adoptée le 8 novembre 1994 par le Conseil de Sécurité des Nations unies, instituant le TPIR, a qualifié de génocide les crimes commis au Rwanda en 1994 au sens de la convention susvisée. »⁴³⁶

c) Guerre

269. La « guerre » est à la fois un concept défini internationalement et un fait illicite international. Les juges internes ont dès lors le plus grand mal à qualifier de guerre une situation factuelle donnée. Ces réticences s'expliquent à la fois par la complexité des critères internationaux et les bouleversements provoqués à la matière par le système de sécurité collective mis en place par la Charte, et par les implications politiques entraînées par une telle qualification juridique. Pour savoir si une situation donnée relève de la guerre, les juges s'en remettaient habituellement à l'appréciation du Ministère des affaires étrangères, en lui adressant des questions préjudicielles.

270. Une décision australienne relative aux opérations en Corée de nord et une autre britannique relative à l'engagement du Royaume-Uni en Irak permettent d'illustrer cette tendance. Dans l'affaire australienne, *Burns v. The King* (1951), l'éditeur d'un journal de sensibilité communiste avait été condamné pour sédition en raison des articles publiés au sujet des opérations en Corée. Il avait contesté cette condamnation, en arguant que l'intervention en Corée était illégale, car la résolution du Conseil de sécurité l'autorisant avait été votée en l'absence de l'URSS. Sans répondre à l'argument relatif à l'invalidité, le juge a néanmoins estimé nécessaire de déterminer si l'Australie et la Corée du Nord était en guerre et a renvoyé la question au MAE. La réponse de celui-ci déborde de prudence, dans la mesure où il ne s'engage pas dans une qualification *de jure*, et préfère une description *de facto* :

« *The Government has sent land, sea and air forces to Korea to assist in taking military measures in order to restore international peace and security in Korea as provided in Chapter 7 of the Charter of the United Nations. The Australian forces are engaged in active hostilities and have suffered intensive casualties. That Australia is at war de facto is clear. Whether or not Australia is at war de jure depends on the interpretation of the Charter as applied in the circumstances.* »⁴³⁷

271. La jurisprudence britannique, bien plus récente, montre cette même circonspection au regard de la qualification de *jure*. Dans cette affaire, Mme Ahmed Amin, citoyenne irakienne

⁴³⁶ France, CNDA, 15 oct. 2010, *M. M.*, n° 08016600, *Rec. CNDA*, 2010, p. 120 .

⁴³⁷ Australie, New South Wales Quarter Sessions Appeal Court, 6 avr. 1951, *Burns v. The King*, *ILR*, vol. 20, p. 596 (nous soulignons).

résidant à Bagdad, était propriétaire d'une maison à Londres, ensemble avec son mari. Ce dernier y a habité pendant un certain temps avec sa seconde épouse, sur la base d'un contrat de location signé avec Madame Amin. Le loyer avait été régulièrement déposé auprès de M. Irving, *solicitor* à Londres. L'objet des procédures internes était la récupération par la propriétaire des sommes retenues par le *solicitor*. Ce dernier avait contesté la capacité juridique de la propriétaire à saisir les juridictions britanniques, en raison de sa qualité de national d'un État avec lequel le Royaume-Uni étaient en guerre. Le juge s'est fondé sur la position du gouvernement à ce sujet, telle qu'elle résultait des déclarations officielles, sans toutefois renvoyer de question préjudicielle au MAE. De nouveau, la distinction est faite entre la guerre au sens ancien, juridique du terme, et les conflits armés modernes. Cette fois-ci, le juge écarte la qualification de « guerre » au sens de la législation interne applicable pour les opérations armées en Irak, faisant fond sur un argument de droit intertemporel selon lequel un texte juridique doit être interprété à la lumière du droit en vigueur lors de son élaboration⁴³⁸ :

*« I am satisfied that HMG's position is that there is not, and has not been, a state of war between the United Kingdom and the Republic of Iraq, and that it is therefore not necessary for me to ask any questions of the Foreign and Commonwealth Office. I am also satisfied that the disability of alien enemies is part of the rules of English law relating to the traditional laws of war, and that there is no warrant for extending it to modern armed conflict not involving war in the technical sense. »*⁴³⁹

272. Le juge français retient une qualification différente pour le même ensemble factuel. Il considère que la même situation factuelle iraquienne peut recevoir la qualification juridique de « guerre », au sens de la législation française relative aux pensions des militaires. L'article L.12 c) du codes des pensions civiles et militaires de retraite prévoit des bonifications pour des pensionnés militaires relatives aux « bénéfices de campagne, notamment en temps de guerre ». Le Conseil d'État était saisi par une association d'ancien militaires, représentée par son président, M. Lavergne, d'une demande en reconnaissance de ces bénéfices pour les militaires ayant participé aux opérations en Irak en 1990-1991. La haute juridiction administrative devait dès lors déterminer si cette campagne relevait des opérations de guerre, comme le prétendait les militaires, ou d'une opération de police ou de maintien de l'ordre, comme la qualifiait le ministère de la Défense. En se fondant sur le caractère militaire des opérations menées, le juge opte pour la qualification fonctionnelle « d'opération de guerre » :

⁴³⁸ En droit international, la formulation la plus classique de ce principe général est donnée par Max Huber dans la sentence arbitrale *Ile de Palmas* du 4 avr. 1928, *RGDIP*, 1935, p. 172.

⁴³⁹ Royaume-Uni, High Court of Justice Chancery Division, 13 juil. 2005, *Sadiqa Ahmed Amin v. Irving Brown*, [2005] EWHC 1670 (Ch).

« Considérant qu'il est constant que la guerre du Golfe, menée, sur la base de la résolution n° 678 du 29 novembre 1990 du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, pour rétablir la souveraineté internationale du Koweït, a comporté des opérations militaires qui ont présenté le caractère d'opérations de guerre et dans lesquelles des forces françaises ont été engagées ; qu'elles ne peuvent, dès lors, être regardées comme des opérations de maintien de l'ordre, au sens des dispositions de la loi du 6 août 1955 relative aux avantages accordés aux personnels militaires participant au maintien de l'ordre dans certaines circonstances. »⁴⁴⁰

Les juges britannique et français arrivent à des conclusions opposées pour la qualification de situations factuelles similaires. Ce qui explique cette divergence c'est que le concept international, dont la qualification est recherchée – celui de « guerre » en l'occurrence – s'insère dans un texte interne, qui est interprété en fonction de ses finalités propres. La finalité du texte guide dès lors l'opération d'interprétation et donc celle de qualification des faits. De ce point de vue, on peut considérer que les juges internes optent pour des concepts autonomes, qui ne sont pas nécessairement identiques à ceux du droit international. Du reste, les divergences prospèrent surtout lorsque le concept est mal défini internationalement et qu'aucun acte institutionnel ne se prononce avec autorité sur la qualification dans un sens ou un autre d'une situation factuelle. Les difficultés pullulent d'autant plus lorsque la législation interne, ancienne, ne suit pas les évolutions du droit international. Ces affaires résument bien les embûches qui guettent le juge interne : dans l'ordre interne, il doit retenir une qualification juridique qui, transposée dans l'ordre international, constitue une déclaration d'illicéité.

273. Les actes institutionnels apparaissent alors comme un argument de légitimation. On remarque qu'aussi bien le juge français que britannique rappellent les résolutions pertinentes du CSNU, sans pour autant faire une quelconque application de celles-ci. D'une part, le juge français rappelle que l'intervention en Irak a été « menée, sur la base de la résolution n° 678 du 29 novembre 1990 du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies ». De son côté, le juge britannique développe plus longuement le contexte juridique international régissant l'intervention des forces britanniques en Irak :

« The position of HMG is that authority to use force against Iraq flowed from the combined effect of Security Council Resolutions 678, 687 and 1441, which were adopted under Chapter VII of the United Nations Charter, which allowed the use of force for the express purpose of restoring international peace and security. HMG's position is that Security Council Resolution 678 (1990) gave to member states authorisation to use all the necessary means to restore international peace and security in the area. That authorisation was suspended but not terminated by Security Council Resolution 687 (1991) and revived by Security Council Resolution 1441

⁴⁴⁰ France, Conseil d'État, 17 mars 2004, *Lavergne*, n° 255460, *Lebon* 2004, p. 136.

(2002). *In that resolution the Security Council determined that Iraq's possession of weapons of mass destruction constituted a threat to international peace and security, that Iraq had failed, in clear violation of its legal obligations, to disarm and that, in consequence, Iraq was in material breach of the conditions laid down by the Security Council in Resolution 687 at the end of hostilities in 1991, thus reviving the authorisation in Security Council Resolution 678.* »⁴⁴¹

274. Le rôle attribué aux actes institutionnels mentionnés, des résolutions du CSNU qui autorisent l'usage de la force, est identique dans les deux cas de figure : elles légitiment une action qui autrement apparaîtrait comme illégale du point de vue du droit international. Ils ont un rôle exonératoire de responsabilité. L'argument rappelle la réponse de la Cour suprême israélienne dans l'affaire *Eichmann* :

« *Moreover, following upon the Resolution of the Security Council of the United Nations of 23.6.60 (exhibit T/1), the Governments of Argentina and Israel settled the dispute between them when they issued, on 3.8.60 - and that was before the indictment was presented - a joint communique (exhibit T/4) saying that they 'resolved to view as settled the incident which was caused in consequence of the action of citizens of Israel, which violated the basic rights of the State of Argentina.' This means that Argentina has condoned the violation of her sovereignty and has waived her claims, including that for the return of the Appellant. Any violation of international law that may have been involved in this incident has thus been remedied.* »⁴⁴²

275. Ce rôle est potentiel, car le juge ne se prononce finalement pas sur la question de licéité, bien qu'il l'aborde⁴⁴³. La fonction des résolutions dans le procès interne n'est donc pas de trancher avec autorité entre qualifications divergentes⁴⁴⁴, ni d'autoriser des actes autrement illicites, mais de renseigner sur le contexte juridique international et d'avertir sur le caractère relatif de la qualification retenue. Le juge envoie ainsi un signal que, dans un autre contexte juridique, une autre qualification pourrait être avancée, notamment celle d'action pour le maintien de la paix, menée sur la base de l'article VII de la Charte. Ceci renforce la conclusion que les juges internes mettent ici en avant des notions autonomes.

276. Il est par ailleurs intéressant de relever la place occupée par ces rappels du contexte juridique dans le cadre du procès : le juge ne tranche pas cette question de légalité, il n'en a pas besoin pour résoudre le litige dont il est saisi. De ce point de vue, ces rappels sont purement contextuels. Il ne s'agit donc pas de questions incidentes (ou préalables), puisque leur résolution n'est pas indispensable au procès. Le juge ne peut cependant ignorer le fait

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Israël, Cour suprême, 26 mai 1962, *Attorney General v. Adolf Eichmann*, *ILR* vol. 36, p. 59, disponible en ligne : <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/185>.

⁴⁴³ A distinguer donc de l'hypothèse précédente (v. *supra*, pars. 237-254).

⁴⁴⁴ C'est l'hypothèse examinée aux paras. 194 et s. *supra*.

que, si elle était avancée sur le plan international, la qualification de « guerre » serait une déclaration d'illicéité internationale de l'action étatique, l'usage unilatéral de la force armée étant aujourd'hui prohibé. Ce sont donc des appréciations méta-juridiques, de prudence judiciaire, qui amènent le juge à rappeler l'autorisation du CSNU.

3. *La reconnaissance précaire des qualifications individuelles*

277. Les actes qui opèrent des qualifications individuelles (donc non situationnelles) sont moins favorablement accueillis par les juridictions internes, qui ont une tendance à multiplier les conditions de leur reconnaissance. Le cas des certificats de réfugiés du HCR est à cet égard topique. Les fondements textuels de la compétence du HCR pour délivrer ces certificats sont incertains, puisque ni la Convention de 1951, ni le Protocole de 1967 ne le prévoit⁴⁴⁵. Le statut du HCR adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1950 (doc. A/RES/428(5)) ne le mentionne pas non plus. Certes, la compétence du HCR pour délivrer des certificats s'est développée en marge du traité de base ; en l'absence d'opposition persistante de la part des États Parties à la Convention, elle est présumée reconnue⁴⁴⁶. Par conséquent, on peut estimer que la pratique institutionnelle complète ici les dispositions conventionnelles. Il est certain que l'absence de disposition expresse entrave toutefois la reconnaissance de ces actes individuels. Il n'empêche que des actes similaires délivrées par l'ancêtre du HCR, l'Organisation internationale pour les réfugiés, dont la valeur obligatoire était précisée par les textes⁴⁴⁷ – étaient aisément reconnus par les juridictions internes⁴⁴⁸.

278. En l'absence d'un pouvoir expressément prévu en ce sens ou d'un acte conventionnel ou législatif interne qui leur octroie un caractère obligatoire, les juges internes sont enclins à reconnaître à ces certificats (ou à leur refus) une valeur simplement indicative. Ainsi, dans une affaire où le requérant demandait l'annulation du refus par les autorités nationales de lui reconnaître le statut de réfugié, la Cour suprême administrative finlandaise a conclu :

« Even if states according to international law are not bound by the recognition of refugee status by the UNHCR, it has to be considered and its significance assessed

⁴⁴⁵ M. Smrkoļj, « International Institutions and Individualized Decision-Making : an Example of UNHCR's Refugee Status Determination », *German Law Journal*, vol. 9, n° 11, 2008, pp. 1779-1803.

⁴⁴⁶ V. Normes relatives aux procédures de DSR relevant du mandat du HCR, 20 nov. 2003, disponible en ligne : <http://www.refworld.org/docid/42d66eff4.html> [consulté le 21 déc. 2013].

⁴⁴⁷ V. article 1 (A) de la Constitution de l'OIR et la rés. 62 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 déc. 1946.

⁴⁴⁸ V. Allemagne, Cour suprême fédérale, *Refugee Status Case*, *ILR*, vol. 61, p. 495 (nous soulignons). V. aussi France, Cour d'appel de Paris, 17 juil. 1948, *Dame Pécheral*, *Gazette du Palais*, 1948, 2^e sem., pp. 149-150 ; *Annual Digest of International Law*, vol. 15, pp. 289-290.

adequately. (...) Also, the refugee status granted by UNHCR cannot as such be binding to a state party to the 1951 Refugee Convention. However, the mandate refugee status granted by UNHCR to a certain person in an individual refugee status determination procedure must be given due weight and the reasons why it has been granted must, if possible, be investigated. »⁴⁴⁹

279. Le requérant arguait en l'espèce de la « validité universelle » du certificat du HCR. Il estimait que la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 instaurent un système de reconnaissance mutuelle des déterminations individuelles opérées par d'autres États ou par le HCR⁴⁵⁰. La pratique étatique montre toutefois que cette reconnaissance automatique des décisions d'octroi ou de refus n'existe pas. Pour reprendre les termes de l'analyse fouillée de Maja Smrkolj,

« Mandate refugees are not automatically granted asylum or other protection. (...) [R]ecognition as Mandate refugee does not have any direct binding effect on German Asylum procedure, but it does have strong indicative character. »⁴⁵¹

280. Si la reconnaissance de ces actes individuels est précaire, c'est que les juges internes entendent préserver leur pouvoir d'appréciation individuelle et n'abdiquent pas inconditionnellement le pouvoir de qualification qui leur appartient par principe. Les déterminations du HCR peuvent créer une présomption en faveur d'une qualification, mais celle-ci est simple. Cette réserve de compétence est également perceptible dans l'appréciation des décisions individuelles négatives du HCR : elles ne s'imposent pas plus que les décisions positives. La jurisprudence hong-kongaise souligne toutefois que les décisions positives doivent avoir un traitement plus favorable que les décisions négatives, et que ces dernières ne font que restituer aux autorités nationales leur plein pouvoir d'appréciation en la matière :

« 56. As has been held, it would not be proper for the Secretary to rely simply on UNHCR's unexplained rejection of refugee status. The question arises as to what weight it is proper for the Secretary to place on a refugee status determination made by UNHCR under the Refugee Convention.

57. The protections afforded by the Refugee Convention and the Convention Against Torture overlap. In many cases, the facts will engage both Conventions. That being so, where a potential deportee has applied for refugee status, it would usually be proper for the Secretary to wait for a determination by UNHCR. Where the determination is favourable to the person concerned, while the task for assessing the torture claim in accordance with the policy remains with the Secretary, it would be proper for the

⁴⁴⁹ Finlande, Cour suprême administrative, 24 juin 2013, n° KHO:2013:113 (nous soulignons) ; résumé disponible sur internet : <http://www.refworld.org/docid/52414d444.html> [consulté le 24 oct. 2013].

⁴⁵⁰ V. en ce sens HCR, Effet extra-territorial de la détermination du statut de réfugié, 17 oct. 1978, n° 12 (XXIX), 29e Session du Comité exécutif, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, 33e session, Supplément n° 12A (A/33/12/Add.1).

⁴⁵¹ M. Smrkolj, « International Institutions and Individualized Decision-Making... », *op. cit.*, note 445, p. 1789.

Secretary to give great weight to a favourable determination by UNHCR and to accept the claim.

58. However, where UNHCR rejects the claim for refugee status, the Secretary must conduct a proper independent assessment of the torture claim. In coming to a decision, it is proper for the Secretary to take UNHCR's determination (even though it is unexplained) into account and to give it appropriate weight. What weight is appropriate would depend on the circumstances. »⁴⁵²

§ 2. La prise en considération indifférente à l'objet de l'acte

281. La prise en considération normative, examinée jusqu'ici, permet au juge interne de reconnaître certains des effets recherchés par l'auteur de l'acte. Il existe néanmoins des circonstances où le juge ne s'intéresse qu'aux conséquences engendrées par les actes institutionnels dans le monde des faits. C'est la prise en considération factuelle, indifférente à l'objet de l'acte et aux effets recherchés par son auteur. Elle se manifeste lorsque les actes institutionnels sont pris en compte en tant qu'éléments de preuve (A.) ou en tant que cause d'une situation de force majeure (B.).

A. Les actes institutionnels en tant qu'éléments de preuve

282. Les actes institutionnels sont également mis en avant devant les juridictions internes comme des preuves dignes de foi d'une situation factuelle internationale. Cette fonction documentaire des actes institutionnels est également bien connue de la jurisprudence internationale⁴⁵³. Dans l'ordre international, les actes institutionnels ont pour vertu leur objectivité et de leur extériorité par rapport aux parties en litige. Dans l'ordre interne, leur consultation évite aux juges d'adresser des questions préjudicielles au ministère des affaires étrangères. Mais il appartient toujours au juge interne d'en apprécier la force probante. La jurisprudence consultée ne permet cependant pas de dégager des principes directeurs, si ce n'est la réunion de deux *minima*, requis pour que les actes institutionnels soient pertinents : l'un, extrinsèque, porte sur l'autorité de l'organe dont émane l'acte ; l'autre, intrinsèque, est relatif à la crédibilité des éléments fournis par l'acte. Toutefois, même l'appréciation de ces éléments relève d'une appréciation subjective.

⁴⁵² Hong Kong, Court of Final Appeal, 8 juin 2004, *Secretary for Security v Prabakar (Final appeal judgment)*, FACV no 16, 2003 ; ILDC 1121 (HK 2004), (2004) 7 HKCFAR 187 ; [2004] HKCFA 43, [2005] 1 HKLRD 289.

⁴⁵³ V. par exemple CIJ, 6 nov. 2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Rec., 2003, par. 60, p. 190 ; 3 févr. 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, Rec. 2006, par. 60, p. 30.

283. L'exemple de l'existence d'un État est topique. Si les juges se hasardent à s'exprimer à ce sujet (dans le passé, ils se contentaient de poser une question préjudicielle ou de se référer à la politique de l'État du for), cette qualification implique de prouver l'existence d'un territoire, d'une population et d'une autorité gouvernementale stable. Les résolutions qui reconnaissent ou se réfèrent simplement à ces éléments sont sporadiquement mises en avant comme éléments de preuve.

284. Lorsque la Palestine excipait des résolutions des Nations Unies sur le plan de partage, pour prouver l'existence d'un territoire palestinien, le juge américain relevait que ces résolutions étaient uniquement prospectives, et qu'elles ne pouvaient des lors constituer des données sur la base desquelles il pourrait conclure que la Palestine jouit de la qualité d'État en vertu du droit international (et donc du régime d'immunités qui s'y rattache en droit interne) :

« Here, the defendants' claim to sovereign immunity derives from their assertion that Palestine is a state, and the evidence presented to the district court in support of that assertion consisted entirely of indisputably authentic international legal documents. The district court's determination that Palestine was not a state was premised on a legal conclusion: the court determined that the defendants' documentary proffer did not satisfy the legal standard derived from international law. With respect to the first, the defendants consistently claim that Palestine comprises the territory defined by Security Council Resolution 242. (...) The mere fact that the United Nations conceived of a plan for Palestinian statehood – a plan that the United Nations was unable to implement – does not establish the existence of a state. (...) To be sure, the defendants point proudly to the U.N.'s 1974 recognition of the PLO. We do not minimize the political significance of that event. »⁴⁵⁴

Le ton persifleur de la décision mise à part, l'analyse du juge américain n'est pas forcément contestable en droit. Les résolutions relatives à la Palestine tendaient à créer un état de fait, et non pas à le déclarer. Or, lorsque le réel ne suit pas le déclaratoire, il est difficile pour un juge de considérer que les actes institutionnels constituent des « données ».

285. Les questions d'effectivité d'une autorité gouvernementale sur un territoire sont extrêmement complexes et se situent souvent dans une zone grise. En effet, si la question se pose, c'est que cette effectivité est soit en péril, soit controversée. Les actes institutionnels légitiment alors une décision qui serait par ailleurs discutable.

⁴⁵⁴ États-Unis, Cour d'appel du 1^{er} Circuit, 31 mars 2005, *Ungar et al. v. PLO*, 402 F.3d 274 (2005), *ILDC* 124 (US 2005).

286. À Chypre, où l'effectivité de l'autorité gouvernementale a été contestée dès le lendemain de l'indépendance, les juges internes chypriotes ont pu se référer à la résolution 186 (1964) du CSNU, du 4 mars 1964 ainsi qu'aux résolutions subséquentes, pour confirmer l'existence continue de l'État de Chypre, en dépit de la rébellion armée dans la partie nord et du boycott, par les autorités chypriotes-turques, des activités étatiques, qui avaient entraîné le blocage des mécanismes de gouvernement prévus par la Constitution. L'affaire *Mustafa Ibrahim et autres* (1964) concernait la constitutionnalité de la loi instaurant l'état d'urgence, sur la base de laquelle quatre Chypriotes turcs avaient été arrêtés et accusés de rébellion contre les autorités légitimes de l'État. La référence aux résolutions du Conseil de sécurité semble remplir une double fonction : confirmation de la légitimité du gouvernement, mais aussi, plus largement, confirmation de l'existence continue de l'État, en dépit de la contestation de l'autorité gouvernementale dans une partie de son territoire :

« *The existence of a State is a matter governed by accepted criteria of international law and in particular it is related to the application of the principle of recognition by other States. In the particular case of Cyprus there can be no question [of its existence as State], because in spite of the current internal anomalous situation, the existence, not only of Cyprus as a State, but also of its Government, has been emphatically affirmed, for also purposes of international law, by the Security Council of the United Nations, of which Cyprus became a member after it had become independent. In this respect judicial notice may be taken of the contents of the resolution of the United Nations Security Council of the 4th March, 1964, and also of its sub-sequent resolutions.* »⁴⁵⁵

287. Lorsque les juges veulent être convaincus, ils acceptent même la preuve par inférence à partir des actes institutionnels. Ainsi de l'effectivité du contrôle du territoire irakien après l'invasion américano-britannique:

« Les constats établis à un autre endroit par la cour au sujet des structures étatiques établies en Iraq depuis la restauration de la souveraineté du pays en juin 2004 et de l'intervention des troupes multinationales prouvent de manière suffisante que le gouvernement irakien, avec l'aide des troupes multinationales, dispose d'un contrôle effectif, étatique ou quasi-étatique, du moins sur certaines parties de son territoire. *Cet état des choses est confirmé par un fait incontestable (...) qui est celui que le Conseil de sécurité de l'ONU, à la demande du gouvernement irakien, a prolongé d'un an, par la résolution 1723, le mandat des troupes multinationales, jusqu'à la fin de 2007.* »⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Chypre, Cour suprême, 10 nov. 1964, *The Attorney-General of the Republic v Mustafa Ibrahim and Others*, n° 2729, 2734, 2735, [1964] *Cyprus Law Reports*, n° 164, p. 195 (nous soulignons).

⁴⁵⁶ Allemagne, Cour administrative d'appel, 20 Mars 2007, BVerwG 1 C 34.06, notre traduction. V. aussi Allemagne, Cour fédérale supérieure administrative, 7 févr. 2008, *Question préjudicielle à la CJCE, Aydin Salahadin Abdulla*, par. 27. Pour la réponse de la Cour de Luxembourg, v. CJCE, Grde. Ch., 2 mars 2010, *Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08) et Dier Jamal (C-179/08) c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. jtes. C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Rec.*, 2010, p. I-1493.

B. Les actes institutionnels en tant que fait du prince ou cas de force majeure

288. L'application des décisions internationales transposées affectent la situation des personnes privées. Il suffit de songer aux conséquences des sanctions économiques du CSNU sur les opérateurs privées. Dans plusieurs affaires françaises, les demandeurs ont essayé de traduire cette réalité factuelle comme étant un cas de force majeure ou un fait du prince les libérant de leurs obligations contractuelles. Ces affaires ont été longuement discutées en doctrine⁴⁵⁷ ; elles seront traitées ici d'autant plus rapidement que l'argument n'a jamais prospéré. L'enchaînement causal est, *grosso modo*, le suivant : un opérateur économique voit son activité fortement restreinte à cause de l'instauration d'un régime de sanctions, mis en œuvre aussi bien au niveau européen que national. De ce fait, il n'assume pas certaines des obligations contractuelles lui incombant : qu'il s'agisse de contrats de travail (il procède à des licenciements⁴⁵⁸) ou de la cessation des garanties bancaires afférentes à des contrats affectés⁴⁵⁹. Dans toutes ces hypothèses, les juges de fond ont considéré que les conditions de réalisation de la force majeure (la survenance d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur) n'étaient pas réunies. La Cour de cassation n'a pas contrôlé les décisions de fond sur ce point, car il s'agissait là d'un moyen de fait auquel le juge de droit ne répond pas.

Pour un contrat de garantie :

« Attendu que la cour d'appel a constaté que les garanties et contre-garantie, souscrites pour une durée déterminée, n'avaient pas été mises en œuvre avant le terme conventionnel, qui n'a pas été prorogé ; qu'elle en a exactement déduit que ces engagements étaient devenus caducs, et que le gage, qui en était l'accessoire, se trouvait privé de cause ; que *le moyen se heurte à l'appréciation souveraine des juges du fond* quant à l'expression d'un appel ou d'une prorogation des garanties ainsi que de l'étendue de l'exécution du contrat par la société Butec. »⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ G. Bastid-Burdeau, « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 753-776 ; G. Burdeau et B. Stern, « France », *op. cit.*, note 315, pp. 221-222 ; J. Matringe, « Les actes unilatéraux des organisations internationales devant le juge français », *op. cit.*, note 315 ; N. De Ferjani et V. Huet, « L'impact la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *JDI*, n° 3, 2010, pp. 737-760 ; M. Devers, « Commentaire de l'arrêt Dumez », *op. cit.*, note 315, pars. 28-29.

⁴⁵⁸ France, Cour de cassation, Ch. sociale, 4 juin 1996, *JAT c. Dupont*, n° 94-43.716, note M. Sastre, *RGDIP*, 1998, p. 495 ; Cour de cassation, Ch. sociale, 29 oct. 1997, *Société Banque Franco-Yougoslave*, n° 95-42614, inédit ; Cour de cassation, Ch. sociale, 21 janv. 1998, *JAT c. Grebena*, pourvoi n° 95-44.657, inédit.

⁴⁵⁹ France, Cour d'appel de Paris, 23 juin 1995, *SA Butec c. Union des Banques arabes et françaises (UBAF), SA Rafidain Bank, Sté State Establishment for pipeline (SEP)* ; note A. Jacquemont, *JDI*, 1997, p. 441 ; note B. G. Affaki, *JCP Entreprise et Affaires* n° 43, 26 oct. 1995, p. 735. Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 21 mai 1997, note A. Jacquemont, *JDI*, 1998, p. 963 ; Comparer avec Tribunal de commerce de Nanterre, 31 oct. 1990, *S.A. Lesieur International c. Soc. Norasia Line, Petites affiches*, 28 déc. 1990, p. 21 et Cour de cassation, Ch. commerciale, 16 mai 1995, *Soc. Beyton c. S.A. Société générale*, note M. Sastre, *RGDIP*, 1996, p. 1094.

⁴⁶⁰ France, Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 24 févr. 1998, *Rafidain Bank*, n° 95-19.442, *Bulletin* 1998 I, n° 69, p. 46 (nous soulignons).

Pour un contrat de travail :

Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté *par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que la compagnie aérienne n'avait pas cessé toute activité à la suite de la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU* et de la décision du gouvernement français prise pour son application a pu décider, par ce seul motif, que la rupture du contrat n'était pas imputable à un cas de force majeure et a ainsi légalement justifié sa décision; que le moyen n'est pas fondé. »⁴⁶¹

289. Que ce soit dans sa dimension normative ou factuelle, la prise en considération est protéiforme et largement tributaire des contingences. Il n'est dès lors pas aisé d'en proposer une synthèse conceptuelle.

Section III. Réflexions sur la nature de la prise en considération

290. L'acte juridique pris en considération est habituellement présenté comme étant un fait juridique. Ainsi, dans sa thèse sur *La prise en considération des normes étrangères*, Estelle Fohrer-Dedeurwaerder considère que la norme étrangère ou internationale que le juge interne prend en considération est un *datum* auquel la loi interne applicable attache certains effets juridiques⁴⁶². De la même manière, Jean Matringe observe que :

« Dans ce genre d'hypothèses, ce ne sont pas les effets de l'acte international qui sont demandés, mais ceux d'une norme nationale dont l'application par le juge exige à titre préalable que celui-ci reconnaisse l'existence de cet acte comme fait ou reconnaisse qu'il a produit quelque chose sur la situation. Si, par conséquent, le juge s'intéresse à ces actes, ce n'est pas pour leur attacher dans son ordre les effets qu'ils énoncent eux-mêmes - on serait sinon dans la logique de l'application -, mais pour leur attribuer des conséquences juridiques prévues par le droit français, seul droit qu'il applique. »⁴⁶³

291. L'accent est donc mis sur la loi, qui supposément, *crée* les effets juridiques des actes institutionnels dans l'ordre interne. Cependant, cette analyse, qui se fonde sur le postulat dualiste que toute norme internationale, non réceptionnée par l'ordre interne, est un fait juridique, conduit à rechercher à tout prix des liens artificiels entre la règle applicable par le juge interne, celle qui engendre des droits et obligations, et qui fonde sa décision sur le fond, et les normes qu'il doit prendre en compte pour résoudre des questions préalables, accessoires

⁴⁶¹ France, Cour de cassation, Ch. sociale, 4 juin 1996, *Compagnie Aérienne Yougoslave JAT c. Mme Dupond*, n° 94-43.716, inédit au *Bull.* (nous soulignons).

⁴⁶² E. Fohrer-Dedeurwaerder distingue entre trois types de data (*de renseignement*, qui fournissent au juge un certain nombre d'informations ; *local*, lorsque la loi étrangère est intégrée à une notion locale à contenu variable et *condition*, lorsque l'application de la loi étrangère est imposée par la loi de for) (*La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008, p. 128).

⁴⁶³ J. Matringe, « Les actes unilatéraux... », *op. cit.*, note 315, p. 86.

dans le procès interne. La prise en considération n'est pas toujours factuelle (§ 2.) ; c'est au contraire une forme de reconnaissance internes des actes institutionnels, lorsque ceux-ci n'ont pas vocation à régir la question principale soumise au juge (§ 1.).

§ 1. La prise en considération : une forme de reconnaissance du l'acte institutionnel

292. En effet, la prise en considération met en évidence une logique de reconnaissance qui caractérise le raisonnement du juge : une reconnaissance des effets produits par l'acte institutionnel ou des qualifications qu'il opère dans l'ordre international. Elle se manifeste lorsque l'acte institutionnel instaure des régimes objectifs, qui sont opposables à l'État du for⁴⁶⁴, mais aussi lorsqu'il réalise des qualifications juridiques (situationnelles ou individuelles) de cas factuels particuliers⁴⁶⁵.

293. Cette technique entretient des liens de parenté avec la méthode de la reconnaissance des situations en droit international privé, un phénomène relativement nouveau, dont la décortication théorique n'est qu'à ses débuts⁴⁶⁶. Selon Paul Lagarde,

« Le trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance des situations est que l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir la situation. »⁴⁶⁷

294. Jusqu'où la comparaison des techniques peut-elle aller ? Les similitudes sont manifestes. En droit international privé, « l'État (...) renonce à l'application de sa propre règle de conflit »⁴⁶⁸. Lors de la reconnaissance des actes institutionnels, il renonce à déterminer si les règles de réception interne de l'acte institutionnel ont été respectées (donc à savoir s'il y a eu incorporation régulière). À vrai dire, il ne s'agit pas d'une renonciation à proprement parler, car la réponse négative est déjà fournie. Mais le juge interne considère que l'effet de reconnaissance n'est pas conditionné par l'incorporation.

295. L'abandon de la règle de conflit se fait en droit international privé en échange d'une interrogation quant à la validité de la situation selon les règles de l'État du for. Il en va de

⁴⁶⁴ V. *supra*, pars. 228-236.

⁴⁶⁵ V. *supra*, pars. 257-280.

⁴⁶⁶ Pour une étude récente, v. P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, 238 p.

⁴⁶⁷ P. Lagarde, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *in ibid.*, p. 19.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

même dans le cas des actes institutionnels : le juge vérifie d'une manière minimale si l'organisation ou l'organe institutionnel avait la compétence normative pour prendre l'acte institutionnel en cause et que l'acte n'était pas *ultra vires*. Ce préalable à la reconnaissance ressort particulièrement bien du raisonnement suivi par le Conseil d'État dans l'affaire *Bislimi*⁴⁶⁹ :

« Sur le fondement de la résolution n° 1244 adoptée le 10 juin 1999 par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, qui *autorise* le Secrétaire général (...) à établir une présence internationale civile au Kosovo afin d'y assurer une *administration* intérimaire dans le cadre de laquelle la population du Kosovo pourra jouir d'une autonomie substantielle au sein de la République fédérale de Yougoslavie et confie à cette présence internationale civile la responsabilité *d'exercer les fonctions d'administration civile* de base là où cela sera nécessaire et tant qu'il y aura lieu de le faire, il a été institué une mission d'administration provisoire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) qui doit être regardée, tant qu'elle a exercé ces fonctions, comme l'autorité légale sur ce territoire. Elle a délivré des permis de conduire aux personnes y résidant *sur le fondement du règlement n° 2001/29 du 27 octobre 2001* du représentant spécial du Secrétaire général, en vigueur jusqu'au 12 décembre 2007. »⁴⁷⁰

Le juge vérifie ainsi :

- que la MINUK avait bien un mandat de la part de l'organisation compétente et identifie l'acte institutionnel à la base de ce mandat ;
- par la référence aux « fonctions d'administration civile », que ce mandat couvrait d'une manière générale des actes tels que celui en cause dans l'affaire au principal. Il identifie d'ailleurs l'acte réglementaire qui fonde la compétence pour délivrer des actes individuels tels que le permis de conduire.

296. Il existe aussi une similarité (mais guère d'identité) entre les conditions de réalisation de la situation juridique : en droit international privé, elle résulte de la réunion d'un fait primaire et de l'attribution d'effets juridiques à celui-ci par l'État d'origine. Dans le cas des actes institutionnels, ce sont ces derniers qui sont à l'origine de la situation et les effets juridiques sont prévus d'abord par d'autres règles de droit et ensuite par lui-même. Toutefois, la distance se retrécit si on considère qu'en droit international privé, la situation doit être *crystallisée*⁴⁷¹. On considère que seule l'intervention d'une autorité publique peut sceller les effets d'une situation à reconnaître :

⁴⁶⁹ V. *supra*, par. 228.

⁴⁷⁰ France, Conseil d'État, avis, 4 oct. 2010, *Bislimi*, préc., note 390 (nous soulignons).

⁴⁷¹ P. Mayer, « La reconnaissance : notions et méthodes », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *op. cit.*, note 466, pp. 32-33.

« Pour pouvoir être reconnue, la situation doit avoir pris une certaine forme qui exprime une prise de position d'une autorité de l'État d'origine, par exemple une décision de justice ou en enregistrement. En l'absence d'une telle 'cristallisation', la reconnaissance manque d'objet et on revient à l'application des normes. En effet, lorsque la situation n'existe que virtuellement d'après les dispositions applicables dans l'État d'origine, son actualisation implique une prise de position de la part de l'État d'accueil, laquelle suppose une application des dispositions concernées. »⁴⁷²

297. Les deux techniques se recoupent également quant à l'objet de la reconnaissance. En droit international privé, il porte et englobe l'ensemble des « effets juridiques [qui] sont attachés à un fait par un État étranger »⁴⁷³. Il en va de même en droit international : il s'agit de reconnaître la compétence normative des organes appartenant à des régimes objectifs ou opérant des qualifications situationnelles ; il s'agit également de reconnaître les effets de ces compétences normatives à l'égard des personnes privées.

298. En droit international privé, comme en droit international public, la reconnaissance de la situation ou de la qualification internationale est un préalable pour la reconnaissance d'autres effets juridiques, déterminés par l'ordre interne du for, en particulier par la règle applicable au litige. La prise en considération repose en effet sur l'intégration de l'acte institutionnel « dans le présupposé de la règle substantielle applicable qui en détermine les effets »⁴⁷⁴. En effet, la consultation des actes institutionnels est déclenchée par la présence, dans la norme applicable, d'un renvoi (implicite ou explicite) à la situation internationale ou d'un concept, défini internationalement, qui a déjà été appliqué par les organes institutionnels à des situations connexes à celles dont le juge est saisi.

299. Mais la reconnaissance n'est pas inconditionnelle : en droit international privé, l'exception d'ordre public ou la fraude à la loi⁴⁷⁵ empêchent la reconnaissance. Dans le cas des actes institutionnels, elle est limitée par le degré d'affectation des personnes privées et, corrélativement, par l'atteinte portée au pouvoir de qualification du juge. Si la reconnaissance affecte très directement le patrimoine juridique des particuliers, le juge n'y accédera pas automatiquement. En revanche, si elle porte sur une situation plus globale, elle sera plus facilement acquise. Dès lors, le juge interne reconnaît volontiers les qualifications

⁴⁷² C. Kohler, « La reconnaissance des situations dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *in ibid.*, p. 71.

⁴⁷³ P. Lagarde, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations », *op. cit.*, note 467, p. 19, citant une loi néerlandaise qui prévoit la reconnaissance des situations.

⁴⁷⁴ P. Mayer, « Les lois de police étrangère », *JDI*, 1981, p. 307.

⁴⁷⁵ P. Mayer, « La reconnaissance : notions et méthodes », *op. cit.*, note 471, pp. 23-24.

situationnelles, mais multiplie les conditions de reconnaissance des qualifications individuelles.

300. Les méthodes de la reconnaissance en droit international public et privé diffèrent cependant quant aux raisons conduisant à l'octroi de celle-ci : selon Paul Lagarde, en droit international privé, elle vise principalement à palier une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties et la sécurité juridique⁴⁷⁶. Pour les actes institutionnels, la reconnaissance signifie surtout que l'ordre interne n'est pas compétent pour régir la situation juridique, alors que l'ordre international l'est. L'acte institutionnel pris en considération est simplement l'expression normative de la volonté de l'organe compétent pour régir cette situation. À défaut d'obligation juridique de prendre en considération les actes institutionnels, c'est du moins une nécessité empirique, un principe de réalisme qui dirige le juge interne vers la prise en considération. Il existe en outre une motivation de politique juridique dont il est difficile de faire abstraction : le juge interne ne veut pas être un obstacle à l'accomplissement des obligations internationales de l'État. Selon Jean Matringe, telle est la différence essentielle qui sépare la prise en considération en droit international privé de celle des actes institutionnels :

« [I]l ne faut pas oublier que l'ignorance d'un tel acte engage la responsabilité internationale de la France. Le contexte n'est donc pas identique et doit conduire à une différence d'appréhension des motifs et du régime de la considération de l'acte ou de la norme allogène et de la question de l'efficacité de celle-ci selon qu'ils sont étrangers ou internationaux. »⁴⁷⁷

301. Manuel Devers va encore plus loin et considère le risque d'engagement de la responsabilité internationale comme la justification inhérente à la prise en considération :

« La réalité de la norme internationale tient au fait que le droit international, en tant qu'ordre juridique, organise les conséquences juridiques attachées à la violation des règles que les États se sont rendus opposables. Or c'est la conscience ou 'l'intuition' que le juge a de ces conséquences qui fonde la prise en considération des normes internationales. Le juge interne tient compte de la norme internationale car sinon il engagera la responsabilité internationale de l'État dont il est l'organe. »⁴⁷⁸

302. L'idée du juge interne-gardien de la responsabilité internationale de l'État paraît séduisante, mais se vérifie peu en pratique. En effet, la possibilité de l'engagement de la responsabilité internationale de l'État pour violation d'un acte institutionnel est à la fois

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ J. Matringe, « Les actes unilatéraux des organisations internationales devant le juge français », in G. Cahin, F. Poirat et S. Szurek (dir.), *La France et les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2013, p. 117.

⁴⁷⁸ M. Devers, « La responsabilité des entreprises multinationales pour fait internationalement illicite », in A. Peters, M. Devers *et al.* (dir.), *Les acteurs à l'ère du constitutionnalisme global*, « Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, n° 33 », Paris, Société de législation comparée, 2014, p. 169.

lointaine et incertaine. D'abord, en raison des mécanismes rudimentaires du droit international en la matière. Ensuite, les actes institutionnels, même lorsqu'ils sont obligatoires, peuvent laisser aux États une telle marge de manœuvre pour la mise en œuvre interne que leur violation devient très difficile à établir⁴⁷⁹. Du reste, les normes que les juges sont appelés à prendre en considération, du fait de leur texture ouverte, ne se prête pas toujours à une appréhension en termes de violation ou respect. De plus, la prise en considération interprétative ne se limite pas aux normes obligatoires, les seules susceptibles de fonder la responsabilité pour fait illicite. Il n'y a ici que quelques raisons pour ne pas considérer la perspective de la responsabilité comme la motivation primaire de la prise en considération des actes institutionnels.

303. Les motivations du juge sont en effet plurielles, mais s'il faut opter pour un fondement unique, celui de « relevance » paraît le plus convaincant. Il n'a pas la rigueur positiviste de la responsabilité, mais c'est justement sa souplesse qui permet d'expliquer un phénomène aussi pluriel que celui de la prise en considération. En droit international privé, il se reflète dans la condition de proximité⁴⁸⁰, qui exige d'identifier l'ordre juridique le mieux placé pour régir une situation. Paul Lagarde relie cette condition à « la compétence indirecte. L'idée est que l'État d'origine doit avoir eu un certain titre à créer cette situation »⁴⁸¹. La reconnaissance des situations est un aveu que l'ordre juridique tiers est plus apte à régir une situation. De même, en droit international public, la reconnaissance des situations et des qualifications institutionnelles est dépendante de l'existence d'un titre au bénéfice de l'organisation auteur de l'acte. Il faut donc que l'acte normatif considéré par l'ordre interne relève des compétences de l'organisation et qu'il entretienne un lien matériel avec la situation juridique dont le juge est saisi. Jean Matringe partage également ce point de vue :

« Ce qui paraît à l'œuvre ici et qu'il convient de retenir (...) est l'idée selon laquelle le juge tient compte de l'existence dans l'ordre international de la résolution dans la mise en œuvre des normes étatiques qu'il doit appliquer. Plus précisément, il attache à cette existence des conséquences qui ne valent que dans la mesure où elles sont pertinentes (« relevantes ») dans la mise en œuvre à titre principal d'une norme nationale puisque c'est sur le fondement du droit national que la résolution est considérée. »⁴⁸²

⁴⁷⁹ V. *supra*, pars. 69 et s.

⁴⁸⁰ P. Lagarde, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations », *op. cit.*, note 467, p. 22.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² J. Matringe, « Les actes unilatéraux des organisations internationales... », *op. cit.*, note 477, p. 119.

304. Le concept de « relevance »⁴⁸³ est alternativement utilisé pour traduire cette même idée. Pierre Mayer l'a popularisé dans son cours à l'Académie de droit international⁴⁸⁴, mais il est dû à Santi Romano, qui y voyait un critère transversal de reconnaissance, qui transcende la distinction privatiste/ publiciste. On peut rappeler les termes limpides de son analyse :

« Il (...) nous paraît inexact de dire que tout ordre ne considère comme juridiques que ses propres normes et regarde comme irrelevantes toutes les autres en tant que telles : (...) mais on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas le reconnaître comme ordre juridique, ne fût-ce que dans une certaine mesure, pour certains effets et avec les qualités qu'il peut juger opportun de lui conférer. *Même, il faut observer que pour lui conférer celles-ci (...) il est parfois nécessaire de le reconnaître comme un ordre juridique et non comme un simple fait.* »⁴⁸⁵

305. Michel Virally identifie également la reconnaissance comme centrale aux relations entre les ordres juridiques :

« Il est tout à fait erroné de poser en postulat comme l'a fait Anzilotti, que 'toute norme n'a de caractère juridique que dans l'ordre dont elle fait partie'. (...). [R]ien n'empêche qu'un autre ordre juridique reconnaisse cette situation lorsque les conséquences juridiques qui en découlent peuvent être, *de facto*, invoquées devant lui, ce qui se produit très souvent. Tout le droit international privé ou, en tout cas, la théorie des conflits de lois, s'est édifié à partir de la reconnaissance, par un droit étatique donné – c'est-à-dire par les tribunaux qui en relèvent – de l'existence d'ordres juridiques étrangers, et de la validité des normes les composant, lesquelles peuvent, dans certains cas, être appliquées par ces tribunaux. »⁴⁸⁶

306. Santi Romano et Michel Virally insistent ainsi sur le fait que la reconnaissance d'un ordre juridique par un autre ne range pas le premier dans la catégorie des faits juridiques. En effet la prise en considération ne relègue pas forcément les actes institutionnels dans le monde indifférencié des faits juridiques.

⁴⁸³ Pour une critique du choix du néologisme « relevance », synonyme selon lui au vocable français « pertinence ». V. J. Salmon, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, note 423, pp. 299-302.

⁴⁸⁴ Dans son cours à l'Académie de La Haye, P. Mayer mit d'ailleurs l'accent sur ce concept, à ses yeux, essentiels à la coordination des ordres juridiques (« Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé : cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 327, 2007, pp. 52-54 et 116-118).

⁴⁸⁵ S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. française de la 2^e éd. par Lucien François et Pierre Gothot, 2^e éd., 1975, p. 107.

⁴⁸⁶ M. Virally, « Sur un pont aux ânes. Sur le rapport entre droit international et droits internes », in M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, p. 109.

§ 2. Critique de l'approche exclusivement factuelle des actes institutionnels non incorporés

307. Le *dictum* de la Cour de cassation française dans l'affaire *Dumez* – « à défaut [d'effet direct, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies] peuvent être prises en considération par le juge en tant que fait juridique »⁴⁸⁷ – est devenu la mantra des analyses portant sur le statut des actes institutionnels⁴⁸⁸. La formule est déconcertante et sa force explicative impénétrable. Certes, aux oreilles internationalistes, elle n'est que l'écho d'un *dictum* encore plus célèbre de la Cour permanente de Justice internationale :

« Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. »⁴⁸⁹

308. Mais il n'y a pas d'équivalence possible entre les deux jurisprudences. La formule de la Cour permanente, pour contradictoire qu'elle paraisse de prime abord – car c'est une contradiction que de définir les faits comme des manifestations de volonté, les dernières étant l'élément essentiel des actes juridique... – est, somme toute, logique dans le système international. En effet, elle traduit l'interdiction de la modulation unilatérale des engagements internationaux :

« Le droit national ne crée ni droit ni obligation dans les rapports entre les sujets de droit international pour la simple raison, facile à comprendre, que les normes qu'un État se donne à lui-même ne sont pas opposables à un autre État : ni la loi, ni la constitution, ni les règlements, aucune norme de droit interne n'est susceptible de créer des droits ou des obligations dans les rapports entre des sujets de droit international, donc dans l'ordre juridique international. C'est ce que signifie la formule, un peu déconcertante, selon laquelle dans l'ordre international ou au regard international, le droit national n'est pas du droit, mais du fait. »⁴⁹⁰

309. Rien de tel dans les rapports entre l'ordre étatique et l'ordre international : le dernier impose des obligations au premier, même s'il lui laisse le libre choix quant aux modalités de leur mise en œuvre. L'approche situationnelle prônée par la doctrine française apparaît

⁴⁸⁷ France, Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 25 avr. 2006, *État irakien c. Soc. Dumez GTM et autre*, n° 02-17.344.

⁴⁸⁸ V. note de M. Cosnard sous *Dumez I*, *op. cit.*, note 315, p. 49 ; L'avocat général J.-D. Sarcelet, dans l'affaire *Dumez II* (Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 25 avr. 2006, *État irakien c. Soc. Dumez GTM et autre*, n° 02-17.344) se réfère extensivement au commentaire du Professeur Cosnard (v. Avis de l'Avocat général, J.-D. Sarcelet, « Le statut des résolutions du Conseil de sécurité en France », *RGDIP*, vol. 110, 2006, pp. 953-954) ; J. Matringe, « Les actes unilatéraux des organisations internationales... », *op. cit.*, note 315, pp. 85-122, *passim*.

⁴⁸⁹ CPJI, arrêt, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond), *Série A*, n° 7, p. 19.

⁴⁹⁰ R. Abraham, « L'articulation du droit interne et du droit international », in G. Cahin G. *et al.* (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 257. Pour une critique de cette formule absolutiste, v. aussi J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford : OUP, 8^e éd., 2012, pp. 52-54 ; E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2011, pp. 379-380.

toutefois inopportune : d'abord parce qu'elle est casuiste et fragmentaire. Elle consiste en un catalogue d'exemples aussi difficiles à classer qu'à analyser ; elle repose en outre entièrement sur une négation de la portée normative des actes institutionnels dans les ordres internes. Pour autant que cette conception sans nuances, très civiliste, équivaille à nier la normativité des actes institutionnels, elle n'emporte pas la conviction. Si la Cour de cassation faisait implicitement référence au *dictum* de la Cour permanente, cet exemple montre une fois de plus les risques de confusion qu'engendrent les maximes d'emprunt.

310. La doctrine voit dans ces *dicta* (de la CPJI et de la Cour de cassation) la formule qui synthétise le mieux le dualisme/pluralisme et la séparation des ordres juridiques⁴⁹¹. Cependant, les réflexions de Santi Romano⁴⁹² montrent superbement que la séparation des ordres juridiques n'entraîne pas la négation de leur normativité respective. Le Doyen Carbonnier met également en garde contre une approche trop dogmatique de la séparation entre fait et droit :

« *Ce qui appartient à l'hypothèse du non-droit, ce sont les situations de fait à l'état pur ; considérées avant les effets juridiques que des législations spéciales ou la jurisprudence ont pu y accrocher artificiellement. Mais toutes les situations de fait dont on établit le catalogue sont-elles susceptibles d'être ainsi appréhendées dans une espèce de 'factualité' pure ? (...) Il est des éventualités où la situation de fait prise en considération était, d'intention première, une situation de droit, mais elle a déchu au rang du fait par suite de quelque obstacle juridique. (...) Une des parties au moins avait voulu créer du droit ; quoiqu'elle n'y ait pas réussi, le droit lui accorde une fraction de ce qu'elle a voulu faire. Cette survie partielle des effets d'un acte malgré son inefficacité de principe, c'est du droit, et même de la technique juridique, non point de non droit.* »⁴⁹³

311. De la même manière, pour les actes institutionnels, l'exigence d'incorporation spéciale est une condition pour qu'ils puissent produire leurs pleins effets dans l'ordre interne d'accueil, mais elle n'est pas la limite de leur portée normative. Plusieurs indices de nature technique fortifient le constat que, même en l'absence d'effet direct, l'acte institutionnel est pris en considération en tant que norme :

⁴⁹¹ A. Pellet, « Avant-propos », in L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, *et al.* (dir.), *Les interactions normatives - Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012 ; reproduit in A. Pellet, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, *op. cit.*, note 364, p. 356 ; J. Matringe, « Les actes unilatéraux des organisations internationales... », *op. cit.*, note 315, pp. 97 et 115.

⁴⁹² V. *supra*, par. 304. La séparation du fait et du droit est un thème majeur de la théorie du droit, qu'il est impossible de systématiser en quelques paragraphes. On se contente ici de renvoyer aux réflexions d'auteurs célèbres (v. ainsi M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, Université Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2010, pp. xvi-xxii et pp. 12-16 ; J. Combacau « L'écoulement du temps », in SFDI – Colloque de Paris, *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 80-81).

⁴⁹³ J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 35 (nous soulignons).

- lorsqu’il sert à trancher des questions préalables, il fournit la norme de décision pour celles-ci. Il importe peu que la question ainsi tranchée ne soit pas la question principale posée au juge :
- l’interprétation des actes institutionnels s’intègre au processus de décision des questions préalables. Or, les juges n’interprètent pas les faits, mais les actes juridiques. La correcte interprétation ou la dénaturation de ces textes est d’ailleurs vérifiée par les juges suprêmes en France⁴⁹⁴.
- l’acceptation de l’invocabilité descendante est également un indice de la normativité de ces actes, perçus comme source de pouvoirs pour les autorités internes ;
- en France, les décisions qui prennent en considération les actes institutionnels insèrent ceux-ci parmi les visas. Or, même si l’écriture des visas n’obéit pas à une logique uniforme, il est certain qu’elles ne contiennent des références qu’aux normes et non pas aux faits juridiques :

« [L]es visas des textes, du moins en théorie, lorsqu’ils entretiennent un lien étroit avec le raisonnement du juge et la solution retenue, peuvent être compris comme constituant le fondement juridique de l’arrêt. *Au cas contraire, ils auront une simple fonction justificatrice d’une solution découverte par le juge.* La pratique par le Conseil d’État des visas peut, semble-t-il, se situer entre ces deux extrémités. Quelques fois, intimement unis avec la solution retenue (qui constitue par exemple une interprétation du texte visé ou une précision relative à ses conditions d’application ou aux recherches que doit effectuer le juge du fond pour appliquer le texte sans encourir de censure), les textes visés peuvent être compris comme le fondement de la décision. D’autres fois, parce que le lien se fait alors très lâche, comme un élément de justification, le plus souvent néanmoins, ils peuvent s’analyser comme des éléments d’information sur le contexte juridique du litige et, plus simplement, sur des textes dont le juge a eu explicitement ou implicitement à faire application. »⁴⁹⁵

Les actes institutionnels mis dans le visa ne constituent pas le fondement de la décision, mais entretiennent toutefois un lien étroit avec le raisonnement du juge.

*

312. L’exigence d’incorporation a pour corollaire l’impossibilité pour les personnes privées de s’en prévaloir ; elle ne signifie pas que la normativité se réduise à l’application de ces actes à la situation des personnes privées. La prise en considération des actes institutionnels, sans

⁴⁹⁴ V. France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 17 févr. 2010, *Carré d’As*, préc. note 410.

⁴⁹⁵ L. Teresi, « Remarques sur la lecture des arrêts de cassation du Conseil d’État », *RFDA*, n°1, 2010, pp. 99-115, par. 9

égard à leur absence d'incorporation, démontre qu'il existe une reconnaissance de leur normativité en dehors du droit international. Elle accrédite ainsi l'idée que le juge interne tient compte du fait que la force normative des actes institutionnels s'acquiert sur le plan international. Dès lors, la prise en considération rend compte :

- des interactions entre le droit institutionnel et les autres sources formelles du droit international,
- des interactions avec les sources formelles de l'ordre interne – hypothèse de la prise en considération interprétative ;
- du fait que certains des effets ne sont pas censés se réaliser dans l'ordre interne de l'État du for – hypothèse de la reconnaissance des situations ou des qualifications.

Dans toutes ces hypothèses, tribut est payé à la volonté de l'auteur de l'acte institutionnel, puisque bien des effets ainsi reconnus sont des effets recherchés par l'auteur de l'acte. Dans cette hypothèse, la persévérance de leur qualification comme « fait juridique » obscurcit plus qu'elle ne permet de comprendre la nature et les manifestations de la prise en considération.

Conclusion du Titre 2

313. L'efficacité normative des actes institutionnels dans les ordres internes se mesure d'abord à l'aune de leur aptitude à fournir la norme de décision dans des situations impliquant les personnes privées. Elle ne peut se réaliser que par le biais de l'incorporation des actes institutionnels dans les ordres juridiques internes. En effet, tous les ordres juridiques, quelles que soient les traditions dans lesquelles ont mûri leurs rapports avec le droit international, se refusent à admettre l'applicabilité immédiate des actes institutionnels. Les ordres de tradition dualiste s'inspirent des concepts de « réception » forgés à l'adresse des traités internationaux, tandis que les ordres de tradition moniste ont détourné la théorie de l'effet direct pour en faire une théorie de l'(in)applicabilité immédiate. On peut croire à un triomphe du dualisme, mais ce « triomphe » serait bien éloigné du dogme des pères fondateurs, qui voyaient dans la réception une transformation, une novation du droit international. L'incorporation du droit institutionnel doit être analysée, au contraire, comme une « transposition » de celui-ci dans les ordres juridiques internes, un moyen à la fois d'adaptation au contexte constitutionnel national et d'exécution par les États de leurs obligations institutionnelles, prévue par les actes internationaux eux-mêmes et par le contexte de coopération dans lequel ils s'inscrivent.

314. Qui plus est, la posture dualiste rend très difficile la compréhension des phénomènes de reconnaissance interne de certains effets du droit institutionnel, qui ne sont pas conditionnés par l'incorporation. La prise en considération des actes institutionnels se fait essentiellement sur la base de leurs effets *normatifs*. En effet, il suffit d'accepter que l'acte institutionnel n'a pas toujours pour fonction de modifier le patrimoine juridique des particuliers, qu'il peut créer des régimes objectifs ou revêtir une fonction déclarative du droit existant, pour comprendre la portée normative de la prise en considération. Le droit institutionnel n'est appréhendé que dans des hypothèses assez limitées sous un angle purement factuel sans aucun égard pour les effets de droit recherchés par son auteur.

*

315. Il convient en effet de « sortir de l'irritante alternative dualisme/monisme »⁴⁹⁶ pour comprendre l'attitude du juge interne à l'égard du droit. En effet, qu'il soit de souche moniste ou dualiste, le juge appréhende invariablement la question de la détermination de la force normative selon la logique du droit international et se prononce rarement sur la valeur obligatoire ou recommandatoire des actes. En revanche, il se montre très ouvert à la *soft law*, dont il révèle les effets normatifs dans l'interaction avec les autres sources du droit international. Pareillement, l'efficacité interne du droit institutionnel est indifférente à ces catégories pédagogiques : l'incorporation est une condition *sine qua non* de la réalisation de la plénitude des effets du droit institutionnel dans les ordres internes. Et la prise en considération est le fruit des fonctions des actes institutionnels et non des constructions dogmatiques. Le même mouvement convergent s'observe dans le positionnement du droit institutionnel dans l'ordre juridique interne.

⁴⁹⁶ D. Alland, *Anzilotti et le droit international public*, Paris, Pedone, 2012, p. 89.

***Seconde partie – La situation du droit institutionnel dans les ordres
juridiques internes***

1. Situer le droit institutionnel dans les ordres juridiques internes revient à établir la place qu'il y occupe. On peut envisager cette place sous un angle statique, en décrivant les relations qu'il entretient avec les autres normes de l'ordre juridique interne, relations qui se révèlent surtout en cas de conflit (Titre 3). Mais on peut également s'attacher à une analyse diachronique, qui prend en compte les effets du contrôle juridictionnel sur le destin interne du droit institutionnel (Titre 4).

TITRE 3. Les solutions aux conflits entre le droit interne et les normes institutionnelles

2. D'après Kelsen, « [un] conflit entre deux normes existe quand ce que l'une pose comme obligatoire est incompatible avec ce que l'autre pose comme obligatoire, et quand donc l'obéissance ou l'application de l'une des deux normes implique de façon *nécessaire* ou *possible* la violation de l'autre »¹. Le juriste, surtout interniste, adepte de Kelsen et, par là même, du positivisme², a pour habitude de chercher la résolution de ces conflits dans la hiérarchie des normes. La théorie de la hiérarchie des normes conçoit l'ordre juridique comme « une pyramide d'actes juridiques s'ordonnant de manière cohérente parce que les actes dits inférieurs [sont] parfaitement conformes matériellement aux actes dits supérieurs »³. C'est la vulgate dominante, aussi partagée que décriée⁴. Dans cet ordonnancement hiérarchique, les conflits de normes se résolvent soit par la nullité de la norme inférieure, soit, au moins, par sa mise à l'écart dans le cadre d'une procédure donnée, ou éventuellement par l'engagement de la responsabilité de l'organe à qui la norme inférieure contraire est imputable.

3. En fait de rapports de systèmes, l'allégeance kelsenienne s'est traduite par des tentatives persistantes à assurer aux normes internationales la place qui leur est dévolue *par* et *dans* l'ordonnancement juridique interne. Selon le modèle pluraliste, c'est l'ordre juridique interne qui régit et résout cette question, à travers des dispositions constitutionnelles expresses – à l'instar de l'article 55 de la Constitution française – et/ou à travers des principes jurisprudentiels, comme c'est le cas dans les pays de la *common law*. Toutefois, la question du statut interne des normes internationales a été regrettamment renfermée dans la logique hiérarchique, l'enjeu étant plus précisément de savoir si les normes externes peuvent l'emporter sur la loi, et donc sur la volonté du Parlement, qui demeure – du moins en théorie – le dépositaire de la souveraineté nationale. C'est ainsi qu'en France, les arrêts *Société « Cafés Jacques Vabre »*⁵, *Nicolo*⁶ et *Aquarone*⁷ sont perçus comme fondateurs, en ce qu'ils clarifient

¹ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 161 (italiques dans l'original).

² Sur la généralisation de la pensée positiviste, v. E. Jouannet, « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *AFDI*, vol. 46, 2000, spéc. pp. 13-23.

³ E. Millard, « La hiérarchie des normes », *Revus*, n° 21, 2013 (disponible égal. en ligne : <http://revus.revues.org/2681>), p. 165, notes de bas de page omises.

⁴ V. not. *ibid.* ou encore O. Pfersmann, « Hiérarchie des normes », in D. Alland et S. Rials (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 779-783.

⁵ Cour de cassation, Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabres*, n° 73-13556, *Bulletin* n° 4, p. 6, concls. A. Touffait.

la place hiérarchique des normes conventionnelles, respectivement coutumières, internationales, alors qu'il ne s'agit évidemment pas des premiers cas où des demandes fondées sur des normes internationales ont été considérées recevables. Selon ce même raisonnement, la suprématie de la Constitution (écrite ou coutumière) ne saurait être remise en cause. Elle relève du postulat logique, à moins de désagréger les fondements sur lesquels repose la hiérarchie elle-même.

4. La justesse du paradigme tout hiérarchique est cependant contestée. La résistance vient de la théorie du droit en général⁸ ; elle revêt toutefois une acuité particulière lorsque l'étude porte sur les rapports de systèmes⁹. Des facteurs endogènes et exogènes justifieraient un changement de paradigme. Un des facteurs endogènes les plus significatifs est l'importance acquise par la théorie de l'effet direct : les juges internes considèrent que seuls les traités revêtus d'effet direct sont immédiatement efficaces dans l'ordre interne. Quant à ceux qui en sont dépourvus, ils estiment qu'ils n'ont pas à se prononcer sur la question de leur statut hiérarchique, puisqu'ils en ont écarté l'invocabilité interne. La réponse serait en effet sans conséquence sur le procès en cours. Le juge pourrait aller jusqu'à considérer que ces traités sont dépourvus de toute juridicité, du moins dans l'ordre interne¹⁰. Parmi les facteurs exogènes, le plus marquant est sans doute la pénétration du droit des ordres juridiques intégrés dans les systèmes juridiques nationaux¹¹. On pense d'abord à l'impact du droit de l'Union européenne sur la perception des rapports de système dans les États membres. La situation des organisations régionales de défense des droits de l'homme n'est pas radicalement différente, *a fortiori* lorsqu'elles sont dotées d'une cour permanente qui veille à l'interprétation et à l'application de la convention fondatrice. Ces ordres intégrés s'accommodent mal d'une

⁶ Conseil d'État, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Lebon*, p. 748, concls. Frydman.

⁷ Conseil d'État, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, *Lebon*, p. 206, concls. G. Bachelier.

⁸ Par ex., P. Amserek, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in A. Roux, R. Ghevontian *et al.* (dir.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 983-1014 (égal. publié dans la *Revue de la Recherche Juridique*, n° 2, 2007, pp. 557-581).

⁹ M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné. Les Forces imaginantes du droit (II)*, Paris, Seuil, 2006, 324 p. pp. 39 et s. ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, 1^{er} retraitage, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 597 p. Pour une analyse plus ciblée sur le discours juridique aux États-Unis, v. Ralph G. Steinhardt, pour qui la domination de cette approche relève de la « pathologie » (in « The Role of International Law as a Canon of Domestic Statutory Construction », *Vand. L. Rev.*, vol. 43, 1990, p. 1109).

¹⁰ V. en ce sens, F. Latty, commentaire de l'arrêt Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître, 2015, pars. 18-22.

¹¹ V. à ce sujet le petit livre publié par B. Bonnet, qui plaide en faveur de l'abandon du paradigme de la hiérarchie en se fondant – malheureusement quasi exclusivement – sur la place, pourtant spécifique, qu'occupe le droit de l'UE dans l'ordre juridique français (*Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, 208 p.).

primauté partielle et conditionnelle. Partant, les ordres internes n'ont eu de cesse de bricoler la pyramide pour assurer au droit d'intégration son efficacité maximale.

5. Sans porter spécifiquement sur la source institutionnelle, ces réflexions sont néanmoins d'une grande pertinence pour la présente étude. En premier lieu, parce que la théorie de l'effet direct s'érige en rempart à la fois contre l'applicabilité immédiate des actes institutionnels et contre leur insertion dans les jeux hiérarchiques. Les actes institutionnels ont la même force ou moins que les traités dépourvus d'effet direct. Pour ces derniers, il est établi que :

« The domestic courts will have regard to unincorporated treaties to which the United Kingdom is signatory in circumstances, inter alia, (a) where it is possible to construe legislation compatibly with the United Kingdom's treaty obligations on the basis that Parliament intends to legislate with the international obligations undertaken by the executive; (b) in accordance with the principle of legality, in relation to the scope of the powers delegated to the Secretary of State and the immigration officers and (c) where the treaty codifies customary international law which forms part of the common law. »¹²

6. En effet, ce n'est pas seulement leur invocabilité qui est déniée¹³ ; leur force normative même est sujette à interrogations¹⁴, contrairement aux traités dépourvus d'effet direct. Cette double amputation, de force normative et d'efficacité interne, laisse toutefois place à des formes non hiérarchisées de mise en cohérence du droit interne et du droit institutionnel. L'interprétation conforme en est la forme la plus aboutie, car « *[it does not make] any distinction between self-executing and non-self-executing treaties. As such, courts have interpreted the canon to breathe life into non-self-executing treaties* »¹⁵. Il en va de même des actes institutionnels.

7. En second lieu, parce que les ordres intégrés sont eux-mêmes des lieux de réception du droit institutionnel et ainsi vecteurs de son applicabilité dans les ordres juridiques nationaux. L'exemple le plus frappant en est l'incorporation des résolutions du Conseil de sécurité par des actes de l'Union européenne. Le conflit normatif est dès lors traité au niveau régional, avant qu'il ne fasse mouche dans les ordres juridiques nationaux. Par la suite, lorsque les juges internes (ou d'autres autorités nationales) appliquent le droit européen qui

¹² Royaume-Uni, Chambre des Lords, 10 déc. 2004, *Regina (European Roma Rights Centre) v Immigration Officer at Prague Airport and another*, Appeal, (2004) UKHL 55 et la jurisprudence citée.

¹³ V. *supra*, Chapitre 4, pars. 181 et s.

¹⁴ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 63 et s.

¹⁵ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford, OUP, 2012, p. 80.

incorpore les actes institutionnels, ils ne peuvent que se plier aux solutions dégagées par les juges européens. Il existe également des phénomènes de mimétisme jurisprudentiel : des juges nationaux (canadien¹⁶ ou singapourien¹⁷, par exemple) s'inspirent ouvertement des solutions aux conflits normatifs dégagées par les juges d'autres ordres juridiques (de Luxembourg, en l'occurrence) ou l'inverse¹⁸.

8. On est ainsi au cœur des réseaux normatifs, où des « solutions pragmatiques d'ajustement et de coordination s'imposent. (...) Tout se passe (...) comme si, dans ces situations de 'polysystémie simultanée', marquées par l'intrication des pouvoirs et l'enchevêtrement des normes, l'impératif fonctionnel de la coordination l'emportait sur l'exigence logique de hiérarchisation »¹⁹.

9. La coordination apporte en effet des réponses décisives aux conflits potentiels ou réels entre les actes institutionnels et le droit interne. S'ils ont dénié aux premiers le statut de source de droits subjectifs et, à un certain degré, même celui de source de droit objectif, les juges internes n'ont pas pour autant évacué la question des conflits. Celle-ci ressurgit lorsqu'ils doivent déterminer le régime interne des actes d'incorporation des obligations institutionnelles. Elle émerge encore plus lorsque le juge n'applique formellement que le droit interne à une situation qui est cependant affectée par des obligations institutionnelles. Dans ces situations, le juge interne garde à l'esprit le devoir de participer à l'exécution des obligations internationales de l'État, ou du moins de ne pas en empêcher la réalisation²⁰. À cela s'ajoute une volonté de certaines juridictions d'ancrer dans l'universel leurs solutions,

¹⁶ Canada, Cour fédérale, Ottawa, 4 juin 2009, *Abousfian Abdelrazik c. le Ministre des affaires étrangères et le Procureur général du Canada*, 2009 CF [580], disponible en ligne : <http://recueil.cmf.gc.ca/fra>.

¹⁷ Singapour, High Court, 31 janv. 2011, *The Sahand case*, [2011] SGHC 27, *Singapore Law Reports*, vol. 2, 2011, p. 1107, par. 70.

¹⁸ V. not. TPIUE, 30 sept. 2010, *Kadi c. Commission (Kadi II)*, aff. T-85/09, *Rec.*, 2010, p. II-5177, par. 122, renvoyant à l'arrêt *Abdelrazik* (préc., note 16) de la Cour fédérale canadienne.

¹⁹ F. Ost et Michel van de Kerchove, *op. cit.*, note 9, p. 68. La présente étude doit en effet beaucoup aux réflexions denses et méthodiques de François Ost et de Michel van de Kerchove, qui fournissent les bases conceptuelles pour libérer les rapports de système du dictat du modèle pyramidal. Pour rappel, « la thèse fondamentale de [leur] ouvrage est que, de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation. » (*ibid.*, p. 14).

²⁰ Comme le notait R. Steinhardt, « *Outright repudiation of international law by legislation or by executive act is the exceptional case, both because the political branches are generally unwilling to be perceived as violating international law and because the courts are reluctant to find a conflict that triggers the supremacy axioms* », (*op. cit.*, note 9). La coordination des ordres juridiques est également un concept-clé mis en avant par G. Sperdutti, « *Dualism and Monism : a Confrontation to be Overcome* », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 3, 1977, p. 49 ; la théorie a été également développée par P. Mayer, pour les rapports de droit international privé cependant (v. Le phénomène de la coordination des ordres juridiques, *RCADI*, vol 327, 2007, pp. 116-118).

quand bien même celles-ci seraient-elles fondées sur le droit interne. L'harmonisation du droit interne et du droit international est en effet visible dans le cas des normes substantielles partagées par plusieurs sources, appartenant à plusieurs ordres juridiques. On renvoie ici au phénomène, somme toute ancien, mais sans cesse croissant, des principes et concepts transnationaux.

10. La coordination des ordres juridiques prend la forme d'une recherche de conciliation, qui l'emporte souvent, mais pas toujours, sur les réflexes d'exclusion, propres à la logique hiérarchique. La conciliation est principalement le fruit de l'interprétation par le juge des textes dont il est saisi. En cela, l'interprétation conciliatrice est un principe structurant les rapports de systèmes ancré plus largement dans l'art de juger. En effet, pour reprendre les termes limpides du juge Gilbert Guillaume, lorsqu'un juge, national ou international,

« est saisi par un plaideur d'une argumentation selon laquelle une norme doit être écartée comme incompatible avec une autre norme, [il] procède généralement en deux temps :

1) Il recherche en premier lieu le sens et la portée des normes invoquées en vue de déterminer si elles peuvent être conciliées par une interprétation appropriée.

2) Si une telle conciliation se révèle impossible, le juge constate dans un second temps qu'il se trouve face à deux normes incompatibles »²¹.

11. Telle est la méthode généralement suivie, car si le juge « découvrira que le respect de l'une et de l'autre [norme] est simultanément possible, [cela] revient à dire que le conflit n'est qu'apparent »²². La conciliation est évidemment préférée au conflit de normes, qu'il s'agisse de normes internes ou internationales, ou d'une confrontation entre les deux. Si elle est depuis longtemps à l'œuvre à l'égard de la source conventionnelle, elle permet également de concilier le droit interne et les actes institutionnels. À cet égard, l'influence de l'interprétation conciliatrice est d'autant plus grande que les ordres internes n'ont pas forgé de solutions hiérarchiques claires à l'égard des actes institutionnels²³.

12. En présence d'un conflit potentiel ou apparent, le premier devoir d'un juge est de le contourner, en conciliant le sens de la norme interne avec celui de la norme institutionnelle. Plus qu'une disposition naturelle des juges, la conciliation à travers l'application du principe

²¹ G. Guillaume, « Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales. Avis d'*amicus curiae* », *RFDA* 2012, p. 20.

²² G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 mai et 26 mai au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 49.

²³ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 112 et s.

d'interprétation conforme, mais aussi par des interprétations croisées, est une technique qui met de l'ordre dans les rapports de systèmes (Chapitre 5). Comme le notait Jean Salmon, « [l]a constatation de l'existence comme de l'inexistence d'une antinomie est déjà le résultat d'une décision de celui qui doit appliquer les normes (...). En niant l'existence d'un conflit entre deux règles, et en prétendant qu'une seule est applicable aux faits de la cause, on se dispense d'appliquer les règles de solution des antinomies »²⁴. Ce n'est qu'en présence d'une limite irréductible de l'interprétation conforme que les juges internes se tournent vers des principes assurant à l'une de ces normes la priorité d'application, sans pour autant remettre en cause la reconnaissance interne de la norme institutionnelle ou sa validité internationale (comme ce serait le cas selon un pur raisonnement hiérarchique) (Chapitre 6).

²⁴ J. Salmon, « Le fait dans l'application du droit international public », *RCADI*, vol. 175, 1982, p. 346. Pour une application jurisprudentielle explicite de ce raisonnement, v. CrEDH, Grde. Ch., 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, pars. 196-197.

Chapitre 5. L'évitement des conflits potentiels par le biais de l'interprétation

13. Selon une conception largement répandue, l'interprétation judiciaire n'est qu'un acte de connaissance du droit « aussi peu capable de créer des normes juridiques (c'est-à-dire les faire devenir valides) que de supprimer la validité des normes, [et partant] l'interprétation ne peut pas fournir la solution d'un conflit de normes »²⁵. En France, l'aphorisme de Montesquieu, selon lequel les juges « ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur »²⁶ est devenu parole d'évangile. Mais l'on pourrait, contre le penseur politique Montesquieu, invoquer le philosophe Montaigne : « [L]'opinion de celui-là ne me plaît guère qui pensait, par la multitude des lois, brider l'autorité des juges, en leur taillant leurs morceaux. Il ne sait point qu'il y a autant de liberté et d'étendue à l'interprétation des lois qu'à leur façon. »²⁷ En réalité, l'office du juge n'a jamais été limité à un rôle effacé de « légidiction mécanique »²⁸. Du reste, son pouvoir à concilier le droit interne et les obligations internationales de l'État ne peut être compris que si on dépasse la vision de l'interprétation comme *acte de connaissance*, pour admettre qu'elle est véritablement un *acte de volonté*²⁹. Car les textes juridiques sont eux aussi des œuvres ouvertes, où « une pluralité de signifiés (...) coexistent en un seul signifiant »³⁰.

14. À cet égard, il n'y a pas lieu de distinguer entre les différentes traditions juridiques, entre les systèmes continentaux et ceux de la *common law*, monistes ou dualistes. Au terme de

²⁵ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, note 1, p. 303. Pour un exposé stylisé de cette conception classique, v. D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, pp.78-81.

²⁶ Montesquieu, *Œuvres. L'esprit des Lois*, Paris, A. Belin, 1817, p. 136.

²⁷ Montaigne, *Essais*, tome 1, L. III, Chap. XIII, « De l'expérience », Paris, Folio, 2009, p. 354.

²⁸ J.-L. Bergel, « Introduction générale », in *L'office du Juge. Actes du colloque co-organisé au Sénat par l'UBO et Paris XIII*, le 29 et 30 sept. 2006, Publications du Sénat, coll. « Les colloques du Sénat », 2008, p. 13.

²⁹ Jean Salmon écrivait à ce titre : « Décider du sens d'une règle, du contenu exact d'un concept, n'est pas matière de connaissance et de vérité, mais de choix. » (« Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, 24, p. 362). Éric Millard donne quelques exemples qui illustrent ce pouvoir interprétatif : « L'interprétation est un acte de volonté, qu'il s'agisse de choisir entre des sens acceptables linguistiquement de l'énoncé (norme explicite) ou de donner un autre sens (norme implicite) ; le recours à un pouvoir plus assumé de poser la norme (implicite), notamment au travers des techniques classiques que sont : l'affirmation d'une lacune imposant ce pouvoir, l'affirmation de la clarté ou de l'obscurité de l'énoncé conditionnant ce pouvoir, la mobilisation d'un principe d'interprétation (ce qui n'est pas expressément interdit par une norme est autorisé par exemple), ou la 'découverte' de principes juridiques non écrits, est aussi un acte de volonté. » (*op. cit.*, note 3, p. 192, notes de bas de page omises).

³⁰ U. Eco, *L'œuvre ouverte*, Paris, Seuil, 1965, p. 9.

l'analyse de plus des quelques 400 arrêts et décisions qui forment la matière de cette étude, on ne peut en effet que souscrire aux observations de Marko Milanovic :

*« There is a powerful tendency in international law towards harmonization and systemic integration that abhors conflicts and seeks to avoid them. Presumptions against conflict and techniques of harmonious interpretation are thus often used by courts, explicitly or implicitly. »*³¹

15. Déceler une tendance ne revient cependant pas à prétendre qu'une pratique générale et uniforme s'est installée. Les traditions juridiques locales continuent à laisser leur empreinte sur la technique judiciaire. Le juge français, qui n'assume pleinement son office interprétatif que depuis 1990³², ne peut être devenu subitement le champion des interprétations conciliatrices. Et ce pour au moins deux raisons : la conciliation par l'interprétation exige du juge qu'il précise et se prononce sur le sens et la portée d'un acte international. Eu égard aux particularités des actes internationaux, certains juges peuvent à juste titre s'estimer démunis face à un tel exercice. En outre, le bon usage de la conciliation normative à travers l'interprétation implique de longs développements analytiques. On sait que, traditionnellement, les arrêts français se présentent comme des affirmations péremptoires, dont le raisonnement ne se dévoile qu'à quelques initiés, et encore, après de longues recherches. Or, l'interprétation conciliatrice s'accommode mal du laconisme dans la motivation des arrêts. Une évolution est cependant constatée, notamment sous l'influence des cours régionales, alors que de hauts magistrats de la Cour de cassation³³, comme du Conseil d'État³⁴, confirment que « le travail du juge se transforme et se recompose sous l'influence (...) de[s] contraintes juridiques exogènes »³⁵. L'objet de cette étude n'est pas de faire état de ces particularismes. On ploierait sous l'ampleur de la tâche, et la démarche cadrerait de toute façon mal avec l'ambition primaire du projet, qui est de comprendre le traitement du droit dérivé des organisations de coopération, au-delà justement des particularismes nationaux. Il n'est pas non plus question de s'illusionner : l'interprétation conciliatrice fait bien partie des

³¹ M. Milanovic, « Norm Conflict in International Law : Whither Human Rights ? », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2009, p. 73.

³² Conseil d'État, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, n° 78519, *Lebon*, p. 171, concls. R. Abraham ; v. commentaire de D. Lochak in A. Pellet, A. Miron (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître, 2015.

³³ G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolence des juges », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, pp. 799-818.

³⁴ J.-M. Sauvé, « La motivation des sanctions administratives », Intervention au 27^e colloque des instituts d'études judiciaires, Amiens, 10 févr. 2012, disponible en ligne sur : <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=2568>, consulté le 9 août 2014.

³⁵ *Ibid.*

clés pour composer avec le pluralisme juridique et même les juges français l'appréhendent sous cet angle³⁶.

16. L'interprétation conciliatrice revêt de multiples fonctions, que la jurisprudence prend rarement le soin d'identifier ou expliciter. Deux grandes tendances se dégagent cependant : une première se fonde sur la présomption que le droit interne doit être interprété de manière à garantir sa compatibilité avec les obligations internationales. Elle repose sur le postulat qu'en légiférant, les autorités nationales, et surtout le législateur, n'ont pas cherché à violer les obligations internationales de l'État. Partant, l'interprétation conforme naît soit en présence d'un acte institutionnel obligatoire, soit d'un acte recommandatoire, si et dans la mesure où celui-ci reflète des normes obligatoires. Dans cette dernière hypothèse, la conformité se mesure non pas avec l'acte directement, mais à l'égard de la norme que celui-ci incarne. Faute d'obligation internationale, la nécessité d'interprétation conforme ne se manifeste pas. Telle est la véritable hypothèse d'*interprétation conforme*, à travers laquelle le juge adapte le droit applicable aux obligations internationales (Section I), qu'il faut distinguer de la tendance apparentée consistant à favoriser l'harmonisation des normes matérielles similaires, mais issues de sources différentes. À l'opposé de l'interprétation conforme, *l'interprétation croisée*, qui consiste à nourrir et développer le droit interne par référence à des normes extérieures, est plutôt indifférente à la force normative de l'acte international : elle se manifeste aussi bien à l'égard des actes obligatoires, que du droit souple (Section II). Pour solides qu'en soient les fondements théoriques, la distinction entre les deux catégories d'interprétation conciliatrice ne se retrouve pas toujours dans le jargon juridique, qui regroupe les deux phénomènes sous l'étiquette trompeuse d'interprétation conforme (ou *consistent interpretation*).

Section I. La théorie de l'interprétation conforme

17. S'appliquant à l'origine à la source conventionnelle, la théorie de l'interprétation conforme connaît des prolongements féconds dans l'appréhension des conflits potentiels entre le droit interne et les actes institutionnels obligatoires. En effet, bien que le droit institutionnel

³⁶ J.-M. Sauvé y fait référence dans un autre de ses discours : « À l'ère du pluralisme juridique : les rapports entre les cours nationales, internationales et celles de l'Union et les interactions entre les multiples sources du droit », Discours au XXVI^{ème} Congrès de la Fédération internationale de droit européen, 31 mai 2014, disponible en ligne sur : http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/a_l_ere_du_pluralisme_juridique.html, consulté le 9 août 2014).

ne bénéficie généralement pas du statut interne reconnu au droit conventionnel³⁷, il en va autrement du principe de l'interprétation conforme : la jurisprudence fournit de nombreux exemples de son application inconditionnelle à l'égard du droit institutionnel obligatoire. Sans perdre de vue l'objet de la présente étude, il serait pertinent de passer en revue la jurisprudence relative au droit conventionnel afin de bien saisir les fondements et la portée de la théorie de l'interprétation conforme. Dans la mesure du possible, les développements théoriques restent accompagnés d'exemples jurisprudentiels portant sur les actes institutionnels. On constate néanmoins une généralisation de l'interprétation conforme, qui transcende les particularismes locaux pour devenir un principe général de droit (§ 1). En effet, il est de plus en plus courant que les juges se retrouvent au cœur de litiges qui mettent en jeu des actes institutionnels. Des questions de compatibilité de ces actes avec des normes internes sont souvent soulevées. Les juges préfèrent leur répondre par la conciliation, plutôt que par l'exclusion. Ce faisant, ils s'assurent à la fois de l'exécution par l'État de ses obligations internationales, mais aussi de la cohérence de normes *in pari materia*, qui relèvent cependant d'ordres juridiques différents. Cette démarche, en soi louable, n'est pas infaillible pour autant : elle ne peut surpasser les limites systémiques imposées par l'ordre interne, ou les difficultés intrinsèques d'interprétation des actes internationaux (§ 2).

§ 1. Les fondements de la théorie de l'interprétation conforme

18. Le principe de l'interprétation conforme est peu encadré par les ordres juridiques internes. S'il existe des normes internes qui investissent expressément les juges du pouvoir de concilier les textes internes applicables et les textes internationaux dépourvus d'effet direct (A.), cette compétence s'exerce même en l'absence de mandat explicite en ce sens, la prise en considération des normes internationales aux fins de l'interprétation relevant généralement de l'office du juge. D'ailleurs, le principe général a précédé les renvois constitutionnels ou législatifs, et continue de coexister avec ces derniers (B.).

A. Des fondements internes contingents

19. Si le juge cherche à ancrer son pouvoir d'interprétation conforme dans un texte national, les renvois interprétatifs explicites au droit international peuvent servir de fondement

³⁷ V. supra, Chapitre 3, pars. 62 et s.

en ce sens (1). Mais l'interprétation conforme s'impose comme une nécessité logique lorsque le juge interprète l'acte interne qui assure l'incorporation de l'acte institutionnel (2).

1. *Les renvois interprétatifs opérés par des dispositions de droit interne*

20. Les constitutions, ainsi que certaines lois internes, renvoient de plus en plus souvent au droit international. Certes, le phénomène ne date pas d'hier, mais des dimensions nouvelles s'y attachent. Auparavant, les constitutions visaient habituellement à régler le sort des traités internationaux dans les ordres internes, en établissant les conditions de leur efficacité interne et la place de cette source dans la hiérarchie des normes³⁸. Les constitutions modernes s'éloignent quelque peu de cette approche strictement formelle et hiérarchisée des rapports de systèmes. La preuve du dépassement de la logique de la réception (automatique ou spéciale) se trouve dans les renvois interprétatifs opérés par les constitutions ou les législations nationales. Quelques exemples épars (classés par ordre chronologique) permettent de saisir la teneur de ce type de dispositions. On distingue :

- les renvois qui identifient les instruments de référence :

Article 16, alinéa 2 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 :

« Les préceptes constitutionnels et légaux relatifs aux droits fondamentaux sont interprétés et appliqués en conformité avec la Déclaration universelle des droits de l'homme. »

Article 10, alinéa 2 de la Constitution espagnole du 29 décembre 1978 :

« On interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne. »

Article 20, alinéa 1 de la Constitution roumaine du 8 décembre 1991 :

« Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie. »

- des renvois ouverts, qui font une référence générale au droit international :

Article 39, alinéa 1 de la Constitution sud-africaine du 16 décembre 1996 :

³⁸ P. de Visscher, « Les tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI*, vol. 80, 1952, pp. 511-578.

« When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) (b) must consider international law. »

Article 233 de la même Constitution :

« When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law. »

21. Il existe également des exemples de renvois législatifs, qui relèvent de la même logique, bien que leur champ d'application matériel soit d'évidence plus circonscrit par le principe de relevance. À ce titre, on peut citer l'article 270 sexies du Code pénal italien qui prévoit :

« Sont considérés comme ayant des visées terroristes les comportements qui, par leur nature ou leurs circonstances, peuvent causer des dommages graves à un pays ou à une organisation internationale et sont commis dans le but d'intimider la population ou forcer les pouvoirs publics ou une organisation internationale à agir ou s'abstenir d'agir ou dans le but de déstabiliser ou détruire les principales structures politiques, constitutionnelles, économiques et sociales d'un pays ou d'une organisation internationale, ainsi que d'autres comportements définis comme terroristes ou comme ayant des fins terroristes par des conventions et d'autres normes de droit international à caractère obligatoire pour l'Italie. »³⁹

Selon la Cour de cassation italienne, ces dispositions opèrent des renvois dynamiques à différentes sources du droit international, qui ne sont toutefois pas spécifiquement identifiées :

« La référence explicite, à portée intégrative, à l'obligation issue de sources internationales a pour conséquence que la définition de l'article 270 sexies du Code pénal est ouverte, c'est-à-dire que sa portée peut être élargie ou restreinte non seulement par les conventions internationales déjà ratifiées mais aussi par celles qui seront adoptées dans le futur. Il a été ainsi créé un mécanisme normatif, basé sur un renvoi dynamique ou formel, destiné à assurer l'harmonisation automatique des ordres juridiques des États qui forment la collectivité internationale, afin de fournir les outils nécessaires à l'action commune de répression de la criminalité terroriste transnationale. Il faut déduire de la précédente considération que la définition de l'article 270 sexies du Code pénal doit être coordonnée avec celle de la Convention de 1999, rendue exécutive par la loi L n° 7 de 2003, et que par conséquent, les éléments constitutifs du comportement à des fins terroristes – établis par la norme nationale à la

³⁹. Notre traduction de l'original : *« Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia »* (nous soulignons).

suite de la décision-cadre de l'Union européenne – doivent être complétés en faisant référence aux dispositions de la précédente convention. »⁴⁰

22. Comme le notait un commentateur au sujet de cette disposition du Code pénal italien :
- « *'Open' norms of this sort are becoming quite frequent in statutes recently passed by the Italian legislature for the regulation of certain topics of international concern (such as the environment, cultural heritage, and cooperation in criminal and civil matters). Concretely, this kind of indication allows the judge to resort to international practice for the interpretation of domestic norms and international customary rules, or the harmonisation of different international instruments.* »⁴¹
23. Une loi singapourienne relative à l'interprétation judiciaire identifie également le droit international parmi les sources auxiliaires qui peuvent assister le juge :
- « (2) *Subject to subsection (4), in the interpretation of a provision of a written law, if any material not forming part of the written law is capable of assisting in the ascertainment of the meaning of the provision, consideration may be given to that material (...)*
- (3) *Without limiting the generality of subsection (2), the material that may be considered in accordance with that subsection in the interpretation of a provision of a written law shall include: (...)*
- (e) *any treaty or other international agreement that is referred to in the written law.* »⁴²
24. Ces renvois interprétatifs ne sont pas sans rappeler les renvois inter-conventionnels ou le principe d'interprétation systémique des traités internationaux, codifié à l'article 31 (3) (c)

⁴⁰ Italie, Cour de cassation, 17 janv. 2007, *Italie c. Bouyahia Maher Ben Abdelaziz et autres*, n° 1072, *ILDC* 559 (IT 2007), par. 2.2 (nous soulignons). Notre traduction de l'original : « L'esplicito richiamo, in funzione integrativa, al vincolo derivante dalle fonti internazionali fa sì che quella adottata dall'art. 270 sexies c.p. costituisca una definizione aperta, destinata, cioè, ad estendersi o a restringersi per effetto non solo delle convenzioni internazionali già ratificate, ma anche di quelle future alle quali sarà prestata adesione. In tal modo, è stato normativamente predisposto un meccanismo, fondato su un rinvio dinamico o formale, idoneo ad assicurare automaticamente l'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati che compongono la collettività internazionale al fine di predisporre gli strumenti occorrenti per la comune azione di repressione della criminalità terroristica transnazionale. Dalla precedente considerazione deve inferirsi che la definizione dell'art. 270 sexies c.p. deve essere coordinata con quella della Convenzione del 1999, resa esecutiva con la L. n. 7 del 2003, e che, di riflesso, gli elementi costitutivi delle condotte con finalità di terrorismo – indicati dalla norma nazionale sulla scia della Decisione quadro dell'Unione Europea – devono essere integrati facendo riferimento anche alle previsioni della predetta convenzione. » V. aussi le résumé in W. Woll, *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, Thèse de doctorat : Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, nov. 2010, annexe 2, pp. 285 et s.

⁴¹ M. Iovane, note sous *Italie c. Abdelaziz et autres*, préc., note 40, (nous soulignons).

⁴² Singapour, *Interpretation Act* 2002, Section 9(A)(2) et (3), disponible en ligne sur le site de l'Attorney General's Chambers : <https://app.agc.gov.sg/> (nous soulignons). Dans le même sens : « *Because of the express references in the Act to a number of 'anti-discrimination conventions', and the stated objects relevant to the provisions in question, it is appropriate to examine those provisions in the context of the international measures to which reference may be made in elucidating their meaning and purpose.* » (Australie, High Court, 19 mars 1998, *Qantas Airways Limited v Christie*, [1998] HCA 18), par. 148, notes de bas de page omises).

de la CVDT⁴³. Ils entretiennent en effet des similitudes, dont la plus importante est la recherche de contournement des conflits normatifs. Dans l'ordre juridique international à structure horizontale (qui ne hiérarchise pas ses sources formelles), la fonction de contournement est même essentielle. L'interprétation systémique, comme l'interprétation conforme, ne débouche pas sur une hiérarchisation des instruments conciliés, qu'ils soient internationaux ou internes : ainsi, ce n'est pas parce que le juge interprète une norme interne en conformité avec une norme internationale qu'il reconnaît la primauté de celle-là sur celle-ci. L'interprétation conforme relève de la mise en cohérence et non de la subordination. Toutefois, il importe de distinguer leurs logiques respectives : « *the principle of systemic integration presupposes the formal unity of the legal system* »⁴⁴ ; il en va tout autrement du principe de l'interprétation conforme, puisqu'il vient suppléer justement à l'absence d'unité formelle entre ordre interne et ordre international. Les renvois, ouverts ou ciblés, ont plus pour fonction de donner compétence, voire obliger le juge interne à intégrer les normes internationales dans ses repères interprétatifs. Mais ils ne sont pas une condition *sine qua non* pour exercer ce pouvoir, que certains juges estiment inhérent à leur office :

« *Where, as here, the Act contains words derived from international sources, it is legitimate for a court to have regard to those sources in assigning meaning to the words of the Act. Not only is this a proper approach mandated by the authority of this Court. In the instant case, it derives specific endorsement, so far as the Termination of Employment Convention is concerned, from the provision of the Act whereby an expression in the one is to have 'the same meaning' as in the other.* »⁴⁵

25. Du reste, il est également établi que le devoir d'interprétation conforme du droit interne ne s'exerce pas seulement à l'égard des actes qui opèrent incorporation des normes internationales, mais provient d'un principe transversal. Comme le remarque le juge néo-zélandais,

« *[w]e begin with the presumption of statutory interpretation that so far as its wording allows legislation should be read in a way which is consistent with New Zealand's international obligations. (...) The presumption should apply whether or not the legislation was enacted with the purpose of implementing the relevant text.* »⁴⁶

⁴³ V. *supra*, Chapitre. 2, pars. 243 et s.

⁴⁴ J. d'Aspremont, « The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts : Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order », in O. K. Fauchald et A. Nollkaemper (dir.), *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 148.

⁴⁵ Australie, High Court, 19 mars 1998, *Qantas Airways Limited v Christie*, préc. note 42, notes de bas de page omises.

⁴⁶ Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association v Attorney General*, [1997] 3 NZLR 269 (CA), *ILR*, vol. 120, p. 572 (nous soulignons).

Il n'en reste pas moins que l'interprétation conforme de l'acte d'incorporation revêt une force particulière. D'une part, la décision d'incorporer la norme internationale témoigne de la volonté du législateur de s'y conformer – du moins partiellement. La présomption ne relève alors plus du présupposé et le juge s'estime renforcé dans son mandat⁴⁷. D'autre part, le recours à l'acte international tend à devenir systématique dans cette hypothèse.

2. *L'interprétation conforme de l'acte interne d'incorporation de l'acte institutionnel : le principe de l'effet utile renforcé*

26. L'interprétation conforme des actes d'incorporation émane d'une hypothèse singulière à plusieurs égards. En effet, il est largement accepté que l'acte d'incorporation doit être interprété à la lumière de l'acte international d'origine, bien que le fondement de cette obligation n'est pas clair. Comme l'a résumé le *Privy Council* : « *This principle [of consistent interpretation] is obviously at its strongest when it appears that the domestic law was passed to give effect to an international obligation or may otherwise be assumed to have been drafted with the treaty in mind* »⁴⁸ En vérité, différentes justifications sont avancées par les juges pour expliquer une nécessité de la logique.

27. On ne compte plus les instances où il a été expressément reconnu que la juridiction nationale appelée à interpréter un acte d'incorporation est tenue de le faire, autant que possible, à la lumière du texte et de la finalité de la norme d'origine. Là encore, la jurisprudence relative aux actes d'incorporation des résolutions du CSNU est emblématique. Le principe est le plus clairement articulé dans les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui s'inspire de la méthode utilisée à l'attention des juges internes aux fins de la prise en considération interprétative des actes communautaires dépourvus d'effet direct. À ce sujet, la Cour de Luxembourg avait souligné que :

« [Le] principe d'interprétation conforme requiert que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par

⁴⁷ Ce raisonnement est ainsi à l'œuvre dans l'arrêt précité (note 42) de la Haute Cour d'Australie : « *Where, as here, the Act contains words derived from international sources, it is legitimate for a court to have regard to those sources in assigning meaning to the words of the Act. Not only is this a proper approach mandated by the authority of this Court. In the instant case, it derives specific endorsement, so far as the Termination of Employment Convention is concerned, from the provision of the Act whereby an expression in the one is to have 'the same meaning' as in the other* » (nous soulignons).

⁴⁸ Commonwealth, Privy Council, 5 juil. 2004, *Boyce & Joseph v. The Queen*, [2004] UKPC 32, pars 25-26. V. aussi États-Unis, Cour suprême, 9 mars 1987, *INS v. Cardoza-Fonseca*, aff. n° 85-782, 480 U.S. 421 (1987).

celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité de la décision-cadre en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci. »⁴⁹

28. Le même raisonnement se retrouve dans l'arrêt *Kadi I* de la CJCE. La Cour établit ainsi une corrélation entre le devoir des autorités de prendre en compte les objectifs de la législation nationale dans le cadre de leur activité normative de mise en œuvre et le principe d'interprétation conforme des actes internes :

« [Cette] obligation [résultant de l'acte PESC] implique, lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, que, lors de l'élaboration de ces mesures, la Communauté tienne dûment compte des termes et des objectifs de la résolution concernée ainsi que des obligations pertinentes découlant de la charte des Nations unies relatives à une telle mise en œuvre.

Par ailleurs, la Cour a déjà jugé que, aux fins de l'interprétation du règlement litigieux, il y a également lieu de tenir compte du texte et de l'objet de la résolution 1390 (2002), que ce règlement, selon son quatrième considérant, vise à mettre en œuvre. »⁵⁰

29. Les juges ancrent cette obligation d'interprétation conforme dans un principe plus général, selon lequel :

« les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international (...). [Partant], (d)ans l'exercice de cette dernière compétence [de mise en œuvre des résolutions CSNU], la Communauté se doit en effet d'attacher une importance particulière au fait que, conformément à l'article 24 de la charte des Nations unies, l'adoption, par le Conseil de sécurité, de résolutions au titre du chapitre VII de cette charte constitue l'exercice de la responsabilité principale dont est investi cet organe international pour maintenir, à l'échelle mondiale, la paix et la sécurité, responsabilité (...). »⁵¹

La Cour de Luxembourg met ainsi en exergue les obligations des institutions de respecter le droit international, dans le cadre de leur action normative, pour justifier son devoir corollaire de délivrer une interprétation de celle-ci conforme aux normes internationales d'origine⁵².

⁴⁹ CJUE, 5 sept. 2012, *Pedro Lopes Da Silva Jorge*, aff. C-42/11, publié au *Recueil numérique*, par. 56 (nous soulignons).

⁵⁰ CJCE, Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351, pars. 296-297 (nous soulignons). V. aussi CJUE, 21 déc. 2011, *Procédure pénale contre Mohsen Afrasiabi et autres.*, aff. C-72/11, *Rec.*, 2011, p. I-14285, par. 43 ; CJUE, Grde. Ch., 29 juin 2010, *Procédure pénale contre E. et F. (DHKP-C)*, aff. C-550/09, *Rec.*, 2010, p. I-6213, par. 72 ; CJCE, 11 oct. 2007, *Gerda Möllendorf*, aff. C-117/06, *Rec.*, 2007, p. I-8361, par. 54 ; CJCE, 30 juil. 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport*, aff. C-84/95, *Rec.*, 1996, p. I-3953. Le même principe est à l'œuvre en présence de résolutions obligatoires de la Commission internationale pour la conservation des thonidés de l'Atlantique (v. CJCE, 25 oct. 2001, *République italienne c. Conseil*, aff. C-120/99, par. 26).

⁵¹ CJCE, *Kadi I*, préc., note 50, pars. 291 et 294.

⁵² La juridiction interne va jusqu'à interpréter une législation interne antérieure en conformité avec les autorisations octroyées par un acte institutionnel postérieur (ce fut le cas de la CJUE, lorsqu'elle a cherché à

30. L'obligation d'interprétation conforme prend un contour plus précis et une base plus objective par l'introduction des résolutions de base parmi les éléments contextuels que le juge européen doit prendre en compte lorsqu'il interprète et applique le droit dérivé d'incorporation :

« Comme la Cour l'a souligné dans sa jurisprudence, il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition de droit communautaire, de tenir compte à la fois de ses termes, de son contexte et de ses objectifs (...). *S'agissant du contexte et des objectifs*, il y a lieu de relever que, par le règlement n° 990/93, le Conseil a donné suite à la décision de la Communauté et de ses États membres (...) de recourir à un instrument communautaire afin de mettre en œuvre dans la Communauté certains aspects des sanctions prises à l'encontre de la république fédérative de Yougoslavie par le Conseil de sécurité des Nations unies, qui, sur le fondement du chapitre VII de la charte des Nations unies, a arrêté les résolutions 713 (1991), 752 (1992) et 787 (1992) et a renforcé ces sanctions par la résolution 820 (1993). Afin de déterminer la portée de l'article 8, premier alinéa, du règlement n° 990/93, *il convient dès lors de tenir compte également du texte et de l'objet de ces résolutions.* »⁵³

Cette approche se répand dans les ordres nationaux. Elle est naturellement utilisée lorsque les juges appliquent les règlements européens de mise en œuvre des résolutions. Par exemple, le juge irlandais l'avait bien saisi dans l'affaire *Bosphorus*, avant même que la Cour de Luxembourg se prononce sur ces aspects :

« *The real significance of the United Nations Resolutions in so far as they relate to the present proceedings is that Resolution 820/1993 of the Security Council Resolutions provided the genesis for Article 8 of the relevant European regulation. (...). The Minister is advised, however, that the Council Regulation 990/93 of 26 April 1993 must be interpreted consistently with UN Resolution 820 (1993) which the regulation is designed to implement within the European Community.* »⁵⁴

L'interprétation à la lumière de l'effectivité de l'acte international n'en a été que plus clairement confirmée ensuite :

« *It is an established principle of European Union law that resolutions adopted by the UN Security Council are binding on all member states which must in turn take all measures necessary to ensure that those resolutions are put into effect. Moreover, European measures giving effect to a resolution of the Security Council must be interpreted in accordance with the wording and aim of that resolution.* »⁵⁵

définir la notion d'« appui aux activités nucléaires de l'Iran » dans un sens extensif : « Cette interprétation est corroborée par l'adoption, *postérieurement à l'adoption du règlement n° 423/2007*, de la résolution 1929 (2010) du Conseil de sécurité » - 28 nov. 2013, *Conseil c. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tehran*, aff. C-348/12 P, non publié, par. 81 (nous soulignons)).

⁵³ CJCE, 30 juil. 1996, *Bosphorus*, préc., note 50, par. 11-14 (nous soulignons).

⁵⁴ Irlande, High Court, 21 juin 1994, *Bosphorus v. Minister for transport, CMLR*, p. 468,

⁵⁵ Royaume-Uni, Cour d'appel, 6 mars 2007, *M v HM Treasury*, [2007] EWCA Civ 173, par. 4 (nous soulignons). Cette affaire est allée devant la Chambre des Lords (30 avr. 2008, [2008] UKHL 26), laquelle a

Ou encore :

« *I should also bear in mind that the Regulation (as well as the Order) has in any event to be interpreted, so far as possible, to give proper effect to those Resolutions, in particular, Resolution 1390 (2002).* »⁵⁶

31. La présomption d'interprétation conforme fonctionne alors comme un filet de sécurité, qui interdit au juge de faire une interprétation de la réglementation interne en antagonisme avec les termes mêmes de la résolution :

« Le dixième considérant du règlement n° 1432/92 indique que celui-ci a notamment pour objet d'assurer une mise en œuvre uniforme dans l'ensemble de la Communauté de certaines des mesures de la résolution 757 (1992). Il convient, par conséquent, de tenir compte du texte et de l'objet de celle-ci (...) aux fins de l'interprétation dudit règlement. *Dès lors, le règlement n° 1432/92 ne doit pas faire l'objet d'une interprétation contraire aux dispositions de la résolution 757 (1992).* »⁵⁷

Ce *dictum* de la Cour fait justice des arguments du Gouvernement allemand et de la Commission selon lesquels l'interprétation du règlement devait se faire indépendamment de celle de la résolution qu'il vise à mettre en œuvre :

« La Bundesrepublik Deutschland soutient qu'*il n'est pas nécessaire de savoir si la résolution 757 (1992) interdisait elle-même le transport fractionné* car le législateur communautaire pouvait, le cas échéant, décider d'un embargo plus sévère compte tenu de la proximité géographique de la Communauté de la zone d'embargo. *L'interprétation du règlement n° 1432/92 devrait, par conséquent, se faire de manière autonome, ce que défend, en substance, pour les mêmes raisons, la Commission.* »⁵⁸

32. Curieusement, l'approche téléologique justifie également une certaine liberté à l'égard du texte même de l'acte international, pourvu que ses finalités soient préservées. Elle permet aux institutions internes d'aller *au-delà* du texte international, en adoptant des sanctions supplémentaires, mais aussi *en deçà*, en octroyant des dérogations aux sanctions établies. Bien entendu, la question de la validité de l'acte interne se pose différemment lorsque les institutions internes se plient rigoureusement aux actes internationaux et lorsqu'elles exercent une certaine marge d'appréciation, en allant au-delà de ce qui est requis d'elles⁵⁹.

soumis une question préjudicielle à la CJUE (29 avr. 2010, *M et al. c. Her Majesty's Treasury*, aff. C-340/08, *Rec.*, 2010, p. I-3913/

⁵⁶ Royaume-Uni, High Court of Justice, 22 sept. 2006, *M, A, MM v. HM Treasury*, [2006] EWHC 2328 (Admin), par. 51 (Kenneth Parker QC) (nous soulignons). Pour les suites de cette affaire devant la CJUE, v. *infra*, par. 37.

⁵⁷ CJCE, 9 mars 2006, *Siegfried Aulinger c. Allemagne*, C-371/03, *Rec.*, 2006, p. I-2207, par. 30 (nous soulignons).

⁵⁸ *Ibid.*, par. 24 (nous soulignons).

⁵⁹ Le sujet sera abordé au Chapitre 8.

33. Ainsi, l'interprétation conforme aboutit à élargir la portée de l'acte international lorsque celui-ci octroie des *autorisations*. C'est en ce sens qu'il faut lire les conclusions de la Cour dans l'affaire *Bank Melli Iran*, où les requérants avaient invoqué le fait que la réglementation européenne, étant plus sévère et allant donc au-delà des sanctions imposées par le Conseil de sécurité, violait de ce fait le principe de proportionnalité. Constatant que les résolutions n'interdisent pas les sanctions autonomes, la Cour a conclu que l'absence d'interdiction vaut autorisation :

« Le Tribunal a considéré, au point 65 de l'arrêt attaqué, que le contenu et les objectifs de la résolution 1803 (2008) ne constituaient pas un critère au regard duquel la compatibilité de la décision litigieuse avec le principe de proportionnalité devait être appréciée. Cette affirmation doit être comprise à la lumière du texte de la résolution 1803 (2008), qui n'impose pas aux États des mesures précises, mais leur demande de faire preuve de vigilance, s'agissant des activités exercées par les institutions financières sises sur leur territoire, en particulier Bank Melli Iran, afin d'éviter que ces activités concourent à des activités posant un risque de prolifération nucléaire. Un tel texte *n'interdit en aucune manière* aux États d'adopter des mesures concrètes de gel des fonds à l'égard de Bank Melli Iran. »⁶⁰

34. L'impératif de l'effectivité débouche souvent sur la modulation des obligations imposées par le droit interne, comme par exemple celle de non-rétroactivité des réglementations qui apportent des restrictions aux droits individuels, ou qui affectent des droits acquis :

« *The object of section 1 of the 1946 Act and of the 1992 Order was that the United Kingdom should 'effectively' apply the U.N. sanctions. In our view, their clear intention was that, where necessary for such purpose, the application of those sanctions should or could affect partly completed transactions and, thus, operate retrospectively. In our judgement, their application in the form of the Bank of England's new policy to the four consignments was not ultra vires the 1946 Act or the 1992 Order. Such application was a natural consequence of legislation the object of which was to make international sanctions effective, provisions which, by their very nature are likely to be, and were here known to have been, widely evaded.* »⁶¹

35. Certaines juridictions ont ainsi considéré que la recherche de l'effectivité des actes internationaux plaide en faveur d'une *interprétation extensive* des actes internes, afin de couvrir un champ d'application *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis* le plus large possible :

« *The Arbitrator first considered that the very broad terms of the legislative provisions reveal a clear intention to preclude in the amplest possible was all activities which*

⁶⁰ CJUE, Grde. ch., 16 nov. 2011, *Bank Melli Iran c. Conseil*, C 548/09 P, *Rec.*, 2011, p. I-11381, pars. 107-108 (nous soulignons).

⁶¹ Royaume-Uni, High Court of Justice, 6 sept. 1993, *Regina v. HMT ex parte Centro-Com*, 1993 WL 965816 (QBD), par. 99 (nous soulignons).

may lead to supply goods to Irak or Iraqi bodies and individuals, or to execute works in their favour. This intention calls for a non-restrictive interpretation, which may contribute towards attaining the goals set out on the international level by the UNSC decisions and later on EC level. »⁶²

36. Au fil du temps, la violation des droits fondamentaux par les sanctions du Conseil de sécurité est devenue à la fois trop évidente et trop systématique pour que les juges internes puissent s'en accommoder. La tendance à l'interprétation extensive, qui caractérise les premières jurisprudences, s'est ainsi progressivement mue en une tendance contraire⁶³. Avant de sanctionner par la nullité les actes internes de mise en œuvre⁶⁴, les juges se sont efforcés de concilier les droits fondamentaux avec les impératifs de sécurité internationale, en attribuant une portée restrictive aux obligations imposées par les actes internationaux, avec pour seule limite la préservation de l'effectivité du régime international⁶⁵.

37. La méthode de l'interprétation restrictive peut être constatée dans l'affaire *M. et a. c. Her Majesty's Treasury*, où la Cour de Luxembourg était appelée à préciser si l'interdiction de mettre des ressources financières à disposition des personnes se trouvant sur les listes du Comité des sanctions 1267 (anti-Talibans), et sur les listes correspondantes de l'UE, s'étendait « aux prestations de sécurité sociale ou d'assistance versées par l'État à l'épouse d'une personne désignée [...], au seul motif que cette épouse vit avec la personne désignée et qu'elle destinera ou pourra destiner une partie de ces montants à l'achat de biens ou de services que la personne désignée consommera ou dont elle bénéficiera également »⁶⁶. La Cour a conclu par la négative, après une motivation qui fait la part belle aux résolutions. Les dispositions du règlement apparaissant comme peu claires et ses différentes versions

⁶² Italie, Chambre d'arbitrage de Milan, Sentence finale du 20 juil. 1992, *YCA* 1993, p. 86 (il s'agit ici d'une sentence arbitrale qui a validé l'annulation d'un contrat de fournitures de produits et services à l'Irak du fait de l'embargo décidé par les Nations Unies. Le contrat ayant été conclu avant la mise en place des sanctions, la question de son effet rétroactif se posait). La Cour de cassation française, comme la Cour d'appel de Paris, sont arrivées à des solutions identiques, bien que leur raisonnement ait fait peu de place aux résolutions en tant qu'élément d'interprétation des actes internes (Cour d'appel de Paris, 23 juin 1995, *Société Butec*, *JDI*, 1997-2, pp. 451-453, note A. Jacquemont, confirmé par la Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civile, 24 févr. 1998, *Rafidain Bank*, n° 95-19442).

⁶³ V. l'évolution de la CJUE sur ce point, entre la jurisprudence *Möllendorf* (préc., note 50, v. not. U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, n° 3, 2011, spéc. p. 795) et *Commission européenne et autres c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)* (18 juil. 2013, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non encore publié).

⁶⁴ CJCE, *Kadi I*, préc., note 50 ; *Kadi II*, *ibid.*, Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2, V. *infra*, Chapitre 8.

⁶⁵ V. en ce sens A. Tzanakopoulos, « Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, OUP, 2010, p. 69.

⁶⁶ CJUE, *M et al. c. Her Majesty's Treasury*, préc., note 55, par. 32.

linguistiques non concordantes, la Cour a choisi de s'appuyer sur les termes et surtout sur la finalité générale de la résolution de base, qui instaure le régime de sanctions :

« Compte tenu des divergences entre les versions linguistiques tant de l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 881/2002 que du paragraphe 2, sous a), de la résolution 1390 (2002) ainsi constatées, il convient (...) d'interpréter l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 881/2002 en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont cette disposition constitue un élément et de tenir compte, dans ce cadre, de l'objet de la résolution 1390 (2002). »⁶⁷

38. C'est toujours au nom de l'interprétation téléologique que le juge canadien a pu conclure que l'interdiction de voyager, visant un Canadien suspecté d'association avec Al Qaeda et inscrit sur la liste 1267 du Conseil de sécurité n'empêchait pas le retour de celui-ci dans son pays d'origine.

« [L]'interdiction de voyager de l'ONU ne présente aucun obstacle au retour de M. Abdelrazik au Canada. Cette interprétation *concorde avec l'objectif* de l'interdiction de voyager dont le Comité 1267 fait état dans son document intitulé 'Explication de l'interdiction de voyager'. Le Comité 1267 y déclare que cette interdiction a pour but de 'limiter les mouvements des personnes inscrites sur la Liste'. »⁶⁸

39. Le critère de l'effectivité a pour but de surpasser les difficultés engendrées par l'interprétation littérale des résolutions. Le juge doit ainsi jongler entre l'interprétation téléologique et l'interprétation *contra textum*.

40. Mais l'exercice a ses limites, qui éclatent au grand jour lorsque le juge se voit contraint de présumer que les résolutions laissent aux institutions internes une marge d'appréciation, là où il est pourtant très difficile d'en apercevoir une. C'est tout l'édifice précaire sur lequel est bâtie la jurisprudence *Kadi* de la Cour de Justice de l'UE : pour consolider l'obligation incombant aux institutions de respecter les droits de la défense, la Cour affirme avec force le principe de l'autonomie constitutionnelle et son corollaire, le principe de libre choix des moyens d'exécution d'une obligation internationale dans l'ordre interne⁶⁹ :

« Il y a toutefois lieu de relever que la charte des Nations unies n'impose pas le choix d'un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de cette charte, *cette mise en œuvre devant*

⁶⁷ *Ibid.*, par. 49.

⁶⁸ Canada, Cour fédérale, Ottawa, *Abdelrazik*, préc., note 16, par. 129.

⁶⁹ V. E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2011, pp. 324-339.

intervenir conformément aux modalités applicables à cet égard dans l'ordre juridique interne de chaque membre de l'ONU. En effet, la charte des Nations unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions. »⁷⁰

Le libre choix des moyens se traduit alors par l'imposition d'obligations supplémentaires à la charge des institutions internes (dans le cas des sanctions, l'obligation de motivation de la décision de sanction, l'obligation de notifier la décision à la personne visée, ainsi que recueillir ses observations dans le cadre d'une procédure contradictoire).

41. Lorsque la conciliation à travers l'interprétation s'avère logiquement impossible, et que le juge interne conclut à l'annulation de l'acte interne, il tente tout de même de préserver la situation internationale de l'État et mobilise à cette fin les ressources et mécanismes déjà disponibles dans l'ordre interne. Cela donne lieu à une *effectivité par équivalence*. L'annulation partielle et la modulation dans le temps des effets de l'annulation sont deux exemples topiques : saisis par une personne identifiée, le plus souvent celle qui fait l'objet de sanctions, les juges internes se gardent d'annuler les actes généraux qui mettent en place le système, et se contentent d'une annulation partielle, qui produit son effet uniquement à l'égard du demandeur. Et même dans ce cas, le juge suspend l'effet de l'annulation le temps qu'il estime nécessaire pour les institutions de remédier aux carences constatées⁷¹. Ces modulations judiciaires sont autant de sursis permettant à l'État, ou à l'Union européenne, de demeurer en conformité avec ses obligations internationales. Les succédanés ainsi créés ne satisfont que très pauvrement, du fait de leur caractère provisoire et ponctuel. Par ailleurs, la pleine réalisation des obligations internationales impose en l'occurrence une modification de l'ordonnement juridique interne.

42. Dès lors, même si l'on peut contester les conclusions rapides du Rapporteur spécial des Nations Unies, selon lesquelles ces annulations « ont eu pour effet de rendre [les

⁷⁰ CJCE, *Kadi I*, préc., note 50, par. 298. Pour un raisonnement identique, tourné cette fois-ci à l'encontre des autorités nationales néerlandaises, v. Pays-Bas, Cour du District de La Haye, 3 févr. 2010, *A and others v Netherlands (Ministry of Foreign Affairs and Ministry of Education, Culture, and Science)*, LJN : BL1862/334949 ; *ILDC* 1463 (NL 2010), pars. 4.7 et 4.10 (sanctions à l'encontre de chercheurs iraniens, dans le cadre du régime de sanctions liées aux activités nucléaires).

⁷¹ Sur ces mécanismes, v. U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances... », *op. cit.*, note 63, pp. 796-800. V. aussi la discussion dans Royaume-Uni, Cour suprême, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 64, par. 84. La Cour suprême a finalement annulé les actes internes dans leur intégralité et même refusé la suspension des effets (4 févr. 2010, [2010] UKSC 5). Cependant, le Royaume-Uni ne se trouvait pas en violation directe des résolutions, car les actes internes britanniques faisait double emploi avec les règlements européens, qui eux, restaient pleinement valides (v. U. Candaş et A. Miron, *ibid.*)

résolutions] inapplicables dans les faits », il faut néanmoins admettre qu'elles sont un risque pour l'application uniforme des résolutions : « Si ces résolutions ne peuvent être appliquées légalement aux niveaux national et régional, alors la logique des sanctions universelles est battue en brèche, laissant craindre que les fonds visés par le régime migrent vers des pays qui ne peuvent légalement appliquer le régime. »⁷²

43. Les juges avancent à pas feutrés vers l'affirmation d'une obligation d'interprétation conforme renforcée, en veillant de près à l'encadrement de celle-ci. Il en résulte une idée fondamentale, à savoir que les juges délivrent des interprétations en accord avec les objectifs des actes institutionnels, sans pour autant établir un rapport de validité entre l'un et l'autre.

B. L'interprétation conforme : un principe à valeur systémique

44. La prise en considération du droit international dans le cadre de l'interprétation des droit interne n'est pas un concept nouveau – la doctrine de l'interprétation conforme remonte en effet aux aurores du XIX^e siècle. Depuis, les juges internes, toutes traditions juridiques confondues, n'ont eu de cesse de la rappeler et de l'appliquer, et ce en l'absence de tout commandement écrit ou même de renvoi dans l'acte interne d'incorporation. Longtemps marginalisée, cette doctrine de l'interprétation conforme a acquis une importance renouvelée à la faveur de deux phénomènes croisés : l'un décelable dans les systèmes de tradition dualiste, aujourd'hui portés à reconnaître un certain effet interne aux normes internationales non incorporées. Il y est vu comme un moyen de garantir la conformité du droit interne avec les obligations internationales de l'État. Le phénomène inverse est visible dans les systèmes monistes, déterminés à encadrer de plus près l'incorporation automatique des normes internationales, et à mitiger les effets de l'applicabilité immédiate et de la primauté de principe sur les lois internes. La manipulation de la théorie de l'effet direct a eu pour effet de rogner sur l'efficacité interne des actes internationaux. La théorie de l'interprétation conforme pourrait leur assurer une forme d'invocabilité minimale, invocabilité affranchie de l'exigence d'incorporation. Elle témoigne par ailleurs de l'ouverture au droit international des systèmes juridiques internes⁷³.

⁷² Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies du 26 sept. 2012 sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme (A/67/396), par. 23.

⁷³ En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a souligné, à propos de l'influence de la décision *LaGrand* de la CIJ sur l'interprétation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires par les juges internes, que « *The German constitutional order was open towards international law (völkerrechtsfreundlich). German constitutional law provisions were to be interpreted in light of international law, and in a way*

45. Connu sous le nom du canon d'interprétation *Charming Betsy*, issu de la décision éponyme de la Cour suprême des États-Unis de 1804⁷⁴, le principe de l'interprétation conforme prévoit, dans sa version américaine, que les actes du Congrès ne devraient pas être interprétés de telle manière à ce que cette interprétation constitue une violation du droit des gens, *a fortiori* lorsque d'autres interprétations sont possibles : « *An act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains* ». Il n'est pas nécessaire qu'un acte interne donne expressément au juge un mandat d'interprétation des normes internes en un sens compatible avec les obligations internationales.

46. La doctrine de l'interprétation conforme a été reprise en France par le procureur général Paul Matter, dans ses remarquables conclusions de l'arrêt *Sanchez*⁷⁵. Cependant, ce sont surtout les maximes relatives aux conflits de normes (*lex posterior derogat priori*, et donc le principe de la suprématie de la loi ultérieure contraire) qui en ont été retenues. Dès lors, l'avènement des solutions *Jacques Vabre* (1975) et *Nicolo*, fondées sur la supériorité du traité sur la loi postérieure, a eu pour effet de jeter aux oubliettes la doctrine *Matter*, dont les manuels parlent généralement au passé. C'est injustement ignorer l'essentiel des conclusions du procureur général, qui étaient dédiées au principe de la conciliation à travers l'interprétation. De fait, l'esprit de l'interprétation conforme revient habiter les prétoires. Dans un des rares écrits spécifiquement dédiés à l'application de l'interprétation conforme par le juge français (en l'occurrence administratif), Bruno Genevois notait que « [a]lors que pendant longtemps la soumission de la loi à des normes supérieures s'effectuait, non sans difficulté, par le recours aux principes généraux du droit, s'impose sans cesse davantage une interprétation de la loi conforme à la fois aux principes constitutionnels et aux engagements internationaux »⁷⁶. Et même si l'on ne partage pas le point de vue selon lequel l'interprétation conforme a été exhumée pour répondre aux « exigences inhérentes à la hiérarchie des

which avoided conflicts with Germany's international obligations » (19 sept. 2006, *German Consular Notification Case*, BVerfG, 2 BvR 2115/01 ; *ILDC* 668 (DE 2006), par. 54).

⁷⁴ États-Unis, Cour suprême, *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804). Pour une analyse très fouillée de la décision elle-même, ainsi que de sa postérité dans la jurisprudence des cours des États-Unis, v. R. G. Steinhardt, « The Role of International Law... », *op. cit.*, note 9.

⁷⁵ France, Cour de cassation, Ch. civile, 20 déc. 1931, *Sanchez*, *D.* 1932.1.113 ; *JDI* 1932, p. 687, concls. Paul Matter ; note de Niboyet, *Gazette des tribunaux*, S. 1932, p. 257 ; note de Trasbot, *D.* 1932, n° 1, p. 113. V. aussi commentaire par A. Foulatier, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, 2015, à paraître.

⁷⁶ B. Genevois, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 878.

normes »⁷⁷, on note que l'étude de Bruno Genevois fait état de nombreux cas d'application de cette théorie.

47. Les conclusions de l'avocat général Paul Matter soulignent ainsi que « la réserve des traités n'a pas besoin d'être expressément formulée ; sauf preuve contraire, elle doit être sous-entendue »⁷⁸. Les justifications fondées en droit national s'enrichissent d'une référence au droit comparé, précisément à la décision *Charming Betsy* de la Cour suprême :

« Telle est la règle généralement admise dans tous les pays civilisés et un arrêt de la Cour suprême des États-Unis, cité par Moore (*A digest of International Law*, vol. 5, p. 365) s'exprime ainsi : 'Si cela peut être raisonnablement fait, une loi du Congrès doit être interprétée de façon à maintenir l'exécution d'un traité et non à violer ses dispositions. (...) Il vous appartient donc, Messieurs, et c'est une application directe de la séparation des pouvoirs, base de notre organisation constitutionnelle, de dire si raisonnablement, comme dit la Cour suprême des États-Unis, l'application de la convention internationale (...) est conciliable avec le texte de la loi (...). »⁷⁹

48. Les justifications en termes « d'ouverture » de l'ordre juridique interne à l'ordre international s'ajoutent au sens initial de la théorie, qui était fondé sur le respect par l'État de ses obligations. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a mis en exergue, dans une décision de 2006 le fait que :

« [t]he German constitutional order was open towards international law (*völkerrechtsfreundlich*). German constitutional law provisions were to be interpreted in light of international law, and in a way which avoided conflicts with Germany's international obligations. The principle of openness towards international law did not require blind adherence to international law. However, it required German authorities to take into consideration provisions of international treaties binding upon Germany as well as decisions of international judicial bodies interpreting such provisions. »⁸⁰

49. De nombreux ordres juridiques font aujourd'hui référence à la doctrine de l'interprétation conforme. Les études comparatives les plus récentes portant sur les rapports

⁷⁷ *Ibid.* En effet, le premier exemple donné par le juge Genevois est celui de l'interprétation conforme de la loi avec les principes généraux du droit. Or, de l'avis de nombreux juristes, ces principes n'ont pas de valeur supérieure à la loi (v. P. Brunet, « Les principes généraux de droit et la hiérarchie des normes », in D. de Béchillon *et al.* (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207-221). Ce qui est vrai pour les principes, le reste aussi pour les engagements internationaux : le fondement de l'interprétation conforme se situe ailleurs que dans la hiérarchie des normes.

⁷⁸ Concls. P. Matter sous Cour de cassation, Ch. civile, 20 déc. 1931, *Sanchez*, préc., note 75, p. 702.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 703-704.

⁸⁰ Allemagne, Cour constitutionnelle, 19 sept. 2006, *German Consular Notification Case*, Joint constitutional complaint, BVerfG, 2 BvR 2115/01, note par C. Tams, in *ILDC* 668 (DE 2006). La Cour se prononçait ainsi sur la question de savoir si les juridictions allemandes étaient liées par l'interprétation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires fournie par la CIJ. V. égal. l'analyse du principe d'interprétation conforme comme un paramètre témoignant de l'ouverture de l'ordre juridique, par E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales... », *op. cit.*, note 69, pp. 415-416 et 434-436.

de systèmes la mentionnent régulièrement⁸¹. Ces études sont naturellement ciblées sur la source conventionnelle – du fait de son importance quantitative et qualitative – mais la théorie de l'interprétation conforme a été également invoquée en relation avec la source institutionnelle, soit parce qu'elle constituait un fondement autonome d'obligations internationales, soit en raison de ses fonctions interprétatives du traité de base. Voici quelques exemples qui portent sur le droit dérivé de différentes organisations internationales :

- en relation avec les résolutions du Conseil de sécurité, le juge singapourien a considéré que le renvoi interprétatif en droit interne⁸² ne concerne pas uniquement les traités et qu'il était autorisé à prendre pour normes de référence les résolutions du CSNU :

« The second aspect is the use of international law in interpreting primary and subsidiary legislation. The English courts apply a rebuttable presumption that Parliament intends to legislate consistently with international law and specifically treaty obligations. In Singapore, s 9A(2) of the Interpretation Act (Cap 1, 2002 Rev Ed) permits consideration to be given to extrinsic materials in interpreting a provision of a written law, if such materials are capable of assisting in the ascertainment of the meaning of the provision. This is wide enough to encompass international law in appropriate cases, such as the present, where the MAS Regulations and the UN Regulations were expressly made to give effect to Singapore's international obligations. Further, s 9A(3)(e) specifically permits reference to any treaty or other international agreement that is referred to in the written law. »⁸³

- en relation avec le droit dérivé de l'OACI :

« We begin with the presumption of statutory interpretation that so far as its wording allows legislation should be read in a way which is consistent with New Zealand's international obligations. »⁸⁴. » (en relation avec l'Annexe 13 à la Convention relative à l'aviation civile internationale)

- en relation avec le droit dérivé de l'OIT :

« Either way, everyone agrees that by virtue of the 'presumption of compliance' between internal law and the provisions of international law, we are required to

⁸¹ V. concls. D. Shelton, dans « Introduction », in D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011, pp. 18-20 (l'ensemble des 27 ordres juridiques nationaux examinés par l'étude connaissent cette théorie) ; v. aussi les exemples donnés par A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, pp. 140-165, spéc. pp. 148-149 ; D. Sloss (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A Comparative Study*, Cambridge, CUP, 2009, spéc. pp. 13-14, 23-24, 30-31 (en Introduction) et pp. 593-597. Le Privy Council en a ainsi souligné la nature générale : « *Its application to laws which existed before the treaty is more difficult to justify as an exercise in construction but their Lordships are willing to proceed on the hypothesis that the principle requires one to construe the constitution and other contemporary legislation in the light of treaties which the government afterwards concluded.* » (Commonwealth, Privy Council, 5 juil. 2004, *Boyce & Joseph*, préc., note 48, par. 26).

⁸² V. *supra*, par. 23.

⁸³ Singapour, High Court, 31 janv. 2011, *The Sahand case*, préc., note 17, par. 34. Il est intéressant que le juge singapourien se réfère à la jurisprudence britannique sur la théorie de l'interprétation conforme.

⁸⁴ Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, *New Zealand Airline Pilots' Association*, préc., note 46, p. 572.

interpret statutes — as well as powers acquired by government authorities — in a manner which complies with the provisions of international law (...). Thus, the power acquired by the Minister of the Interior ‘to prescribe conditions for the grant of a visa or residence permit’ is restricted and limited, inter alia, by the right available to any person ‘to gain his living by work which he freely chooses or accepts’; by the right available to any individual to enjoy ‘just and favourable conditions of work’ and by the principal of non-discrimination between citizen workers and workers from foreign countries, which is anchored in the Convention on Migrant Workers (for the principle of non-discrimination regarding restrictions on employment of workers, see also Recommendation 86 of the International Labour Organization attached to the Convention on Migrant Workers – Migration for Employment Recommendation (Revised) 1949, Article 16). »⁸⁵

50. Dans le même esprit, le juge constitutionnel roumain a estimé qu’il pouvait prendre en considération la Déclaration des droits de l’enfant, en tant qu’instrument d’interprétation de la Convention sur les droits de l’enfant :

« D’ailleurs, ces dispositions doivent être considérées comme étant en complète concordance aussi avec la Déclaration des droits de l’enfant, adoptée par l’Assemblée Générale de l’ONU, le 20 novembre 1959, de même qu’avec les dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l’enfant, ratifiée par notre pays le 28 septembre 1990, conformément auxquelles les intérêts majeurs de l’enfant doivent représenter un critère essentiel de politique législative des États. »⁸⁶

51. Comme ces deux derniers exemples le montrent, bien qu’invoquant le principe de l’interprétation conforme qui se fonde sur la présomption de respect des obligations internationales, la jurisprudence ne fait pas toujours la distinction entre les différentes sources formelles du droit international, voire entre le droit dur et le droit souple. Un même constat peut être fait au sujet d’une décision de la Cour suprême canadienne au sujet du principe de précaution, dont le statut en droit international n’est guère clarifié :

« 30 En conclusion quant à cette partie relative au pouvoir conféré par la loi, je souligne qu’interpréter le par. 410(1) comme permettant à la Ville de réglementer l’utilisation des pesticides correspond aux principes de droit et de politique internationaux. Au nom de la Cour dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70, je note dans mon opinion que ‘[I]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent [. . .] être prises en compte dans l’approche contextuelle de l’interprétation des lois et en

⁸⁵ Israël, Cour suprême, 30 mars 2006, *Kav La’oved Association v Israel and ors*, H CJ 4542/02 ; ILDC 382 (IL 2006) (nous soulignons).

⁸⁶ Roumanie, Cour constitutionnelle, 5 avr. 1995, Décision n° 38, *Monitorul Oficial*, n° 274, du 24 nov. 1995 (traduction française tirée du dossier *Sélection de jurisprudences (Cour constitutionnelle)*, en ligne : <http://www.accpuf.org/roumanie/cour-constitutionnelle>).

matière de contrôle judiciaire'. Comme il est mentionné dans *Driedger on the Construction of Statutes, op. cit.*, p. 330⁸⁷ :

(...) [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [Je souligne.]
31 L'interprétation que je fais ici du règlement 270 respecte le 'principe de précaution' du droit international (...). »⁸⁸

Il en résulte un amalgame regrettable entre les fonctions de conformité au sens strict du terme et celle d'harmonisation du droit interne et du droit international que revêt l'interprétation croisée.

52. Au terme de cette analyse comparatiste, il est légitime de conclure que l'interprétation conforme est un principe général de droit : on en veut pour preuve sa généralisation dans les ordres juridiques internes de traditions hétéroclites, son rappel quasi systématique dans des affaires charnières qui soulèvent des difficultés liées aux rapports de systèmes, ainsi que son utilisation par des juridictions internationales. Mais tout influente qu'elle soit, l'interprétation conforme a des limites qui s'imposent au juge : celui-ci doit veiller à concilier les normes, et non pas à faire prévaloir l'acte institutionnel sur la norme interne ou vice-versa, sous couvert d'interprétation conforme.

§ 2. Les contraintes de l'interprétation conforme

53. Certaines limites sont inhérentes à la nature de l'interprétation conforme qui ne saurait aller *contra textum* (A.), tandis que d'autres tiennent à la difficulté qu'éprouvent les juges internes à donner une interprétation des actes internationaux (B.). Car l'interprétation conforme est une voie à double sens : elle a l'acte interne pour objet et l'acte international pour référence. Déterminer ce qui est conforme à ce dernier suppose en avoir au préalable déterminé le sens et la portée, donc l'avoir interprété.

⁸⁷ R. Sullivan et E. A. Driedger, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994.

⁸⁸ Canada, Cour suprême, 28 juin 2001, 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2, RCS 241, pars. 30-31.

A. Les limites imposées par l'ordre interne

1. *L'interprétation praeter legem est admise*

54. La généralisation de l'interprétation conforme ne débouche pas sur son surclassement : en effet, le recours à l'acte international reste un moyen subsidiaire de détermination du sens de l'énoncé normatif interne. C'est simplement une bonne méthode interprétative, qui consiste à partir du texte avant de se tourner vers les éléments extrinsèques à celui-ci. Le principe de l'interprétation conforme s'insère dans les silences ou les ambiguïtés de la loi. Les juges rappellent souvent que ses effets sont confirmatifs et non constitutifs. De ce point de vue, l'*Interpretation Act 2002* de Singapour résume bien la quintessence d'une pratique largement répandue :

« *consideration may be given to [the international] material – (a) to confirm that the meaning of the provision is the ordinary meaning conveyed by the text of the provision taking into account its context in the written law and the purpose or object underlying the written law; or (b) to ascertain the meaning of the provision when – (i) the provision is ambiguous or obscure; or (ii) the ordinary meaning conveyed by the text of the provision taking into account its context in the written law and the purpose or object underlying the written law leads to a result that is manifestly absurd or unreasonable.* »⁸⁹

55. Il existe des exemples où, faute de texte de loi pertinent, les juges ont eu recours à des actes institutionnels qui suppléent aux définitions manquantes dans l'ordre national :

- la Cour suprême chypriote a eu recours à une résolution de l'AGNU pour remplir les lacunes de définition du terme « handicapé »⁹⁰ ;
- de la même manière, la Cour suprême indienne a estimé que : « *In the absence of domestic law occupying the field, to formulate effective measures to check the evil of sexual harassment of working women at all workplaces, the contents of International Conventions and norms are significant for the purpose of the interpretation of the guarantee of gender equality (...).* »⁹¹

⁸⁹ Singapour, *Interpretation Act 2002*, Section 9(A)(2), disponible en ligne sur le site de l'Attorney General's Chambers : <https://app.agc.gov.sg/>. V. aussi Commonwealth, Privy Council, 5 juil. 2004, *Boyce & Joseph*, préc., note 48, par. 25.

⁹⁰ Chypre, Cour suprême, 24 mars 1984, *Constantinou v Cyprus*, no. 302/80, *ILDC* 917 (CY 1984) (utilisation de la Déclaration des droits des personnes handicapées de l'Assemblée générale, rés. 3447 (XXX), 9 déc. 1975)

⁹¹ Inde, Cour suprême, 13 août 1997, *Vishaka et all. c. État de Rajasthan*, 6 SCC 241, disponible sur le site <http://compendium.itcilo.org/fr> (nous soulignons).

56. Le droit institutionnel faisant partie du contexte extrinsèque de la réglementation interne et nourrissant les objectifs de celle-ci, le juge se tournera vers lui après avoir fait l'interprétation textuelle du droit interne. Le caractère subsidiaire de l'interprétation à la lumière du droit international transparaît ainsi dans l'usage répétitif, par le juge européen, de termes comme « en outre » ou « également » :

« *En outre*, aux fins de l'interprétation du règlement n° 881/2002, il y a *également* lieu de tenir compte du texte et de l'objet de la résolution 1390 (2002) que ce règlement, selon son quatrième considérant, vise à mettre en œuvre. »⁹²

57. Ce faisant, le juge tente de montrer qu'il ne se tourne vers les résolutions que pour appuyer une connotation qu'il a dégagée à travers l'interprétation textuelle. Cette intention est manifeste également dans l'emploi systématique du terme « confirme » ou d'autres appartenant au même champ sémantique, comme « est corroboré » ou « *is consistent* »

« Le libellé large et non équivoque de cette disposition [le paragraphe 2, sous a), de la résolution 1390 (2002)] *confirme* que l'article 2, paragraphe 3, du règlement n 881/2002 s'applique à toute mise à disposition d'une ressource économique et donc également à un acte, tel que celui en cause au principal (...) »⁹³.

« Cette interprétation est *corroborée* par le texte et l'objet de la résolution 820 (1993) du Conseil de sécurité des Nations unies... »⁹⁴.

« *In interpreting the Protocol's definition of 'refugee', we are further guided by the analysis set forth in the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (Geneva, 1979). (...) The High Commissioner's analysis of the United Nations' standard is consistent with our own examination of the origins of the Protocol's definition, as well as the conclusions of many scholars who have studied the matter.* »⁹⁵

58. Les textes institutionnels offrent ainsi un élément de légitimation non négligeable pour une solution judiciaire qui, devant des textes trop loquaces ou, au contraire, trop silencieux, risquerait d'apparaître comme unilatérale et arbitraire. Comme le souligne le Juge Kirby de la *High Court* d'Australie :

« *Far from enhancing idiosyncratic decision-making, the reference to such sources in international law is a check against 'strong passion or momentary interest'. It is*

⁹² CJUE, *M et al. c. Her Majesty's Treasury*, CJCE, *Kadi I*, préc., note 55, par. 45 (nous soulignons). V. aussi CJCE, *Möllendorf* préc., note 50, par. 54 ; CJCE, *Kadi I*, préc., note 50, par. 297.

⁹³ CJCE, *Möllendorf*, *ibid.*, par. 56 (nous soulignons).

⁹⁴ CJCE, 27 févr. 1997, *Ebony Maritime SA et Loten Navigation Co. Ltd contre Prefetto della Provincia di Brindisi et autres*, aff. C-177/95, *Rec.*, p. I-01111, par. 20.

⁹⁵ États-Unis, Cour suprême, 9 mars 1987, *INS v. Cardoza-Fonseca*, aff. n° 85-782, 480 U.S. 421 (1987) (nous soulignons).

surely preferable that judges should have regard to such sources where they are relevant than that they should rely solely upon their own personal preferences and beliefs or on expositions written decades before by judges having no understanding of the society in which the law must operate. The use of such materials, far from undermining the legitimacy of municipal constitutional jurisprudence, contributes to 'greater legitimacy by virtue of having paid due respect to the decisions of others' and this is so even if those others happen to be foreigners and the conclusion is different. »⁹⁶

2. *L'interprétation contra textum est bannie*

59. Quelles que soient les coutumes interprétatives dans un ordre juridique donné, le juge ne peut aller jusqu'à attribuer au texte qu'il doit appliquer une signification contraire à sa lettre. Le principe est en soi largement admis, même par les juridictions qui ont fait de la liberté interprétative une image de marque. Ainsi, la Cour internationale de Justice a-t-elle souligné que « [l]e principe d'interprétation exprimé par la maxime *ut res magis valeat quam pereat*, principe souvent désigné sous le nom de principe de l'effet utile, ne saurait autoriser la Cour à entendre la clause [conventionnelle] (...) dans un sens qui (...) contredirait sa lettre et son esprit. »⁹⁷ Mais la Cour mondiale ne considère pas toujours qu'il soit approprié de débiter par l'analyse littérale de la disposition conventionnelle. Il n'est pas rare qu'elle se reporte d'abord au contexte et au Préambule pour déterminer l'objet et le but de la Convention dans laquelle la disposition s'insère⁹⁸. Ce faisant, elle accorde une place prééminente au principe *ut res magis valeat quam pereat*.

60. Les juges internes ne s'autorisent guère de telles libertés. Certes, le principe de l'effet utile fait partie de leur arsenal herméneutique, *a fortiori* lorsqu'ils sont confrontés à une législation d'incorporation d'un acte institutionnel. Si le texte de la disposition nationale reste invariablement le point de départ de leur analyse, la lettre du texte n'est ni autosuffisante ni décisive à elle toute seule⁹⁹. Dans le cas de l'interprétation conforme, est péremptoire la

⁹⁶ M. Kirby, « International Law – The Impact on National Constitutions », *American University Law Review*, vol. 21, 2006-3, pp. 359-360, notes de bas de page omises.

⁹⁷ CII, avis consultatif, 18 juil. 1950, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, Rec. 1950, p. 229. Sur la pratique concordante des autres juridictions internationales, v. D. Simon, *L'interprétation judiciaire...*, *op. cit.*, note 25, pp. 335-350.

⁹⁸ V. en ce sens son récent jugement dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, où la Cour a débuté l'analyse herméneutique de l'article VIII de la Convention par le présumé selon lequel « l'article VIII fait partie intégrante de la convention. Il doit donc être interprété à la lumière de l'objet et du but de cet instrument et eu égard aux autres dispositions de la convention, dont le règlement. » (CIJ, 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, par. 55).

⁹⁹ À cet égard, on doit accepter les conclusions percutantes auxquelles sont arrivés les linguistes : « Tous les mots étant polysémiques à quelque degré, l'univocité ou la plurivocité de notre discours n'est pas l'œuvre

volonté de l'autorité interne de se situer ou non en conformité avec les obligations internationales. C'est donc cette volonté (éventuellement contraire) que le juge se doit d'identifier. Cette approche est commandée par la *ratio legis* de l'interprétation conforme, qui repose sur la présomption que le législateur n'entendait pas violer les obligations internationales. Selon le constat d'Antonio Cassese, « *[i]n actual fact (...) parliaments very seldom deviate from treaties with the express intent to do so ; when national legislation is contrary to international rules this is often so merely from lack of co-ordination or even owing to an oversight.* »¹⁰⁰ La lettre du texte est éventuellement mobilisée comme porte-parole de cette volonté puisque, selon la conception classique de l'interprétation, « [a]vant tout, c'est à la formule qu'il faut demander la révélation de la volonté législative. Et du moment qu'elle se dégagera du texte, sans être contredite par aucun élément extérieur, elle dictera, supprimant toute hésitation, la décision de l'interprète. »¹⁰¹ Mais souvent c'est le contexte de l'adoption de la législation nationale qui renseigne mieux sur la volonté du législateur.

61. D'évidence, l'interprétation conforme est impuissante dans des situations où le législateur a clairement indiqué sa volonté de s'opposer aux décisions internationales, fussent-elles opposables à l'État. L'application (ou plutôt le rejet) des sanctions à l'encontre de l'Afrique du Sud lors de l'occupation illégale de la Namibie, ainsi que ceux à l'encontre de la Rhodésie de Ian Smith, révèle des cas topiques :

- telle était la position des juridictions sud-africaines, lorsque les requérants contestaient la validité des actes du Président qui s'étendaient à la Namibie, nonobstant les décisions des Nations Unies déclarant la fin du mandat :

« Counsel for the appellant also sought to rely on a presumption that Parliament does not intend to violate its international obligations, ie that Parliament intends to fulfil, rather than to break, such obligations. In casu, so it was argued, there is consequently a presumption that Parliament did not intend to confer upon the State President the power to legislate in conflict with the international obligations created by the mandate. (...)

In the present case there is nothing ambiguous in s 38(1) of the South West Africa Constitution Act. As already pointed out, it confers in clear terms extensive powers of legislation upon the State President in regard to the territory, without imposing any restrictions whatsoever on the ambit of the State President's legislative competence. Moreover, there is no indication that, in enacting the Act, Parliament intended to give

des mots, mais des contextes. » (Paul Ricœur, *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, Paris, Seuil, 1969, p. 72)

¹⁰⁰ A. Cassese, « Modern Constitutions and International Law », *RCADI*, vol. 192, 1985, p. 400.

¹⁰¹ F. Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, cité par D. Simon, *op. cit.*, note 28, p. 423.

*effect to such international obligations as the mandate imposed and may still be in existence. Indeed, the Act contains no reference whatsoever to the mandate. The aforesaid presumption consequently finds no application in this appeal. »*¹⁰²

- de la même manière, dans l'affaire *Diggs v. Schultz*, la Cour d'appel du district de Columbia a établi avec force que l'amendement Byrd (1971) avait précisément pour effet de permettre à l'Exécutif d'éluder les sanctions des Nations Unies à l'encontre de la Rhodésie, en ce qui concernait les importations de chrome. Pour écarter le principe de l'interprétation conforme, les juges se sont appuyés sur le texte univoque de la législation interne, ainsi que sur ses travaux préparatoires :

*« [The appellants] seek, rather, to show that, in the Byrd Amendment, Congress did not really intend to compel the Executive to end United States observance of the Security Council's sanctions, and that, therefore, it is the Executive which is, without the essential shield of Congressional dispensation, violating a treaty engagement of this country. Appellants point out in this regard that the Byrd Amendment does not in terms require importation from Southern Rhodesia, but leaves open two alternative courses of action. (...) Citing the canon of construction that a statute should, if possible, be construed in a manner consistent with treaty obligations, appellants argue that the Byrd Amendment, although discretionary on its face, should be construed to compel the President to take one or the other of these two steps as a means of escape from the necessity of breaching the U.N. Charter. (...) We think that there can be no blinking the purpose and effect of the Byrd Amendment. It was to detach this country from the U.N. boycott of Southern Rhodesia in blatant disregard of our treaty undertakings. The legislative record shows that no member of Congress voting on the measure was under any doubt about what was involved then; and no amount of statutory interpretation now can make the Byrd Amendment other than what it was as presented to the Congress, namely, a measure which would make—and was intended to make—the United States a certain treaty violator. »*¹⁰³

62. En présence d'actes formellement obligatoires, la différenciation matérielle entre l'acte international et l'acte interne postérieur peut servir d'indice pour démontrer que le législateur n'avait pas entendu incorporer dans l'ordre interne certains standards de l'OACI :

*« In the face of those differences between the most immediately relevant statute and the [relevant] paragraph [of Annex 13] we cannot see how it can possibly be said that Parliament has made annex 13, and in particular the first sentence of para 5.12, part of the law of New Zealand. It has simply failed to manifest such a purpose. »*¹⁰⁴

¹⁰² Afrique de Sud, Cour suprême, 24 mars 1988, *Binga v. The Cabinet for South West Africa and Others*, ILR vol. 82, p. 262.

¹⁰³ États-Unis, Court of Appeals, District de Columbia Circuit, 31 oct. 1972, *Diggs v. Shultz*, 470 F.2d 461 (nous soulignons).

¹⁰⁴ Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, *New Zealand Airline Pilots' Association*, préc., note 46, p. 572.

Cependant, la solution ne repose pas seulement sur cet argument textuel : le juge avait soigneusement examiné toute une série d'indices de la volonté du législateur : ont ainsi été mis en évidence les travaux préparatoires de la législation, ainsi que la notification de différence soumise par le Gouvernement à l'organisation. Au regard de tous ces indices concordants – et, il est vrai, indifférenciés – le juge devait conclure que le législateur n'avait pas manifesté la volonté de se conformer à l'acte international.

63. On mesure toute l'influence de la théorie de l'interprétation conforme dans ce dépassement de l'interprétation littérale. Le présomption de conformité tend à s'imposer au-delà des seules situations où le texte interne est considéré comme assez ambigu pour laisser au juge suffisamment de marge de manœuvre interprétative, qui serait alors orientée vers le respect des obligations internationales. En présence d'actes internationaux obligatoires, les juridictions ne se satisfont plus de la clarté de l'acte interne. Elles ne vont (ou ne devraient) conclure à l'impossibilité de conciliation qu'après avoir recueilli plusieurs indices de la volonté contraire du législateur. La présomption initialement négative s'est en effet renforcée : d'une part, l'ambiguïté ou le silence bénéficient inexorablement au respect des obligations internationales et, d'autre part, seule une volonté expresse contraire peut renverser ce premier principe. Cette double présomption trouve une expression très claire dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg :

« En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par les Nations unies dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme, *le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les États prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme.* »¹⁰⁵

64. Selon la Juge Susan Glazebrook de la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande, « *[t]he way in which this presumption operates is not confined to cases of ambiguity but, at its strongest, would effectively require Parliament to legislate specifically to exclude New Zealand's international obligations.* »¹⁰⁶ Ce point de vue ne fait pas l'unanimité et est vu comme un accroc aux théories classiques concernant les rapports de systèmes¹⁰⁷. Nous ne

¹⁰⁵ CrEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, n° 27021/08, par. 102 (nous soulignons).

¹⁰⁶ Justice S. Glazebrook, « Immigration and Judicial Review », 12 juin 2009, disponible en ligne sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1418724 (consulté le 5 novembre 2014).

¹⁰⁷ V. *ibid.*

sommes pourtant pas au seuil d'une révolution, mais nous assistons plutôt à un retour aux sources. En 1931, c'était la même philosophie qui traversait les *Conclusions Matter* :

« [i]l existe en quelque sorte une présomption que la loi n'a pas voulu empiéter sur le traité et *cette présomption ne peut être détruite que par une déclaration formelle de la loi*. Ce principe de base est exact et il est constant que toute loi nouvelle doit réserver implicitement mais nécessairement l'application des traités internationaux dans la mesure où ceux-ci atteignent ses propres dispositions. »¹⁰⁸

65. Mais face à la volonté univoque de législateur de « violer les obligations conventionnelles », le juge ne peut que s'incliner : l'obligation d'interprétation conforme rencontre ici une limite insurmontable et le raisonnement en termes de hiérarchie des normes dans l'ordre interne reprend le pas.

66. Le rejet de l'interprétation conforme sonne comme un aveu d'impuissance de la part des juges, qui, quand bien même le souhaiteraient-ils, ne peuvent rendre une décision qui assure le respect par l'État de ses obligations internationales¹⁰⁹. Ils renvoient ainsi la balle aux autorités en charge de l'édiction des normes, pour qu'elles remettent de l'harmonie dans le désordre des obligations contradictoires. C'est un appel souvent fait au législateur, parfois en des termes particulièrement virulents, comme dans l'affaire *Diggs v. Schultz*, mais cet appel peut également être adressé à l'institution internationale. Dans ce dernier cas, le juge ne va évidemment pas lui opposer le droit interne, mais d'autres normes internationales, par lesquelles il estime que l'institution est liée.

3. *L'applicabilité contestée de la théorie de l'interprétation conforme en relation avec la soft law internationale*

67. La théorie de l'interprétation conforme a également été invoquée au bénéfice de la *soft law* internationale. Cependant, dans la mesure où, par définition, elle ne lie pas les États, elle n'engendre donc pas d'obligation de conformité. Dès lors, il n'est pas choquant que les juges refusent ne considèrent pas cette théorie opératoire dans ces circonstances. Un exemple en ce sens est constitué par une affaire indienne où les requérants soutenaient que la nomination d'un officier de police à la retraite comme membre de la commission nationale des droits de l'homme violait des principes des Nations Unies pertinents en la matière. Ils invoquaient à titre illustratif certaines résolutions de l'Assemblée générale. La Cour suprême indienne a

¹⁰⁸ Concls. P. Matter sous Cour de cassation, Ch. criminelle, 20 déc. 1931, *Sanchez*, préc., note 75, p. 701.

¹⁰⁹ B. Genevois le rappelait avec force : « le juge doit se garder cependant de donner des interprétations qui aboutiraient à une réécriture de la loi au lieu et place du législateur. » (*op. cit.*, note 76, p. 885).

d'abord relevé que les textes invoqués n'étaient pas obligatoires dans l'ordre international¹¹⁰. Cet argument aurait suffi, mais les juges ont continué en examinant la requête sous l'angle des limites de l'interprétation conforme. Ils ont souligné que la règle interne concernant la nomination des membres de cette institution ne prévoyait pas d'exception désignant spécifiquement la catégorie des policiers :

« the language [of the Act] being clear, *we cannot by looking back into the Paris Principles or the UN Resolution interpret an exclusionary clause to keep police officers from being members of the Commission in spite of the Act not providing for the same. (...) The fact that the field in relation to the constitution of NHRC [la commission] is covered by an Act of the Indian Parliament, it follows that neither the Paris Principles nor the UN General Assembly Resolution can override the express provisions of the Act.* »¹¹¹

68. L'absence de force obligatoire est donc avancée comme un argument décisif à l'encontre de l'opérativité de l'interprétation conforme. Dans la très critiquée décision *Karadzole v. Artukovic*, une cour d'appel des États-Unis a considéré que des résolutions de l'Assemblée générale ne pouvaient orienter l'interprétation de la législation antérieure et des traités correspondants en matière d'extradition dans un sens contraire à celui que la jurisprudence lui attachait. Était en question l'interdiction de l'extradition des étrangers accusés de crimes politiques, dans une affaire où la Yougoslavie demandait l'extradition d'un ancien chef de l'État oustachi, installé en Croatie par les nazis. L'État demandeur arguait que « [t]he Resolutions of the General Assembly of February 13, 1946, and October 31, 1947, recommend[ed] the removal of war criminals to the countries where their crimes had been committed. »¹¹² Essentiellement, cela revenait à soutenir que ces résolutions avaient introduit une exception à la règle de la non extradition pour des crimes politiques et que les juridictions internes devaient en tenir compte. L'argument était mal tourné et les juridictions américaines n'ont pas eu de difficulté à l'écarter, au motif que :

« *We have examined the various United Nations Resolutions and their background and have concluded that they have not sufficient force of law to modify long standing judicial interpretations.* »¹¹³

69. Le juge britannique excipe lui-aussi de la faible force normative des recommandations du HCR pour en limiter la portée interne. L'affaire *Musisi* mettait en cause la disposition

¹¹⁰ V. l'analyse sous cet angle *supra*, Chapitre 1, pars. 20 et s.

¹¹¹ Inde, Cour suprême, 29 avr. 2005, *People's Union for Civil Liberties v India*, Writ petition (civil), AIR 2005 SC 2419 ; *ILDC* 458 (IN 2005), pars. 8 et 19 (nous soulignons).

¹¹² États-Unis, Cour d'appel du 9^e Circuit, 24 juin 1957, *Karadzole v. Artukovic*, 24 *ILR* 510, note de bas de page omise. Les aspects substantiels de l'affaire, ainsi que ses suites, sont discutés dans C. Bassiouni, *International Extradition : United States Law and Practice*, New York, OUP, 2014, pp. 688-689.

¹¹³ États-Unis, Cour d'appel du 9^e Circuit, 24 juin 1957, *ibid.*, (raisonnement implicitement validé par la Cour suprême, décision du 20 janv. 1958, 24 *ILR* 512).

législative qui prévoyait qu'aucun recours judiciaire ne pouvait être exercé à l'encontre d'une décision d'expulsion immédiate d'un immigré illégal, même lorsque celui-ci aurait déposé sur place une demande d'asile. Les demandeurs mettaient en avant des recommandations du HCR selon lesquelles la décision devait être suspendue en attente d'une décision sur la demande d'asile. La Chambre des lords a considéré que les recommandations ne pouvaient l'emporter sur le texte clairement contraire de la loi, et que l'obligation de coopération avec le HCR prévue par la Convention de Genève de 1951 n'entraînait pas une obligation de se conformer à ses recommandations :

« If the effect of the 1977 recommendations [of the UNHCR] were to require the Secretary of State to treat every applicant for refugee status in such a way as to enable the application (...) [t]he result would then be that the Secretary of State's duty to act in conformity with the obligation of the United Kingdom under the Convention to cooperate with the Office of the UNHCR and to have regard to the recommendations made by the Executive Committee in 1977 would override the express terms of section 13(3) of the Act, which prohibits an appeal against refusal of leave to enter so long as the intending appellant is in the United Kingdom. This is plainly untenable. »¹¹⁴

70. Des plaideurs ont également invité les juges à faire abstraction du caractère non obligatoire des recommandations lorsque celles-ci émanent d'organes en charge de l'interprétation et de l'application d'une convention, au motif qu'elles représentent des interprétations authentiques de celles-ci. Selon cette logique, le non-respect des recommandations reviendrait à une violation de la convention elle-même ; et l'interprétation conforme à la recommandation serait une interprétation conforme à la convention. Dans ces situations, les juges redoublent de précaution et reviennent plus longuement sur la force normative de ces actes. Ils rappellent que, bien que ces actes aient une force persuasive¹¹⁵, ils se réservent néanmoins la liberté de ne pas les suivre, *a fortiori* en cas de contrariété ouverte avec la législation interne. Prenons pour exemple la jurisprudence de la Cour de Luxembourg au sujet des avis de classement de l'OMD, lesquels, tout en ayant servi de base pour la législation communautaire, n'étaient pas repris à l'identique par cette dernière. La Cour a estimé en conséquence que :

« Il y a lieu de relever que les avis de classement délivrés dans le cadre de l'OMD ne lient pas les parties contractantes, mais constituent des éléments importants

¹¹⁴ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 19 févr. 1987, *In re Musisi*, *ILR*, vol. 79, p. 643 (égal. disponible en ligne : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b61b4.html>) (nous soulignons).

¹¹⁵ Ces aspects ont été développés au Chapitre 2 de cette étude (v. pars. 207 et s.).

d'interprétation (...). Ils doivent être écartés, si leur interprétation apparaît inconciliable avec les termes de la position de la NC en question. »¹¹⁶

B. Les écueils de l'interprétation des actes institutionnels : le cas des résolutions du CSNU

71. Les juridictions internes ont toujours redouté les écueils de l'interprétation des actes internationaux, au point de considérer que celle-ci ne faisait pas partie de leur office naturel¹¹⁷. La question s'est surtout posée pour les traités dont les juges étaient appelés à faire application. En ce qui concerne les actes institutionnels, le contexte est différent : faute d'effet direct, leur interprétation n'est pas un préalable nécessaire à leur application. Mais dans la mesure où le juge a établi un lien entre les actes internes et les actes internationaux par le biais de l'interprétation conforme, il doit déterminer le sens et la portée de ces derniers, afin de pouvoir apprécier l'étendue des obligations imposées et donc les paramètres de la conformité. Lorsque le lien est le plus étroit – comme dans le cas des actes internes d'incorporation des actes institutionnels – la nécessité d'une interprétation fidèle ne s'en fait que plus pressante.

1. Les réserves à propos de la compétence d'interprétation des actes internationaux

72. Il est aujourd'hui rare que les juges excipent tout simplement de leur incompétence pour interpréter les actes institutionnels. De fait, la réalité contentieuse est telle qu'il est impossible pour les juges d'ignorer les actes internationaux. Dans la mesure où les actes institutionnels engendrent des conséquences de plus en plus directes sur des personnes privées, et compte tenu du fait que ces dernières n'ont pas accès aux prétoires internationaux, les juridictions internes se retrouvent en première ligne pour traiter d'un contentieux lié à ces actes. Or, à moins de faire preuve d'un irréalisme spécieux, les juges ne peuvent plus se retrancher derrière la séparation formelle des ordres juridiques et se cantonner à l'interprétation des actes internes d'incorporation.

73. Parmi les exemples où l'incompétence d'interprétation a été ouvertement affirmée par le juge, on trouve celui d'une décision irlandaise. La *High Court* était saisie de la compatibilité avec le principe constitutionnel de neutralité de l'autorisation de survol accordée

¹¹⁶ CJCE, ord. 19 janv. 2005, *Commissioners of Customs & Excise contre Smithkline Beecham plc.*, aff. 206/03, *Rec.*, 2005, p. I-415, par. 24 (nous soulignons).

¹¹⁷ On renvoie ici à la technique du renvoi préjudiciel au ministre des affaires étrangères (v. le commentaire de l'arrêt Conseil d'État, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, D. Lochak, *op. cit.*, note 32).

par le gouvernement irlandais pour les avions de la coalition se rendant en Afghanistan. Dans un argument subsidiaire, le gouvernement avançait comme justification la résolution 1368 (2001). La Cour a refusé d'y répondre :

« *The respondents further contend that the decision of the first named respondent and the implementation of the same by the permissions and facilities announced were taken in compliance with Resolution 1368. The applicant argues that (a) the resolution did not permit the events which occurred in Afghanistan, and (b) even if it did, it would not render an unconstitutional act constitutional. On the first of these, I am of the view that it is neither permissible nor appropriate for this court to seek to interpret a resolution of the Security Council of the United Nations. This court, in my view, has no competence so to do, and I make no comment on the argument of one or other party on the true meaning of the resolution.* »¹¹⁸

74. Mais les juridictions ne peuvent pas toujours régler le litige sans se prononcer sur le sens des résolutions, en particulier lorsque celles-ci influent très directement sur l'étendue des droits et des obligations en débat ou sont la cause primaire de la situation dont le juge est saisi. Ces dernières années, les décisions qui se penchent soigneusement sur le sens et la portée des actes institutionnels, spécialement des résolutions du CSNU, se sont multipliées. Les juges s'attellent à la tâche sans soulever la question de leur compétence et le pouvoir d'interprétation s'en trouve consolidé.

75. En même temps, ils prennent soin de circonscrire la portée de leurs conclusions. Bien évidemment, les interprétations ainsi données n'ont force obligatoire que dans l'ordre juridique de l'organe du for. « *[They are] neither final nor binding upon the other parties.* »¹¹⁹ De ce point de vue, les interprétations données restent unilatérales, car ces juridictions sont également des organes de l'État. Les interprétations judiciaires des actes institutionnels ne sont qu'une autre illustration d'un phénomène consubstantiel à la structure

¹¹⁸ Irlande, High Court, 13 déc. 2005, *Dubsky v Government of Ireland*, 2005) IEHC 442, *ILDC* 485 (IE 2005), par. 91 (nous soulignons).

¹¹⁹ L. Gross, « States as Organs of International Law and the Problem of Autointerpretation », in G. A. Lipsky (dir.), *Law and Politics in the World Community : Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley, University of California Press, 1953, pp. 76-77 ; J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les États membres*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II, 2000, pp. 60-66 et 143-149. Comme l'a noté la CIJ, l'interprétation centralisée de la Cour elle-même coexiste avec l'interprétation décentralisée, unilatérale, des États : « Le pouvoir de l'Assemblée générale de demander un avis consultatif à la Cour ne porte d'ailleurs aucune atteinte au droit à l'interprétation de la Convention qui appartient en propre aux États qui y sont devenus parties. Il en est indépendant et s'exerce parallèlement à lui » (Avis consultatif, 28 mai 1951, *Réserves à la Convention sur le Génocide*, *Rec.* 1951, p. 20).

juridique de l'ordre international : celui de l'auto-interprétation. En effet, « [t]he international legal order (...) relies on a decentralization of law interpretation and enforcement »¹²⁰.

76. L'affirmation de la compétence s'accompagne de la mise en évidence des limites de l'interprétation en résultant. La Cour européenne des droits de l'homme souligne ainsi qu'« *il ne lui appartient pas d'interpréter, par voie d'autorité, le sens et la portée des dispositions de la Charte de l'ONU et d'autres instruments internationaux.* »¹²¹ La Cour est évidemment consciente que ses interprétations ne sont pas authentiques¹²², et qu'elles ne lient par conséquent pas les États ou les autres institutions internationales. La référence à « l'interprétation par voie d'autorité » prend son sens au-delà de cette évidence. On remarque que la Cour utilise ce *caveat* lorsqu'elle est amenée à expliciter la signification de textes internationaux situés en dehors de sa compétence statutaire : il en allait ainsi des résolutions du CSNU dans les affaires précitées, mais également du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966¹²³ ou de la Convention de La Haye de 1907¹²⁴. Organes des ordres qui les ont instituées, la CrEDH, tout comme les juridictions internes, n'ont qu'une compétence subsidiaire pour interpréter des actes extérieurs à leurs ordres juridiques. L'autorité primaire, privilégiée, appartient aux organes de l'ordre-source. À ce sujet, l'opinion de la Cour de Strasbourg est partagée par la Cour de La Haye, qui a également marqué sa déférence aux interprétations dans l'ordre d'origine,

– qu'il fût étatique :

« La Cour rappelle qu'il appartient à chaque État, au premier chef, d'interpréter son droit interne. La Cour n'a pas, en principe, le pouvoir de substituer sa propre interprétation à celle des autorités nationales, notamment lorsque cette interprétation émane des plus hautes juridictions internes (...). »¹²⁵

– ou régional :

« De même, lorsque la Cour est appelée, comme en l'espèce, à faire application d'un instrument régional de protection des droits de l'homme, elle doit tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adopté par les organes indépendants qui ont été

¹²⁰ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 220.

¹²¹ CrEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, préc., note 105, par. 76 (nous soulignons) ; v. aussi CrEDH, Grde. Ch., décision sur la recevabilité, 2 mai 2007, *Behrami c. France ; Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, n^{os} 71412/01 et 78166/01, par. 122 ; CrEDH, *Stichting Mothers of Srebrenica et a. c. Pays-Bas*, n^o 65542/12, par. 143.

¹²² Sur le concept d'interprétation authentique, v. Chapitre 2, pars. 198-224.

¹²³ CrEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, n^o 14553/89, par. 72.

¹²⁴ CrEDH, anc. 3^e Ch., 24 juil. 2008, *Kononov c. Lettonie*, n^o 36376/04, par. 122.

¹²⁵ CIJ, 30 nov. 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, Rec. 2010, p. 665, par. 70.

spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause. »¹²⁶

77. L'interprétation est à la fois un art et un exercice. Faute de pratique, les juges internes ne sont pas à l'aise lorsqu'ils se prononcent sur le sens et la portée des actes institutionnels. Ils ont une conscience aiguë des risques d'erreur. Dès lors, les conclusions avancées sont présentées *prima facie*, ce qui implique qu'elles pourront être renversées par la suite. C'est ainsi que la Cour de Strasbourg constate qu'« [e]lle doit néanmoins examiner si ces textes [les résolutions du CSNU] fournissent une *base plausible* pour les questions soulevées devant elle. »¹²⁷

78. L'interprétation des actes institutionnels par les cours nationales et régionales débouche sur des solutions à la fois relatives et approximatives. Mais ce n'est pas seulement par honnêteté intellectuelle que la Cour de Strasbourg dévalorise ainsi ses propres conclusions. En effet, d'ordinaire, ses arrêts sont dotés de l'autorité de la chose jugée, mais ils revêtent aussi, et surtout, l'autorité de la chose interprétée. Sachant que « la notion d'autorité de chose interprétée a été employée pour désigner la portée normative *erga omnes* des décisions prononcées par les juridictions européennes »¹²⁸, on peut penser que ces avertissements ont pour fonction de faire échec à l'établissement de cette qualité. Bien que la Cour ne l'ait pas explicitement affirmé, il est permis de considérer que l'autorité de la chose interprétée ne s'étend pas aux interprétations des actes institutionnels qui apparaissent dans les motifs. Les juridictions des États membres du Conseil de l'Europe, qui sont généralement tenues de suivre la jurisprudence de la CrEDH lorsqu'elles appliquent la Convention, retrouvent en principe leur liberté dans l'interprétation des actes institutionnels. Elles peuvent néanmoins se prêter au dialogue des juges en s'inspirant des solutions dégagées par la Cour.

79. Il n'est cependant pas certain que la Cour de Luxembourg ait le même avis. D'abord, son prononcé aura une valeur absolue si la Cour définit la portée d'un acte international dans

¹²⁶ *Ibid.*, p. 664, par. 67.

¹²⁷ CrEDH, *Al-Jedda*, préc., note 105, par. 76 ; v. aussi CrEDH, *Behrami*, préc., note 121, par. 122 ; CrEDH, *Stichting Mothers of Srebrenica et a.*, préc., note 121, par. 143.

¹²⁸ B. Mathieu, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juil. 2011. Sur l'autorité de la chose interprétée, v. égal. les commentaires des arrêts du Conseil d'État, Ass., 11 déc. 2006, *Société de Groot*, n° 234560, *Lebon*, p. 512 (par J.-S. Bergé) et Cour de cassation, Ass., 15 avr. 2011, n° 589 (10-17.049), n° 590 (10-30.242), n° 591 (10-30.313), n° 592 (10-30.316) (par J. Boissise), in. A. Miron et A. Pellet, *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, op. cit., note 10.

le cadre d'un renvoi préjudiciel en interprétation d'un instrument de droit dérivé (le cas topique est celui des règlements d'incorporation des résolutions du CSNU). Les juridictions internes devront s'y plier dans tous les cas où elles appliqueront le règlement. Mais ces interprétations peuvent avoir une portée normative au-delà des cas d'application nationale du règlement européen. Il en est ainsi lorsque les États ont également incorporé les mêmes résolutions, par le biais de lois ou, plus souvent, de décrets. Ces actes nationaux font largement double emploi avec le droit de l'Union¹²⁹. Au-delà des doutes sur leur validité au regard du droit européen, les juridictions internes sont de toute manière tenues par les interprétations des résolutions données par la Cour de Justice¹³⁰.

2. La déférence aux règles interprétatives de l'ordre international

80. Les risques inhérents à l'interprétation décentralisée des actes institutionnels peuvent être partiellement surmontés par l'application des règles secondaires d'interprétation, telles qu'elles ont cours dans l'ordre international. Si l'on part du postulat que « *the rules of a given legal order, even when applied by the judiciary of another legal order, should be interpreted according to the principles of interpretation of the legal order in which they originate* »¹³¹, les juridictions internes doivent donner la préférence aux méthodes d'interprétation forgées dans l'ordre international. Non seulement leur application les prémunit-elle contre les erreurs manifestes d'interprétation¹³², mais en outre elle aboutit à une certaine uniformisation des solutions décentralisées. C'est à juste titre qu'André Nollkaemper insiste sur « *the unifying power of secondary rules* »¹³³.

¹²⁹ Sur ces points, v. U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances... », *op. cit.*, note 63, p. 773.

¹³⁰ V. en ce sens la jurisprudence de la CJUE sur la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, dont les dispositions ont été incorporées depuis longtemps dans les ordres internes, mais qui ont également été reprises par une directive européenne de 2004. La Cour a considéré à ce sujet que : « Dans un tel cas, il existe un intérêt de l'Union certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions de cette convention internationale reprises par le droit national et le droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer. » (CJUE, Grde. Ch., 9 nov. 2010, *Bundesrepublik Deutschland c. B (C-57/09) et D (C-101/09)*, aff. jtes. C-57/09 et C-101/09, *Rec.*, 2010, p. I-10979, par. 71).

¹³¹ J. d'Aspremont, « The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts... », *op. cit.*, note 44, p. 152. La jurisprudence de la CPJI reflète d'ailleurs ce postulat : « La Cour étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur. » (12 juil. 1929, *Emprunts brésiliens*, Série A, n° 15, p. 124).

¹³² V. en ce sens concls. R. Abraham sous Conseil d'État Ass., 29 juil. 1990, *GISTI, AJDA* 1990, p. 621.

¹³³ A. Nollkaemper, *National Courts...*, *op. cit.*, note 120, p. 224.

a) La spécificité des méthodes d'interprétation des actes institutionnels

81. À l'opposé des actes conventionnels, les actes institutionnels ne connaissent pas, dans l'ordre international, de codification des règles relatives à leur interprétation. Faut-il leur appliquer par analogie les méthodes prévues aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ? D'aucuns le pensent¹³⁴, d'autres le contestent¹³⁵. En vérité, il est inconcevable qu'un exégète, quel qu'il soit, n'utilise pas certains des éléments mentionnés dans ces dispositions qui sont plus que de simples principes généraux de droit et reflètent des règles de bon sens. Du reste, la méthode d'interprétation naît d'un dosage de tous ces éléments et non de la prise en compte de certains d'entre eux. Pour les actes institutionnels, le dosage est différent (ou devrait l'être) ; et de nouveaux éléments, non mentionnés dans la Convention de Vienne, deviennent pertinents. Ainsi la méthode prévue dans la Convention de Vienne n'est pas forcément transposable aux actes institutionnels.

82. La Cour internationale de Justice a eu l'occasion de clarifier ces aspects dans son avis sur le *Kosovo*. Elle s'exprimait au sujet des résolutions du CSNU, mais nombre de ces prémisses concernent *mutatis mutandis* l'ensemble des décisions des organisations internationales :

« Il est vrai que les règles relatives à l'interprétation des traités consacrées par les articles 31 et 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités peuvent fournir certaines indications mais, compte tenu des différences qui existent entre les instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières. »¹³⁶

83. Une fois posé le principe de la distinction entre les règles interprétatives relatives aux traités et celles applicables aux résolutions, la Cour identifie la raison fondamentale qui le justifie. Celle-ci réside dans le caractère unilatéral des décisions du Conseil de sécurité, qui se traduit de deux manières : d'une part, le caractère « collégial unique » de l'organe, d'autre

¹³⁴ A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, OUP, 2008, pp. 487 et s.

¹³⁵ V. M. Wood, « The Interpretation of Security Council Resolutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2, 1998, pp. 73-95, spéc. p. 95. V. aussi M. Forteau, « Organisations internationales et sources du droit », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 262-266.

¹³⁶ CIJ, avis consultatif, 22 juil. 2010, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Rec., 2010, p. 442, par. 94. Pour une analyse, v. S. D. Murphy, « Reflections on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo : Interpreting Security Council Resolution 1244 (1999) », in M. Wood et M. Milanovic (dir.), *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*, à paraître.

part, la procédure d'adoption des résolutions. La Cour insiste sur le fait qu'elles sont « élaborées dans le cadre d'un processus très différent de celui qui permet la conclusion d'un traité [étant] (...) adoptées à l'issue d'un vote »¹³⁷. Partant, la Cour conclut que « leur texte final exprime la position du Conseil de sécurité en tant qu'organe »¹³⁸. Toutefois, elle ne tire aucune conséquence immédiate de ces constats, en dehors de la suggestion timide que l'interprétation des résolutions poursuit la mise au jour de la volonté de l'organe qui l'adopte, et non pas de celle des États membres qui le composent.

84. Cette formule elliptique rappelle la controverse opposant Alexander Orakhelashvili à Jochen Frowein, sur les modes autorisés d'expression de la volonté collective. Partant de l'effet obligatoire *erga omnes* des résolutions, donc du fait que « *the resolution is not based on the common will of all those concerned* »¹³⁹, Frowein accorde une place prépondérante à la pratique. Il souligne que « *the objective view of the neutral observer as addressee must be the most important aspect for the interpretation. Subjective intentions of some members of the Security Council (...) can, at least in principle, not be seen as in any way decisive* »¹⁴⁰. Orakhelashvili critique ce point de vue. Suivant le postulat que les résolutions « *remain agreements as between States that constitute the majority in the Council specified in Article 27 of the UN Charter* »¹⁴¹, il conclut : « *Resolutions should therefore be interpreted as agreements* »¹⁴². D'où son insistance sur l'applicabilité des principes de la Convention de Vienne. Sa position est critiquable d'un point de vue méthodologique, mais aussi et surtout finaliste. La prémisse du raisonnement est pernicieuse, car elle accorde une place prééminente à la volonté individuelle des États membres du Conseil, et particulièrement à celle des membres permanents. On pourrait y voir une conséquence inéluctable de l'architecture institutionnelle des Nations Unies. Mais il ne faut pas transformer un organe non démocratique en un pouvoir autocratique. L'interprétation tournée vers la volonté des membres du Conseil contient le germe de ce danger. Elle occulte le pacte à la base de la délégation de pouvoirs à l'Organisation, consenti à San Francisco et renouvelé depuis¹⁴³. Il ne

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ J. Frowein, « Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions, a Threat to Collective Security ? », in V. Götz *et alii* (dir.), *Liber Amicorum Günther Jaenicke*, Berlin, Springer, 1998, p. 99.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ A. Orakhelashvili, « Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions : UK Practice », *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, n° 3, 2010, p. 825.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Il est d'ailleurs différent aujourd'hui, mais cette étude n'est pas dédiée à l'arlésienne de la réforme des Nations Unies.

peut durer que si l'ensemble des États membres, ou du moins une majorité d'entre eux, continuent à trouver acceptables les mesures prises en vertu de cette délégation. Or, leur pratique reste le moyen le plus fiable pour tester leur confiance. Si l'adoption de la résolution traduit l'équilibre des pouvoirs consacré à San Francisco, son interprétation doit être guidée par l'aspiration à préserver le pacte collectif. À défaut d'être un lieu de la démocratie représentative, les Nations Unies pourraient au moins refléter le modèle de démocratie délibérative prôné par Habermas¹⁴⁴.

85. La Cour n'apporte à ce débat qu'une réponse évasive : elle mentionne la volonté collective du Conseil sans préciser quelles en sont les expressions autorisées. Elle identifie les autres éléments pertinents pour l'interprétation, mais ceux-ci attestent d'un partage entre les deux points de vue. Curieusement, la Cour commence par les éléments extrinsèques aux résolutions qui font l'objet de l'interprétation. On compte parmi ceux-ci :

- « certaines déclarations faites par les représentants d'États membres du Conseil de sécurité à l'époque de leur adoption » – où c'est la volonté des membres du Conseil qui est visée ;
- « la pratique ultérieure des organes pertinents de l'Organisation des Nations Unies et des États à l'égard desquels les résolutions en question ont une incidence »¹⁴⁵ – pour montrer que la Cour n'écarte pas la voix des États non membres.

Aux éléments extrinsèques la Cour rajoute « d'autres résolutions [du CSNU] ayant trait à la même question ». C'est à la fois l'aspect dynamique de l'action normative du Conseil, mais aussi sa cohérence d'ensemble qui sont ainsi mis en évidence. La Cour ne précise cependant pas si elle se réfère ici aux résolutions portant sur la même situation factuelle ou aux résolutions concernant un thème général (usage de la force, terrorisme). En réalité, la première catégorie met en évidence le fait que souvent le Conseil instaure des régimes juridiques à travers toute une série de résolutions. Pour comprendre la nature et le contenu de ce régime, il faut se rapporter à l'ensemble des résolutions. Cette série d'instruments fait partie du contexte *stricto sensu*. Par ailleurs, la seconde catégorie renseigne sur la philosophie

¹⁴⁴ Un des principes de base de la démocratie délibérative, que Habermas appelle le « Principe D » (donc le principe de la discussion), est ainsi énoncé : « Une norme ne peut prétendre à la validité que si toutes les personnes qui peuvent être concernées sont d'accord (ou pourraient l'être) en tant que participants à une discussion pratique sur la validité de cette norme. » (J. Habermas, *Morale et communication : conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1986, p. 87 et aussi p. 114).

¹⁴⁵ CIJ, *Avis Kosovo*, préc., note 136, par. 94.

du Conseil à l'égard d'un thème donné. Ces résolutions, qui s'inscriraient dans le contexte *lato sensu*, peuvent s'avérer pertinentes, bien que dans une moindre mesure.

La Cour mentionne ensuite d'autres éléments du contexte *stricto sensu*, formé par les « principes généraux énoncés dans [l]es annexes »¹⁴⁶, et finalement le préambule, ces deux derniers éléments étant pertinents « aux fins de déterminer l'objet et le but de cette résolution »¹⁴⁷.

86. Le silence est plus grave lorsqu'il concerne le cadre constitutionnel établi par la Charte, l'architecture institutionnelle, les missions dont le Conseil est investi ou les principes fondamentaux contenus dans la Charte, aucun de ces éléments n'étant mentionné comme pertinent pour l'interprétation des résolutions. Ce mutisme laisse l'impression fâcheuse que les actes institutionnels sont suspendus dans un vide juridique, qu'ils alimentent leur propre normativité, alors qu'en vérité ils tirent leur force juridique de la charte de base et qu'ils doivent être tournés vers la réalisation des buts assignés à l'organisation, dans la limite des pouvoirs qui sont octroyés à celle-ci.

87. On constate que la Cour est loin de dresser une technique d'interprétation : elle ne penche ni pour une méthode subjective, qui mettrait au centre la volonté de l'auteur de l'acte, ni pour une méthode objective qui ferait prévaloir les éléments textuels, ni pour une interprétation téléologique, visant à maximiser les effets recherchés par l'auteur, et encore moins pour une interprétation constitutionnelle tournée vers le cadre objectif de la Charte. Les indices interprétatifs fournis sont désordonnés, non hiérarchisés, et surtout ils ne sont orientés vers aucun *ratio* particulier. Pourtant, cette jurisprudence constitue la réflexion la plus aboutie à ce jour sur l'interprétation des actes institutionnels des organisations de coopération. En outre, peu d'études doctrinales sont spécifiquement dédiées au sujet¹⁴⁸. Il est donc peu étonnant que la jurisprudence interne soit marquée par un flottement casuistique.

¹⁴⁶ *Ibid.*, par. 95.

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 96.

¹⁴⁸ L'article de Sir Michael (« The Interpretation of Security Council Resolutions », *op. cit.*, note 135) est, à notre connaissance, le seul qui aborde le sujet d'une manière générale et systématique. A. Orakhelashvili lui consacre quelques écrits, cependant il part de la prémisse que les articles 31 et 32 de la CVDT s'appliquent (v. *op. cit.*, note 141, spéc. pp. 825-827 ; et *op. cit.*, note 134, pp. 487-490 et « The Acts of the Security Council : Meaning and Standards of Review », *Max-Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007, spéc. pp. 151-153). Sur une critique, v. supra, par. 84. D'autres études se concentrent sur l'analyse de certaines résolutions, liées à des situations spécifiques, le plus souvent afin de vérifier le bien-fondé des interprétations unilatérales de certains États (par ex., J. Frowein, *op. cit.*, note 139 ; E. Papastavridis, « Interpretation of Security Council Resolutions Under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis », *ICLQ*, vol. 56, n° 1, 2007, pp. 83-118).

b) L'interprétation textuelle invariablement accompagnée de l'interprétation contextuelle

88. La doctrine a constamment souligné l'imprécision textuelle des résolutions du CSNU. Pour reprendre l'analyse pragmatique de Michael Wood, « *SCRs are frequently not clear, simple, concise or unambiguous. They are often drafted by non-lawyers, in haste, under considerable political pressure, and with a view to securing unanimity within the Council. This latter point is significant since it often leads to deliberate ambiguity and the addition of superfluous material* »¹⁴⁹. De fait, les juridictions ne s'arrêtent jamais à l'interprétation littérale¹⁵⁰. L'insuffisance de principe de l'interprétation littérale transparaît également dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg :

« Pour déterminer si l'internement du requérant est imputable au Royaume-Uni ou, comme le Gouvernement le soutient, à l'ONU, il est nécessaire d'analyser (...) le libellé des résolutions du Conseil de sécurité qui définissaient le régime applicable en matière de sécurité en Iraq pendant la période considérée. (...) [La Cour] s'inspirera dans cette démarche de ce qu'a dit la Cour internationale de justice au paragraphe 114 de son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (paragraphe 49 ci-dessus), à savoir qu'*une résolution du Conseil de sécurité doit être interprétée à la lumière non seulement de son libellé mais aussi du contexte dans lequel elle a été adoptée.* »¹⁵¹

89. Cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme prend le contre-pied du jugement rendu dans la même affaire par la Chambre des lords britannique. Les deux juridictions sont arrivées à des conclusions radicalement différentes sur l'étendue du pouvoir reconnu au gouvernement de Sa Majesté par les résolutions CSNU. Au cœur du raisonnement se trouvait pourtant la même question : comment interpréter les résolutions du CSNU qui attribuaient à la force multinationale le pouvoir de « prendre toutes les mesures nécessaires

¹⁴⁹ M. Wood, « The Interpretation of Security Council Resolutions », *op. cit.*, note 135, p. 82.

¹⁵⁰ Bien qu'à l'occasion, les juges y puisent des arguments décisifs en faveur de la solution retenue, comme le montre l'exemple de la Cour de cassation française. La Haute Juridiction s'interrogeait sur le fait de savoir si les autorités françaises avaient, en vertu de la rés. 1816 (2008) du CSNU, d'appréhender les pirates présumés, dans les eaux territoriales somaliennes. Elle a considéré « que si la nature de ces moyens et de ces mesures d'enquête et de poursuite n'y est pas inscrite de façon exhaustive, ce texte, *sauf à vider de toute signification ses dispositions suffisamment précises*, notamment en ce qu'elles *prévoient expressément* que des personnes puissent être 'détenues dans le cadre d'opérations menées en vertu de la présente résolution' emporte pour le moins la possibilité pour l'autorité étatique de limiter la liberté d'aller et venir des personnes appréhendées, voire de les en priver temporairement, dans le respect des règles de droit international applicables, y compris le droit international des droits de l'homme » (France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 17 févr. 2010, *Carre d'As IV*, n° 09-87254, *Bulletin criminel* 2010, n° 32 ; v. commentaire par J.-M. Thouvenin, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, *op. cit.*, note 10).

¹⁵¹ CrEDH, *Al-Jedda*, préc., note 105, par. 76 (nous soulignons).

pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq » (Rés. 1546 (2003), par.

13). Devant la Chambre des lords, les positions des parties avaient ainsi été résumées :

« [L]e ministre soutient que, en vertu de la Charte ainsi que des Résolutions 1511 (2003), 1546 (2004), 1637 (2005) et 1723 (2006), le Royaume-Uni est tenu d'interner le demandeur et que cette obligation l'emporte sur les droits contraires que celui-ci peut tirer de l'article 5 § 1 de la Convention. Le demandeur maintient quant à lui que les résolutions invoquées, interprétées à la lumière de la Charte, autorisent tout au plus le Royaume-Uni à prendre des mesures en vue de son incarcération mais ne l'obligent pas à le faire, si bien qu'il n'existerait aucun conflit et que l'article 103 n'entrerait pas en ligne de compte. »¹⁵²

90. La Chambre des lords souligne d'abord l'insuffisance de l'interprétation littérale à fonder une solution univoque. Cependant, à l'opposé de la CrEDH, la juridiction britannique a délivré une interprétation contraire au sens naturel des mots :

« [O]n constate que *le langage employé est celui de l'autorisation et non celui de l'obligation*, et il en est de même des Résolutions 1637 et 1723. *Au sens ordinaire du terme, autoriser veut dire permettre ou habiliter, et non exiger ou obliger*. Cependant, je ne suis pas convaincu de la solidité de cette thèse, et ce pour trois raisons principales. »¹⁵³

La Cour de Strasbourg a simplement noté le sens large du langage employé :

« La Cour considère que le libellé de cette résolution n'indique pas sans ambiguïté que le Conseil de sécurité entendait donner aux États membres (...) l'obligation de procéder à des internements (...) en violation de leurs engagements découlant d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme, dont la Convention. La question de l'internement n'est pas expressément visée dans la résolution. »¹⁵⁴

91. Les deux juridictions se sont ensuite emparé du contexte afin de pouvoir se libérer des carcans de l'interprétation littérale. Seulement, le « contexte » auquel elles font appel n'est pas le même. D'une part, les juges britanniques privilégient le contexte *lato sensu*, dans lequel ils intègrent l'article 43 du Règlement de La Haye ainsi que les articles 41, 42 et 78 de la quatrième Convention de Genève, d'autres résolutions du Conseil de sécurité s'appliquant à d'autres situations factuelles (Rés. 820 (1993) relative à l'intervention en Bosnie et Herzégovine et Rés. 1244 (1999) concernant le Kosovo) pour conclure que, même si « le

¹⁵² Royaume-Uni, Chambre des Lords, 12 déc. 2007, *R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, [2007] UKHL 58 par. 30 (la traduction est tirée de l'arrêt de la CrEDH, *Al-Jedda*, préc., note 105, par. 20).

¹⁵³ *Ibid.*, par. 31.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 105.

langage employé est celui de l'autorisation »¹⁵⁵, « le Royaume-Uni (...) était forcé d'exercer son pouvoir d'incarcération dès lors que des raisons impérieuses de sécurité l'imposaient »¹⁵⁶.

92. À l'opposé, le juge de Strasbourg prend pour point de départ la Charte des Nations Unies, et notamment « [l]'article 24 § 2 [qui] impose au Conseil de sécurité, dans l'accomplissement de ses devoirs tenant à sa responsabilité principale de maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'agir 'conformément aux buts et principes des Nations Unies' »¹⁵⁷. Ce procédé constitutionnel lui permet de poser comme cadre la présomption d'interprétation conforme des résolutions avec le principe du respect des droits humains. Il se tourne ensuite vers le contexte *stricto sensu* : d'abord les annexes de la résolution à interpréter (qui contenaient en fait des travaux préparatoires de celle-ci, sous forme de lettres de la part du gouvernement américain et irakien)¹⁵⁸, et d'autres paragraphes de la même résolution¹⁵⁹. Finalement, la Cour se réfère à la pratique d'autres organes des Nations Unies, notamment aux « objections formulées à maintes reprises par le Secrétaire général de l'ONU et la MANUI quant à l'utilisation de cette mesure par la force multinationale »¹⁶⁰. Ces éléments permettent à la Cour de conclure que « ni cette résolution ni aucune autre résolution adoptée ultérieurement par le Conseil de sécurité n'imposait expressément ou implicitement au Royaume-Uni d'incarcérer, sans limitation de durée ni inculpation, un individu qui, selon les autorités, constituait un risque pour la sécurité en Iraq »¹⁶¹.

93. Le contexte *stricto sensu* est également utilisé, avec un bon degré de fiabilité, quand les juges veulent appréhender l'étendue *ratione personae* des sanctions ciblées. Deux exemples illustrent ce propos. Dans l'affaire *Bosphorus*, la CJUE s'était fondée sur d'autres dispositions de la même résolution pour conclure que la saisie concernait tous les aéronefs appartenant à des personnes yougoslaves, même lorsque'un non-yougoslave en avait l'usage exclusif :

« [L]e libellé du paragraphe 24 de la résolution 820 (1993) confirme que l'article 8, premier alinéa, du règlement n 990/93 s'applique à tout aéronef qui est la propriété d'une personne physique ou morale ayant son siège dans la république fédérative de

¹⁵⁵ Royaume-Uni, Chambre des Lords, *Al-Jedda*, préc., note 152, par. 33.

¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 34.

¹⁵⁷ CrEDH, *Al-Jedda*, préc., note 105, par. 102.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pars. 103-104.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pars. 106-107.

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 106.

¹⁶¹ *Ibid.*, par. 109.

Yougoslavie ou opérant depuis cette république, sans qu'il soit nécessaire que cette personne exerce également le contrôle effectif de l'aéronef. »¹⁶²

Le juge singapourien s'est également attelé à une analyse très fouillée de plusieurs paragraphes de la résolution 1929 (2010) afin de déterminer si la société-mère faisait également l'objet du gel des avoirs, alors qu'elle n'était pas nommément désignée, bien que certaines de ses filiales le fussent. Il a conclu par la négative¹⁶³.

94. On peut voir que tout acte d'interprétation comporte sa dose de parti pris. Les choix divergents des éléments contextuels dans l'affaire *Al-Jedda* l'illustrent parfaitement¹⁶⁴. Mais, pour ordonner, ne fût-ce que partiellement, le désordre de subjectivité qui en résulte, il est certainement préférable de recourir en premier chef au contexte *proximus*, qui est celui de l'instrument à interpréter lui-même, pour ensuite élargir l'emprise aux autres actes du contexte *stricto sensu*, à savoir les résolutions qui régissent la même situation factuelle, et qui définissent dans leur ensemble le régime juridique dont le juge est saisi. Le contexte extrinsèque peut éventuellement guider l'interprétation objective d'une résolution mais ne peut en déterminer le sens au premier chef¹⁶⁵.

c) L'interprétation téléologique

95. On conçoit l'interprétation téléologique des actes institutionnels de deux manières : elle vise à maximiser les effets des actes eux-mêmes¹⁶⁶, mais elle peut également servir à consolider les compétences, notamment normatives, de l'organisation¹⁶⁷. Dans les deux cas,

¹⁶² CJCE, 30 juil. 1996, *Bosphorus*, préc., note 50, par. 15.

¹⁶³ Singapour, High Court, 31 janv. 2011, *The Sahand case*, préc., note 17, par. 51-56.

¹⁶⁴ V. en ce sens, D. Simon, *L'interprétation judiciaire...*, *op. cit.*, note 25, p. 352.

¹⁶⁵ Pour une utilisation plus idoine des méthodes d'interprétation par les juridictions britanniques, v. Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 64, par. 133-136 : le texte et le contexte *proximus* sont d'abord analysés, ensuite au par. 139, le contexte *stricto sensu*, renseignant sur le régime juridique établi, est venu confirmer l'interprétation objective). V. aussi Royaume-Uni, High Court of Justice, 2 mai 2014, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB), où la juridiction inférieure s'inspire de la méthode suivie par la CrEDH dans l'affaire *Al-Jedda* (préc., note 105), pour arriver à une conclusion contraire à celle de la Chambre des Lords, sur l'incarcération sans procès en Irak. L'arrêt offre une analyse textuelle et contextuelle fouillée des rés. 687 (1990) et 1441 (2002) du CSNU, afin d'apprécier l'illégalité de l'intervention militaire en Irak en 2003, v. Allemagne, Cour fédérale supérieure administrative, 2^e ch., 21 juin 2005, *Attorney of the Federal Armed Forces v. Anonymous (a Major of the Armed Forces) (Pfaff case)*, Final appeal, BVerwG 2 WD 12.04 ; *ILDC* 483 (DE 2005).

¹⁶⁶ V. en ce sens M. Wood, « The Interpretation of Security Council Resolutions », *op. cit.*, note 135, pp. 90-91.

¹⁶⁷ La jurisprudence de la CPJI offre des arguments en ce sens. Ainsi, s'agissant des pouvoirs normatifs de l'OIT, la Cour a apprécié que : « L'examen des dispositions du Traité montre que l'intention bien nette des Hautes Parties contractantes était de conférer à l'Organisation internationale du Travail des pouvoirs très étendus pour collaborer avec elles au sujet des mesures à prendre en vue d'assurer un régime de travail humain et la

elle a habituellement été avancée pour justifier une interprétation extensive des résolutions du CSNU. Ainsi, le juge britannique a retrouvé dans l'économie générale de la Charte la raison pour étendre, au-delà de la lettre du texte, les pouvoirs de sécurité conférés aux États de la force multinationale en Irak :

« I am further of the opinion, thirdly, that in a situation such as the present obligations in article 103 should not in any event be given a narrow, contract-based, meaning. The importance of maintaining peace and security in the world can scarcely be exaggerated, and that (...) is the mission of the UN. (...) UK became bound by articles 2 and 25 to carry out the decisions of the Security Council in accordance with the Charter so as to achieve its lawful objectives. It is of course true that the UK did not become specifically bound to detain the appellant in particular. But it was, I think, bound to exercise its power of detention where this was necessary for imperative reasons of security. It could not be said to be giving effect to the decisions of the Security Council if, in such a situation, it neglected to take steps which were open to it. »¹⁶⁸

96. Plus généralement, nous avons déjà constaté que les juridictions internes intègrent l'impératif d'efficacité des actes institutionnels en tant que paramètre d'interprétation des actes internes d'incorporation¹⁶⁹.

97. Mais aujourd'hui un mouvement contraire prend forme : il consiste à mettre en balance, d'une part, les principes de la Charte et, d'autre part, les objectifs des résolutions, afin de restreindre la portée de ces dernières, ou en tout cas les rendre autant que possible conformes aux droits humains. C'est la démarche dans laquelle se sont engagées récemment les juridictions européennes et nationales, qui consiste à fournir une interprétation conforme des résolutions du CSNU¹⁷⁰.

d) L'autorité particulière des interprétations des organes subsidiaires

98. Les actes interprétatifs des organes conventionnels peuvent se voir reconnaître un effet sinon obligatoire, du moins hautement persuasif, en tant qu'interprétation faisant autorité du traité de base¹⁷¹. Une forme similaire d'aide interprétative se manifeste lorsqu'un organe

protection des travailleurs salariés. On ne saurait concevoir que leur but eût été d'empêcher l'Organisation internationale du Travail d'élaborer et de proposer des mesures essentielles à la réalisation de cette fin. » (avis consultatif, 23 juil. 1926, *Compétence de l'organisation internationale du travail pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, Série B, n° 13, p. 26).

¹⁶⁸ Royaume-Uni, Chambre des Lords, *Al-Jedda*, préc., note 152, par. 34 (Lord Bingham of Cornhill).

¹⁶⁹ V. *supra*, pars. 27-42.

¹⁷⁰ V. *supra*, pars. 44-52

¹⁷¹ V. *supra*, Chapitre 2, pars. 198-224.

subsidaire de l'organe principal est investi de l'autorité d'appliquer les résolutions. Tel est le cas des comités de sanction des Nations unies. Certes, les lignes directrices de ces comités et les divers documents d'information adoptés pour accompagner et faciliter la mise en œuvre des sanctions par les États ne se sont pas vu accorder de force obligatoire par le Conseil de sécurité. Destinés à fluidifier la mise en œuvre des résolutions, ils s'appliquent d'abord dans les relations entre le comité et les États concernés. Mais ils peuvent produire des effets au-delà, grâce à leur dimension informative. De ce point de vue, ces documents ressemblent aux circulaires interprétatives du droit administratif français. Du reste, la jurisprudence confirme leur force persuasive particulière. Dans le cas des régimes de sanctions ciblées, leurs orientations normatives sont d'autant plus importantes que l'application uniforme du régime est une condition de son efficacité. Les juges utilisent ces documents pour confirmer des conclusions auxquelles ils sont déjà parvenus par d'autres moyens exégétiques. En outre, ils peuvent se voir attribuer une fonction de légitimation, si l'interprétation première s'écarte par exemple du texte de la résolution. Ainsi, si le gouvernement canadien voyait dans l'interdiction de voyager une obligation inconditionnelle, le juge lui a opposé, entre autres les Lignes directrices du Comité 1267 :

« L'argument selon lequel la sanction n'est pas destinée à viser un transit par la voie aérienne quand une personne retourne au pays dont elle a la citoyenneté est également étayé par un document d'information que le Comité 1267 a établi, sous le titre 'Explication de l'interdiction de voyager'. En fait, ce dernier semble avoir reconnu avec sagesse que, s'il doit permettre à un citoyen de rentrer dans son pays, il ne peut pas obliger des pays à empêcher qu'il transite par leur territoire. »¹⁷²

e) La pratique étatique, un outil d'interprétation dynamique

99. On a déjà souligné combien la prise en considération de la pratique des États membres est souhaitable pour l'interprétation des résolutions du CSNU¹⁷³. Dans le cas des interprétations opérées par les juges internes, le recours à la pratique revêt en outre une fonction de légitimation non négligeable : le caractère par nature unilatéral de l'acte interprétatif est compensé par la recherche d'un sens partagé. Non seulement cette démarche est justifiée par les règles exégétiques internationales, mais elle correspond aussi à une tendance jurisprudentielle interne qui élève le droit comparé au rang d'outil d'interprétation. Comme le notait très récemment le Vice-président du Conseil d'État français,

¹⁷² Canada, Cour fédérale, Ottawa, *Abdelrazik*, préc., note 16, par. 128. Pour d'autres exemples d'utilisation de ces documents, v. Royaume-Uni, Cour suprême, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 64, par. 139 ; CJUE, *M et al. c. Her Majesty's Treasury*, préc., note 55, par. 46.

¹⁷³ V. *supra*, par. 84.

« Il est de plus en plus fréquent que les conclusions bénéficient de l'éclairage des droits étrangers. Dans certaines affaires, la comparaison est même devenue une figure imposée, sans laquelle le rapporteur public estimera que la formation de jugement ne serait pas pleinement informée. Cela est le cas, en particulier, lorsque sont en cause les rapports entre les systèmes juridiques. »¹⁷⁴

100. Mais encore convient-il d'établir ce que le terme « pratique étatique » est censé recouvrir dans ce contexte. Dans la mesure où l'application uniforme des sanctions conditionne leur efficacité, la pratique normative, celle qui met en œuvre les résolutions, peut renseigner sur le champ d'application d'une législation nationale. C'est à ce titre que le juge singapourien fait référence aux règlements de l'Union européenne, ainsi qu'à la législation britannique, référence qu'il justifie par ailleurs par un renvoi à l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne de 1969 :

*« 66. However, the true scope of operative para 12 of Resolution 1737 must be determined not just with reference to its wording, which is no doubt important, but also with reference to the relevant practice of States in implementing the obligation imposed by it: see Art 31 (especially Art 31(3)(b)) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (...). 67. In this regard, it is instructive to refer again to Arts 16(1) and 16(2) of the EU Regulation, which I set out in full below: (...) As can be seen, Arts 16(1) and 16(2) of the EU Regulation impose identically-worded obligations to freeze all funds and economic resources owned or controlled by persons designated by the Security Council and the European Union respectively. (...) 69. Support for this proposition can be found in the notice issued on 27 October 2010 by the UK Treasury in relation to the EU Regulation. »*¹⁷⁵

Il est également remarquable que le même juge écarte de son propos la législation américaine, qui ne constitue pas une mise en œuvre des résolutions, mais relève d'une logique autonome de sanctions :

*« In this regard, I should add that, while the United States would also fall within this description, I could not derive much interpretive assistance from her domestic legislation because, judging from the United States' report to the Sanctions Committee dated 25 August 2010 (UN Doc No S/AC 50/2010/7), the United States' legislation made pursuant to her own foreign policy had completely anticipated operative para 19 of Resolution 1929. »*¹⁷⁶

¹⁷⁴ J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'État et la comparaison des droits », intervention à l'occasion du colloque organisé par l'Institut français des sciences administratives et la Société de législation comparée, *La comparaison en droit public. Hommage à Roland Drago*, 14 févr. 2014, disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-comparaison-des-droits.html>, consulté le 10 août 2014). Sur les vertus légitimantes du dialogue ainsi instauré, v. E. Dubout et S. Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, spéc. pp. 18-19.

¹⁷⁵ Singapour, High Court, 31 janv. 2011, *The Sahand case*, préc., note 17, pars. 66-69.

¹⁷⁶ *Ibid.*, par. 70.

101. Cela étant, c'est la pratique jurisprudentielle qui s'impose comme particulièrement influente. D'une manière générale, les interprétations juridictionnelles tendent à avoir plus de poids que les interprétations gouvernementales, pour plusieurs raisons : elles sont raisonnées et motivées ; le processus juridictionnel se caractérise, en principe, par son indépendance et par le contradictoire ; les interprétations juridictionnelles peuvent se situer à contre-courant des interprétations gouvernementales ; dans l'ordre interne, les interprétations juridictionnelles l'emportent sur les interprétations gouvernementales (lorsque le juge censure par exemple les actes internes d'incorporation).

102. En effet, le dialogue des juges est plutôt prolix en matière d'application et d'interprétation des résolutions. C'est ainsi que les juges turc et suisse se glissent, explicitement ou implicitement, dans le sillon tracé par le TPICE en 2005 dans l'affaire *Kadi*¹⁷⁷, alors que les juges britanniques adoptent le raisonnement de la Cour de Luxembourg dans cette même affaire, quand bien même s'en défendraient-ils¹⁷⁸. Le TPIUE n'hésite pas à son tour à faire référence aux décisions *Ahmed and Others v. HM Treasury* de la Cour suprême du Royaume-Uni, *Nada* du Tribunal fédéral suisse, et *Abdelrazik* de la Cour fédérale du Canada, pour donner plus de poids à ses propres conclusions¹⁷⁹. Il est également remarquable que la Cour européenne des droits de l'homme fasse un exposé exhaustif de la jurisprudence des juridictions nationales et de l'Union européenne, dans ses décisions récentes concernant les sanctions ciblées¹⁸⁰. Les difficultés suscitées par l'interprétation des textes internationaux et le souci d'éviter une interprétation isolée expliquent sans doute ce phénomène d'interprétation croisée, qu'Anthea Roberts appelle « comparative international law »¹⁸¹.

103. La dynamique horizontale se double d'une dynamique temporelle. Si ces pratiques internes proviennent des juridictions de plusieurs États intéressés et qu'elles sont

¹⁷⁷ V. à cet égard, TPIUE, aff. T-85/09, *Kadi*, préc., spéc. par. 122

¹⁷⁸ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2, par. 71 et 203

¹⁷⁹ TPIUE, *Kadi II*, aff. T 85/09, préc., note 18, par. 122, 128, 129 et 149.

¹⁸⁰ CrEDH, *Nada c. Suisse*, préc., note 24, par. 82-101. V. aussi CrEDH, 26 nov. 2013, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08, par. 50-73.

¹⁸¹ « Academics, practitioners and international and national courts are increasingly seeking to identify and interpret international law by engaging in comparative analyses of various domestic court decisions. This emerging phenomenon, which I term 'comparative international law', loosely fuses international law (as a matter of substance) with comparative law (as a matter of process). » (A. Roberts, « Comparative International Law? The Role of National Courts in International Law », *ICLQ*, vol. 60, n° 1, 2011, pp. 57-92).

convergentes, il n'est pas exclu qu'à terme elles fournissent la « vraie » interprétation des résolutions, à savoir celle qui s'impose en pratique. Pourtant, si et aussi longtemps que les interprétations judiciaires ne sont pas confirmées par le Conseil de sécurité ou par les comités des sanctions, elles constituent potentiellement une violation des résolutions. Ne retenir de tout cet ensemble jurisprudentiel que son aspect pathologique serait toutefois hautement réducteur. En effet, l'ordre international n'a pas toujours considéré les décisions qui, après le constat de l'impossibilité de l'interprétation conforme, ont fait prévaloir les principes internes supérieurs, comme des violations d'obligations internationales. Jusqu'à présent, ces interprétations n'ont pas été ouvertement désavouées, et le Conseil de sécurité a préféré introduire des changements dans sa pratique normative pour aller à la rencontre des préoccupations soulevées par les juges (et par ricochet, garantir l'efficacité de ses mesures).

104. Les convergences jurisprudentielles s'avèrent ainsi à la fois éloquentes et fertiles. Le recours au droit comparé devient alors un élément de légitimation de décisions audacieuses. Pour emprunter de nouveau au discours percutant du Vice-président du Conseil d'État français, Jean-Marc Sauvé,

« Le monde juridique dans lequel nous vivons se caractérise en effet par l'ouverture et les interrelations des systèmes juridiques, leurs influences directes et indirectes, la perméabilité d'ordres juridiques interdépendants mais non nécessairement hiérarchisés entre eux. L'isolement, dans ce contexte, serait rapidement plus pathétique que splendide (...). Il serait même destructeur, car il conduirait inéluctablement à un appauvrissement de notre pensée et de notre ordre juridique. »¹⁸²

Ce qui conduit naturellement à appréhender la seconde manifestation de l'interprétation conciliatrice, à savoir l'interprétation croisée.

Section II. La pratique de l'interprétation croisée

105. La pratique de l'interprétation croisée se manifeste essentiellement lorsque des principes et concepts transnationaux sont repris ou se reflètent dans des normes d'origine interne. Tomer Broude et Yuval Shany les désignent par l'expression « *multi-sourced equivalent norms* », qu'ils définissent comme: « *Two or more norms which are (1) binding upon the same international legal subjects; (2) similar or identical in their normative content; and (3) have been established through different international instruments or 'legislative'* »

¹⁸² J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'État et la comparaison des droits », *op. cit.*, note 174.

procedures or are applicable in different substantive areas of the law »¹⁸³. Deux grandes catégories se dessinent : d'une part les principes communs, des valeurs partagées par choix délibéré, en particulier dans le domaine des droits humains (§ 1) ; d'autre part, les standards techniques qui relèvent plutôt des choix imposés par la mondialisation des relations économiques, et qui se reflètent régulièrement dans des normes internes (§ 2). Dans ce phénomène, les effets des actes institutionnels s'étalent des « fertilisations »¹⁸⁴ à l'harmonisation, étant entendu que les premières relèvent des interactions normatives de fait, d'une logique d'imitation et d'emprunt, alors que l'harmonisation « implique le rapprochement mais sans prétendre à l'uniformité »¹⁸⁵.

§ 1. L'interprétation croisée comme levier pour l'extension des droits humains

106. L'interprétation croisée est favorisée par la constitutionnalisation des droits humains : le phénomène est complexe, multiforme et a fait l'objet de nombreuses études¹⁸⁶. On se contente ici d'en rappeler l'existence, de le mettre en rapport avec le droit émanant des organisations internationales et de mettre en évidence quelques instances où celui-ci a alimenté les décisions judiciaires.

107. L'importance de l'œuvre normative des organisations universelles en la matière n'a plus besoin d'être rappelée. Celle-ci prend principalement la forme de traités multilatéraux, ouverts à la ratification de tous les États. Mais elle ne s'y résume pas ; des formes d'activités normatives *soft*, qui regroupent les résolutions qui visent à expliciter les dispositions des traités adoptés par l'organisation ainsi que les actes quasi juridictionnels suivis de l'application des traités par les organes de contrôle, sont autant d'éléments qui deviennent pertinents aux yeux du juge interne qui interprète les normes constitutionnelles de droits

¹⁸³ V. T. Broude et Y. Shany (dir.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 5. Dans ce contexte, M. Forteau identifie de nouvelles grilles d'analyses, détachées de la théorie des rapports de systèmes et axées sur « l'articulation des normes, et non des sources » (« Organisations internationales et sources du droit », *op. cit.*, note 135, p. 281).

¹⁸⁴ V. M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné...*, *op. cit.*, note 9, p. 49 ; le terme est égal. utilisé par A. Pellet, « Préface », in L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte et S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives - Droit de l'Union européenne et droit international*, (Actes du colloque Paris, 3-4 févr. 2011), Paris, Pedone, 2012, p. 6.

¹⁸⁵ M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, n° 14, 6 avr. 2006, p. 951.

¹⁸⁶ V. A. Peters, « Supremacy Lost : International Law Meets Domestic Constitutional Law », *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 3, n° 3, 2009, spéc. pp. 182-183, et les nombreuses références y citées.

humains¹⁸⁷. Les dispositions constitutionnelles nouvelles s'en inspirent largement, et cette parenté conceptuelle en amont, lors de la rédaction, se traduit par une prise en considération en aval, lors de l'application des dispositions constitutionnelles internes. Il ne s'agit pas pour autant d'une incorporation *stricto sensu* des actes internationaux : le catalogue des droits humains ainsi constitutionnalisés s'inspire *matériellement* des sources internationales, mais ne les identifie pas *formellement* – ou ne le fait que très rarement¹⁸⁸. Dès lors, les renvois interprétatifs au droit international, occasionnels, désorganisés, ne relèvent pas de l'interprétation conforme.

108. Cependant, le droit international n'a de cesse de nourrir l'interprétation des dispositions constitutionnelles nationales¹⁸⁹. Comme l'a très ouvertement reconnu la Cour constitutionnelle sud-africaine, le spectre des normes de référence est très large et aucunement hiérarchisé :

*« In the context of section 39(1) [of the Constitution], public international law would include non-binding as well as binding law. International agreements and customary international law accordingly provide a framework within which Chapter Three can be evaluated and understood, and for that purpose, decisions of tribunals dealing with comparable instruments, such as the United Nations Committee on Human Rights, the Inter-American Commission on Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights, the European Commission on Human Rights, and the European Court of Human Rights, and in appropriate cases, reports of specialised agencies such as the International Labour Organisation may provide guidance as to the correct interpretation of particular provisions of Chapter Three. »*¹⁹⁰

Le juge canadien expose des considérations similaires en l'absence d'un quelconque renvoi :

*« [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. »*¹⁹¹

109. Il va de soi que les conventions ratifiées par l'État sont les sources les plus souvent invoquées. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'acte de référence lie l'État sur le plan international pour qu'il soit utilisé pour l'interprétation croisée. Alors même que le Pacte sur

¹⁸⁷ Parmi les nombreuses analyses consacrées au sujet, v. G. L. Neuman, « The Uses of International Law in Constitutional Interpretation », *AJIL*, vol. 98, n° 1, 2004, pp. 82-90 ; A. Peters, *ibid.*, p. 171, qui dresse un tableau de formulations constitutionnelles innovantes.

¹⁸⁸ V. *supra*, pars. 20 et s.

¹⁸⁹ Ce que les auteurs nomment « fertilisation constitutionnelle croisée » ou encore « migration des idées constitutionnelles » (v. A. Peters, « Supremacy Lost : International Law... », *op. cit.*, note 186, p. 175).

¹⁹⁰ Afrique du Sud, Cour constitutionnelle, 6 juin 1995, *The State v. T Makwanyane and M Mchunu*, no. CCT/3/94, par. 35, disponible sur le site de la juridiction : <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judgments/judgments.htm> (notes de bas de page omises).

¹⁹¹ Canada, Cour suprême, 28 juin 2001, *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241 (Le juge L'Heureux-Dubé pour la majorité), disponible en ligne : <http://csc.lexum.org/fr/index.html> (nous soulignons).

les droits économiques et sociaux n'était pas encore ratifié par l'Afrique du Sud, les juges constitutionnels y ont fait ostensiblement référence, lors de l'interprétation des dispositions constitutionnelles¹⁹².

110. Par ailleurs, dans le cadre de l'interprétation croisée, les juges n'hésitent pas à faire appel à des instruments de la *soft law*¹⁹³. Dans cette optique, ce n'est donc pas la valeur normative de l'acte international qui est décisive pour de la prise en considération, mais sa parenté matérielle avec le texte interne à interpréter. Si le texte international concerne de près la situation juridique dont le juge est saisi, il peut le considérer pertinent.

111. La prise en considération aux fins de l'interprétation n'a alors plus pour motivation le respect des obligations internationales, puisque l'État n'est justement pas tenu à leur mise en œuvre. Dans ces hypothèses, le désir de *guider le développement du droit* dans une certaine direction l'emporte sur l'idée de *conformité*. Ceci justifie du reste l'établissement d'une distinction conceptuelle entre l'interprétation conforme et l'interprétation croisée, puisque cette dernière n'est pas tributaire de la valeur normative des actes pris en compte, alors que la première l'est¹⁹⁴.

112. Mais les juges ne font que très rarement cette distinction. L'invocation de la théorie de l'interprétation conforme dans ces cas est toutefois malvenue : le juge fait un appel indifférencié aux actes obligatoires et non obligatoires, et ce faisant, il nuit à la fois à la clarté et à la sécurité juridique. Ce melting-pot de sources de valeur normative très diverses est un des reproches majeurs faits par la doctrine à cette approche jurisprudentielle de l'interprétation¹⁹⁵. L'interprétation est certes un art, mais ce n'est pas celui de l'alchimie ! En appréhendant le phénomène, il faut donc garder à l'esprit ses limites et accepter que « la

¹⁹² Afrique du Sud, Cour constitutionnelle, 4 oct. 2000, *Government of the Republic of South Africa. & Ors v. Grootboom & Ors*, 2000 (11), *BCLR* 1169 (CC), pars. 27-35 (affirmation d'un droit au logement).

¹⁹³ V. en ce sens Chypre, Cour suprême, 24 mars 1984, *Constantinou*, préc., note 90 ; Serbie, Cour constitutionnelle, 13 févr. 2003, *Certain amendments to the Serbian Law on Judges, Supreme Court of the Republic of Serbia and ors v People's Assembly of the Republic of Serbia, Original petition for constitutional review*, *ILDC* 31 (CSXX 2003) (utilisation des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, doc. A/RES/40/32 du 29 nov. 1985 et 40/146 du 13 déc. 1985) ; Belgique, Cour constitutionnelle, 15 mars 2011, *ADS et autres c. Belgique*, n° 37/2011, (utilisation des directives pour l'application de l'article 8 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, adoptées par la Conférence des États parties) disponible sur le site internet de la juridiction : <http://www.const-court.be/fr/common/home.html>.

¹⁹⁴ V. *supra*, pars. 67 et s.

¹⁹⁵ V. O. Delas et M. Robichaud, « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis? », *RQDI*, vol. 21, n° 1, 2008, pp. 36-37.

dynamique créée [par l'interprétation croisée] favorise l'information réciproque (...), mais elle ne résout pas d'éventuels conflits »¹⁹⁶.

113. Les textes internationaux à forte connotation déclamatoire sont souvent mis en avant par les juges pour donner de la consistance aux droits humains proclamés par la constitution. La précision des textes internationaux permet au juge interne d'étendre le champ des droits protégés, sans qu'il s'expose ouvertement à la critique d'avoir outrepassé son pouvoir de dire le droit et non pas de le créer. Dans cette perspective, l'interprétation croisée consiste moins à confronter le sens textuel des dispositions constitutionnelles nationales avec celui des actes internationaux, à mettre en exergue leurs convergences, en dépit d'une contradiction apparente, qu'à enrichir le champ sémantique flou du texte constitutionnel de connotations souvent plus précises issues du texte international. La citation extensive, l'adoption des concepts, des standards, voire de la terminologie développés par les textes internationaux révèlent le rôle considérable joué par ceux-ci pour la construction d'un ensemble jurisprudentiel cohérent – tout autant que la grande liberté des juges dans ce domaine. De ce point de vue, l'on devrait d'ailleurs moins parler d'interprétation que d'un phénomène de fécondation normative : la norme internationale irrigue les normes constitutionnelles.

114. Ainsi les textes internationaux sont-ils utilisés pour justifier l'extension ou l'affermissement de droits déjà reconnus par le droit interne. Le plus souvent les juges retiennent l'interprétation la plus favorable aux personnes privées, et font référence aux actes internationaux quand ceux-ci leur permettent d'étendre le champ de la protection. La question de la discrimination dans la reconnaissance de certains droits est régulièrement soulevée devant les juges internes et les plaideurs cherchent secours dans des textes internationaux. Le juge néo-zélandais était ainsi saisi de la légalité d'un règlement administratif qui prévoyait le remboursement des dépenses de déménagement uniquement pour les hommes mariés. Au vu de la législation nationale et faisant référence à la DUDH, la cour a estimé que cette différence de traitement était discriminatoire :

« [R]eference to certain international documents, though not essential, is not out of place. The Universal Declaration of Human Rights, adopted ...as a common standard of achievement, includes in Articles 2 and 23 statements that everyone is entitled to all rights set forth in the declaration (...). Obviously, these very general statements are not directed specifically to such narrow questions as removal expenses. Nor are they part of our domestic law. They represent goals towards which members of the United Nations are expected to work. But, in relation to certain social rights enunciated in the

¹⁹⁶ M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné...*, op. cit., note 9, p. 65.

United Nations Universal Declaration of Human Rights, the opinion is expressed in 8 Halsbury's Laws of England (4th ed) para 844:

'They may be regarded however as representing a legislative policy which might influence the courts in the interpretation of statute law.'

Adopting that approach, I think that the discrimination against married women in the general conditions does not accord with the spirit of the United Nations declarations... »¹⁹⁷

115. Il arrive que ces actes soient invoqués pour affermir la *proclamation* de certains droits qui ne sont pas expressément prévus dans les textes nationaux. Il s'agit en particulier de droits-créances, dont la justiciabilité demeure discutée. Cette affirmation équivaut souvent à une injonction d'agir adressée aux autorités politiques. Dans cette perspective, le droit international est – à un degré très variable – à la fois source matérielle et surtout source de légitimation de la démarche judiciaire.

116. Deux exemples permettent de mettre en exergue cette tendance ; l'un vient des juridictions indiennes qui ont ainsi affirmé l'existence d'un droit à l'eau comme composante du droit à la vie prévu à l'article 21 de la Constitution indienne en se fondant sur une résolution de l'AGNU :

« Water is the basic need for the survival of human beings and is part of right of life and human rights as enshrined in Article 21 of the Constitution of India and can be served only by providing source of water where there is none. The Resolution of the U.N.O. in 1977 to which India is a signatory, during the United Nations Water Conference resolved unanimously inter alia as under:

'All people, whatever their stage of development and their social and economic conditions, have the right to have access to drinking water in quantum and of a quality equal to their basic needs.'

(...) It is a matter of great concern that even after half a century of freedom, water is not available to all citizens even for their basic drinking necessity violating the human right resolution of U.N.O. and Article 21 of the Constitution of India. »¹⁹⁸

Un autre provient d'une décision de la cour suprême du Bangladesh, qui a emphatiquement mis en avant une résolution de l'OMS afin de justifier l'existence de l'obligation pour le

¹⁹⁷ Cour suprême de Nouvelle-Zélande, 10 févr. 1977, *Van Gorkom c. le Procureur général et autre*, *New Zealand Law Reports*, n° 1, 1977, p. 535, disponible égal. en ligne sur : <http://compendium.itcilo.org/ft/compendium-decisions>.

¹⁹⁸ India, Cour suprême, 18 oct. 2000, *Narmada Bachao Aandolan v India and ors*, AIR 2000 SC 3751 ; ILDC 169 (IN 2000), pars. 266-267. Pour d'autres exemples de jurisprudence relative aux droits sociaux, v. A. Miron, « L'application par les juges d'autres États », in A. Trebilcock et J-M Thouvenin (dir.), *Droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. I, pp. 557-589.

gouvernement de prendre des mesures pour restreindre la publicité pour le tabac¹⁹⁹. Le juge a considéré que cette obligation découlait de celle de respecter et promouvoir le droit à la santé. L'activisme judiciaire n'était guère déguisé : la cour n'a même pas identifié la résolution à la base de ses conclusions.

117. Les textes internationaux sont également un puissant levier d'interprétation dynamique d'actes internes antérieurs aux actes internationaux. « *What is being attempted by this form of reasoning is not an amendment of the Constitution but an elaboration and enforcement of it, properly understood in the context of the world of today in which any national constitutional text must now operate.* »²⁰⁰ Il en va de même pour certaines dispositions nationales qui se réfèrent à des concepts définis internationalement, mais dont le dessein a pu changer avec le temps. Un exemple est fourni par la définition du trafic d'êtres humains : la juridiction suisse a considéré que les dispositions du code pénal devaient être interprétées à la fois à la lumière des textes obligatoires mais anciens (les conventions pertinentes dataient du début du XX^e siècle) et des instruments plus récents qui concernent la même matière. Dès lors, l'enrôlement de personnes dans un pays pour être livrées à la prostitution dans un autre a été considéré comme une forme de trafic d'êtres humains :

« An international concept now exists of trafficking in human beings. *The Convention of 4 May 1910 already defined this activity as the action of those who, in order to satisfy the lusts of others, enrolls, entices or abducts a woman (art. 1). The Convention of 11 October 1933 substantially makes use of the same terms (art.1). As seen above (consideration 4b/bb), the most recent international provisions reproduce an idea of still broader bearing. Under the Supplementary Protocol to the United Nations Convention, the activity of trafficking extends to enrolment, transportation or transfer, including the provision of lodgings, in order to benefit from the prostitution of others (art. 3 (a)). Art. 1 of the Recommendation of the European Council no. R (2000) 11 essentially reproduces the same concept. The European Council Recommendation 1325 (1997) defines trafficking as the legal or illegal transfer of women and/or trading them with a view to commercial profit. The European Parliament Resolution of 18 January 1996 describes trafficking as an illegal act by a person who directly or indirectly encourages the entry and stay of a person in order to misuse them. In the international context, an activity consisting of true, proper 'trading' in terms of DTF 96 IV 118 is not indispensable: the simple fact of enrolling, transporting or transferring can already constitute trafficking. Consequently, the activities of a manager who engages and enrolls prostitutes abroad for his own brothel falls within the applicable area of the concept of trafficking in human beings enshrined in the*

¹⁹⁹ Bangladesh, Cour suprême, 7 févr. 2000, *Professor Nurul Islam and ors (Cigarette Advertising Case)*, ILDC 477 (BD 2000).

²⁰⁰ Le juge M. Kirby, « International Law - The Impact of National Constitutions », 7th Annual Grotius Lecture, The Grotius Lecture Series, American Society of International Law, 30 mars 2005, reproduit in *American University International Law Review*, vol. 21, n° 3, 2006, p. 346.

international provisions, provided however that the girls are not consenting or at least that their consent appears tainted.

The concept of trafficking in human beings under art. 196 Criminal Code must be interpreted in the light of the above comments. *Such interpretation must also take account of the existing economic and social circumstances.* »²⁰¹

118. Puisque c'est l'extension des droits subjectifs qui motive le recours à l'interprétation croisée, l'acte international qui ne sert pas cette cause, étant moins protecteur que l'acte interne correspondant, est écarté. Comme le soulignait la Cour suprême indienne en des termes très généraux, « *[a]ny international convention not inconsistent with the fundamental rights and in harmony with its spirit must be read into these provisions [of the Constitution providing for gender equality] to enlarge the meaning and content thereof, to promote the object of the constitutional guarantee.* »²⁰²

119. Dans quelques circonstances, ce sont les autorités nationales qui excipaient de textes internationaux afin de restreindre le champ de la protection. Ce faisant, elles invitent le juge à opérer une *interprétation régressive*. Ainsi, dans une affaire relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, où était contestée la constitutionnalité de la législation sud-africaine qui définissait le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, la Cour suprême de Johannesburg a rejeté les arguments du gouvernement fondés sur l'article 16 de la DUDH et sur l'article 23 du Pacte sur les droits civils et politiques qui, selon lui, protégeaient uniquement le mariage hétérosexuel :

*« Considerable stress was placed by the state on the contention that international law recognises and protects heterosexual marriage only. As such, the state contended, it could not be regarded as unfair discrimination to exclude same-sex couples from the institution of marriage. The remedy to the plight of same-sex couples should therefore be found outside of rather than inside marriage. Thus, reference was made to article 16 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR) (...) Support for the argument was sought from the provision in our Constitution requiring that customary international law be recognised as part of the law in the Republic and that when interpreting the Bill of Rights a court must consider international law. »*²⁰³

La Cour a toutefois considéré que la DUDH n'avait pas pour objectif de définir le mariage d'une manière absolue, et que par ailleurs, ses dispositions, adoptées à une autre époque,

²⁰¹ Suisse, Tribunal fédéral, 29 avr. 2002, *Switzerland v A and B*, ILDC 347 (CH 2002) (nous soulignons).

²⁰² Inde, Cour suprême, 13 août 1997, *Vishaka*, préc. note 91. Pour un exemple plus ancien, v. Royaume-Uni, Chambre des Lords, 17 mars 1933, *Barras v. Aberdeen Steam Trawling and Fishing Co Ltd* ; HL 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 7, pp. 466-467.

²⁰³ Afrique du Sud, Cour constitutionnelle, 1^{er} déc. 2005, *Minister of Home Affairs and Director-General of Home Affairs v Fourie and Bonthuys, Lesbian and Gay Equality Project and 18 ors v Minister of Home Affairs and ors*, CCT60/04 ; CCT10/05 ; ILDC 282 (ZA 2005), par. 99.

devaient être lues à la lumière des réalités contemporaines. La Cour penche ainsi résolument pour une interprétation dynamique non seulement des textes internes, mais des textes internationaux également. Partant, elle considère la législation interne comme étant discriminatoire :

« The reference to 'men and women' is descriptive of an assumed reality, rather than prescriptive of a normative structure for all time. (...) Indeed, rights by their nature will atrophy if they are frozen. As the conditions of humanity alter and as ideas of justice and equity evolve, so do concepts of rights take on new texture and meaning. The horizon of rights is as limitless as the hopes and expectations of humanity. What was regarded by the law as just yesterday is condemned as unjust today. When the Universal Declaration was adopted, colonialism and racial discrimination were seen as natural phenomena, embodied in the laws of the so-called civilised nations, and blessed by as many religious leaders as they were denounced. »²⁰⁴

120. Plus curieuses sont les situations où des juges, autrement très activistes, pratiquent l'interprétation régressive. L'affaire *Grant* devant la Cour de Luxembourg illustre ce cas de figure. À la question de savoir si la discrimination sexuelle inclut la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, elle a répondu par la négative. La demanderesse avait relevé que : « de l'avis du Comité des droits de l'homme institué conformément à [l']article 28 [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques], la notion de 'sexe' viserait aussi les préférences sexuelles »²⁰⁵. Par une motivation plus qu'elliptique, la Cour a rétorqué :

« Une telle observation, qui ne semble d'ailleurs pas refléter l'interprétation généralement admise à ce jour de la notion de discrimination fondée sur le sexe contenue dans différents instruments internationaux concernant la protection des droits fondamentaux, ne saurait donc, en tout état de cause, amener la Cour à élargir la portée de l'article 119 du traité. Dans ces conditions, la portée de cet article, comme celle de toute disposition de droit communautaire, ne peut être déterminée qu'en tenant compte de son libellé et de son objectif, ainsi que de sa place dans le système du traité et du contexte juridique dans lequel cette disposition s'insère. Or, il résulte des considérations qui précèdent qu'en son état actuel le droit communautaire ne couvre pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, comme celle qui fait l'objet du litige au principal. »²⁰⁶

121. Il appert que, lorsque sont en cause des droits humains, qu'ils soient civils et politiques ou économiques et sociaux, les juges internes jaugent la pertinence des textes internationaux à l'aune de leur degré de protection : s'il est élevé, la pertinence est souvent

²⁰⁴ *Ibid.*, pars. 100-102. Pour d'autres tentatives, cette fois-ci réussies, d'invocation de textes internationaux afin de réconforter des interprétations régressives, v. la jurisprudence japonaise citée dans Y. Iwasawa, « The domestic impact of international human rights standards : the Japanese experience », in P. Alston et J. Crawford (dir.), *The future of UN human rights treaty monitoring*, Cambridge, CUP, 2000, pp. 253-254.

²⁰⁵ CJCE, 17 févr. 1998, *Grant c. South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec.*, 1998, pp. I-650-651, par. 43.

²⁰⁶ *Ibid.*, par. 46.

acquise. Il y a là une forme d'opportunisme, de « *selective cosmopolitanism* »²⁰⁷, qui manque de rigueur aux yeux d'un positiviste orthodoxe, mais qui peut aussi paraître légitime si l'on accepte que la mission du juge est d'abord de protéger les droits fondamentaux. Dans ces instances, le rôle du juge ne se limite pas à la stricte *jurisdictio*, mais vise à participer au développement du droit :

« *As such, the technique is unproblematic. It does however raise questions of arbitrariness (...). For instance, when a Court cites UN [GA] resolution to support a particular right, the question is why it did not cite the background principle of positive international law (...). This practice has little to do with protection of international rule of law, but rather with an agenda to contribute to the development of the [domestic] law in a particular direction.* »²⁰⁸

§ 2. L'interprétation croisée comme harmonisation du droit interne avec des concepts transnationaux

122. L'harmonisation est particulièrement décelable dans des domaines de haute technicité. Elle est à la fois encouragée et rendue nécessaire par la standardisation technique²⁰⁹. Encouragée dans la mesure où les organismes internationaux s'emparent des problématiques scientifiques et proposent des textes, des définitions et des critères à l'usage des autorités nationales. Nécessaire car les vérités scientifiques s'embarrassent peu des particularismes nationaux ; les juges nationaux puisent alors volontiers dans des textes qui font l'objet d'un consensus international. Même lorsque les autorités internes ont défini ces concepts, le juge peut difficilement les considérer décisifs dans un contentieux dont l'objet est la légalité des actes de ces mêmes autorités. À défaut de pouvoir substituer son appréciation à celle des autorités nationales, le juge interne puise dans les textes internationaux les paramètres techniques nécessaires à son contrôle, l'extranéité apparaissant comme une garantie d'objectivité.

²⁰⁷ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, note 81, p. 146.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Le concept est ici utilisé dans son sens matérialiste originaire (« unification des critères et réglementations internes d'une même activité » (G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987, p. 446). Comme tel, il est généralement appliqué aux régulations des domaines techniques ou économiques (v. l'activité de l'ISO, Organisation internationale de normalisation, une ONG formée d'organes techniques nationaux dont l'objet est de produire des « normes internationales d'application volontaire dans le monde. Ces normes établissent des spécifications de pointe applicables aux produits, aux services et aux bonnes pratiques, pour accroître l'efficacité de tous les secteurs de l'économie. » - présentation sur le site internet de l'ISO). Certains auteurs vont plus loin et considèrent que la standardisation s'est ancrée comme une modalité de création du droit international (v. Y. Radi, *La standardisation et le droit international. Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 374 p. ; v. aussi M. Goldmann, (« Inside Relative Normativity », in A. von Bodgandy, R. Wolfrum *et al.* (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions : Advancing International Institutional Law*, Londres, Springer, 2010, pp. 661-711).

123. Or, comme le soulignait le Conseil d'État dans son Rapport annuel de 2013, « [l]a normalisation technique est sans doute le modèle le plus abouti de droit souple ayant acquis une valeur de référence, à tel point qu'il est l'instrument de la standardisation des produits ou des services fournis par les entreprises »²¹⁰. Inéluctablement, le droit souple des organisations de coopération technique exerce par ce biais une influence majeure, à la fois en raison de leur expertise, qui vient suppléer ainsi à l'ignorance qu'ont les juges de ces matières, mais aussi en raison de leur processus d'adoption, qui est perçu comme suffisamment légitime et consensuel.

124. La jurisprudence de Luxembourg relative au principe de précaution et à la notion de risque dans l'application du principe de précaution met en exergue la recherche de définitions consensuelles de notions communes à de nombreux systèmes juridiques, à la fois internes et internationaux. Les juges ne se contentent pas de se fonder sur la définition du « risque » fournie par les textes (non obligatoires) européens, mais soulignent leur convergence avec des textes internationaux (tout aussi non obligatoires, et même, en l'occurrence, non définitifs) adoptés par la Commission du *Codex alimentarius* :

« 159. Le principe de précaution ne peut donc être appliqué que dans des situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondé sur de simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré.

160. Dans un tel contexte, la notion de 'risque' correspond donc à une fonction de la probabilité des effets adverses pour le bien protégé par l'ordre juridique en raison de l'utilisation d'un produit ou d'un procédé. La notion de 'danger' est, dans ce contexte, utilisée communément dans un sens plus large et décrit tout produit ou procédé pouvant avoir un effet adverse pour la santé humaine (voir à cet égard, au niveau international, la communication provisoire de la Commission du Codex alimentarius de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture et de l'OMS, CX 2/20, CL 1996/21-GEN, juin 1996).

(...)

169. L'évaluation scientifique des risques est *communément définie*, tant au niveau international (voir la communication provisoire de la Commission du Codex alimentarius, citée au point 160 ci-dessus) qu'au niveau communautaire (voir la communication sur le principe de précaution, la communication sur la santé des consommateurs et la sûreté alimentaire et le livre vert, cités aux points 142 et 145 ci-dessus), comme un processus scientifique qui consiste à identifier et à caractériser un danger, à évaluer l'exposition et à caractériser le risque. »²¹¹

²¹⁰ France, Conseil d'État, *Droit souple. Rapport annuel 2013*, Paris, La Documentation française, 2013, p. 105.

²¹¹ TPICE, 11 sept. 2002, *Alpharma Inc. c. Conseil*, aff. T-70/99, *Rec.*, 2002, p. II-3495, par. 159-160 et 169 (nous soulignons). Dans le même sens, CJCE, 9 sept. 2003, *Monsanto Agricoltura Italia SpA et autres c. Presidenza del Consiglio dei Ministri et autres*, aff. C-236/01, par. 78-79. V. aussi J. Wouters et J. Odermatt, « Norms Emanating from International Bodies and Their Role in the Legal Order of the European

125. Les *dicta* jurisprudentiels européens relatifs aux normes du *Codex alimentarius* doivent être resitués dans un contexte particulier : celui du refus délibéré de l'incorporation généralisée opérée par l'ordre européen et du choix d'un dépeçage du *Codex* norme par norme, certains standards ayant été incorporés, d'autres non. En particulier, l'UE choisit d'incorporer les standards compatibles avec les objectifs de sécurité alimentaire propres à son ordre juridique et émet des objections à l'encontre de ceux qui paraissent en contradiction²¹².

126. Les juridictions des États membres se sont référées aux définitions du *Codex alimentarius* pour apprécier si un certain produit relevait bien de la législation européenne. La Cour de cassation et la Cour de justice ont rendu des décisions opposées sur les caractéristiques techniques de l'emmental. Au centre, le dilemme « croûte ou pas croûte ? ». Si l'emmental sans croûte a finalement eu gain de cause devant la CJUE, c'est parce que « selon le *Codex alimentarius* (...), qui fournit des indications permettant de définir les caractéristiques du produit concerné, un fromage fabriqué sans croûte peut recevoir l'appellation 'emmental' puisqu'il est fabriqué à partir de matières et selon une méthode de fabrication identiques à celles employées pour l'emmental comportant une croûte »²¹³.

127. Les actes institutionnels *soft* sont également pris en considération au titre de l'interprétation selon le sens ordinaire des mots (pour autant qu'on puisse appliquer le concept de « sens ordinaire » à des termes comme « filet maillant dérivant »...). En l'absence d'une définition expresse dans la législation interne des termes hautement techniques, les juges doivent suppléer à cette carence, et peuvent difficilement se tourner vers les dictionnaires de langue pour fournir leur sens littéral. Dans ces hypothèses, les textes internationaux consensuels s'imposent par défaut :

« Il est constant que, avant l'entrée en vigueur du règlement n° 809/2007, et donc à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, *il n'existait pas de définition*

Union », in R. A. Wessel et S. F. Blockmans (dir.), *Between autonomy and dependence : the EU legal order under the influence of international organisations*, The Hague/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, p. 56.

²¹² F. D. Schild, « The Influence of the Food and Agriculture Organization (FAO) on the EU Legal Order », in *ibid.*, pp. 235-236.

²¹³ CJCE, Arrêt de la Cour du 5 déc. 2000, *Guimont*, C-448/98, par. 32. En sens contraire, France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 12 oct. 1999, *Soc. Entremont c. Bernier et Président*, n° 98-83307, *Bulletin* 1999, n° 213, p. 671 : « Attendu que les juges, après avoir, énoncé que les dispositions du *Codex alimentarius* ne présentent qu'un caractère indicatif, ajoutent qu'en l'absence de réglementation communautaire sur la dénomination des différents types de fromage, les États sont habilités à réglementer souverainement l'usage d'une dénomination ». La Cour de cassation s'est montrée par la suite plus ouverte à la prise en compte du *Codex*, en vérifiant si les produits en cause dans une espèce remplissaient les conditions énoncées par cet instrument (v. Cour de cassation, Ch. criminelle, 4 nov. 2008, n° 08-80618, inédit au *Bulletin*).

communautaire du filet maillant dérivant. (...) 50 Or, il est de jurisprudence constante que la détermination de la signification et de la portée des termes pour lesquels le droit communautaire ne fournit aucune définition doit être établie conformément au sens habituel en langage courant de ceux-ci, tout en tenant compte du contexte dans lequel ils sont utilisés et des objectifs poursuivis par la réglementation dont ils font partie (...). *Le sens courant des termes «filet maillant dérivant» et le contexte dans lequel ils ont été utilisés peuvent être recherchés dans certains instruments juridiques internationaux et dans des publications scientifiques* »²¹⁴.

128. L'ordre juridique européen n'est cependant pas lié par ces définitions et il peut s'en éloigner, si les objectifs politiques l'imposent. Si des définitions particulières sont expressément retenues par les textes obligatoires européens, ou si des indices exégétiques signalent cette volonté du législateur européen de s'écarter des notions internationales, le juge fait prévaloir ces particularismes, en insistant sur l'interprétation communautaire autonome²¹⁵. Tel a été le cas pour la notion de « pays en développement », concept-clé, tentaculaire, ayant de nombreuses implications pour l'action normative de l'Union européenne, à l'égard duquel l'ordre communautaire entend garder sa liberté de définition, qui va de pair avec sa liberté de cibler sa politique de coopération au développement :

« 19. Le Parlement observe notamment que la plupart des régions visées par ladite décision sont constituées de 'pays en voie de développement', conformément à la classification de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et à celle de la Banque mondiale, et que la majorité des pays concernés – notamment les pays méditerranéens relevant de la politique de voisinage et de partenariat, les pays de l'Asie et de l'Amérique latine ainsi que l'Afrique du Sud – sont de tels pays. (...) »

52. À cet égard, il convient de rappeler d'emblée que la notion de 'pays en développement' figurant dans le titre XX du traité n'est pas définie par ce dernier. Certes (...) une importance particulière est accordée dans la pratique communautaire à la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement arrêtée par le comité d'aide au développement réuni au sein de l'OCDE. *Toutefois, il n'en demeure pas moins que la notion de pays en développement doit faire l'objet d'une interprétation communautaire autonome.* »²¹⁶

²¹⁴ CJCE, 5 mars 2009, *Commission c. France*, aff. C-556/07, *Rec.*, 2009, p. I-25, par. 48-50. V. aussi CJCE, 5 mars 2009, *France c. Conseil*, aff. C-479/07, *Rec.*, 2009, p. I-24, par. 38 (nous soulignons).

²¹⁵ V. CJUE, 30 janv. 2014, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-285/12 (estimant que la notion de 'conflit armé interne' doit recevoir une interprétation autonome par rapport au droit international humanitaire).

²¹⁶ CJCE, 6 nov. 2008, *Parlement c. Conseil*, aff. C-155/07, *Rec.*, 2008, p. I-8103, par. 19 et 52 (nous soulignons). V. aussi TPICE, 22 févr. 2006, *EURL Le Levant 001 et autres c. Commission*, aff. T-34/02, *Rec.*, 2006, p. II-267.

129. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, la définition de notions apparaissant dans des instruments juridiques reste en effet du ressort du juge. La Cour internationale de Justice a réaffirmé ce principe avec force dans l'affaire de *La Chasse à la baleine* :

« La Cour observe que, du point de vue scientifique, les experts cités par les Parties partagent l'avis que les méthodes létales peuvent avoir un rôle dans la recherche scientifique, sans toutefois s'entendre nécessairement sur les circonstances dans lesquelles elles se justifient. Il y a lieu, cependant, de distinguer les conclusions qu'ils ont rendues en tant que scientifiques de l'interprétation qu'il convient de donner de la convention, tâche qui incombe à la Cour. »²¹⁷

Dans le processus interprétatif, la Cour prend évidemment en compte les opinions des experts, mais ils n'est pas rare que celles-ci soient contradictoires. Dans cette hypothèse, la Cour a tendance à accorder plus de poids aux experts institutionnels, par opposition aux experts individuels, supposément en raison de la légitimité supérieure des premiers. C'est ainsi que dans la même affaire, la Haute juridiction a pris en compte les lignes directrices du comité scientifique de l'Organisation baleinière internationale, préférant les appréciations de celui-ci à celles avancées par les experts présentés par l'Australie²¹⁸.

130. La prise en compte des instruments internationaux *soft* est ainsi doublement conditionnée, d'une part par la légitimité de l'organe qui les adopte, et d'autre part par leur qualité et objectivité substantielles. Les juges internes ont tendance à considérer, jusqu'à la preuve contraire, que les actes institutionnels réunissent les deux éléments. C'est ainsi que les juridictions de l'Union européenne ont relevé que :

« [E]n ce qui concerne plus particulièrement le rapport OMS et les recommandations de Copenhague (...) il ressort de ces documents qu'ils ont été adoptés après une large consultation d'un grand nombre d'experts scientifiques. Il ressort, en outre, des recommandations de Copenhague que des représentants de l'industrie pharmaceutique ont participé à la conférence ayant donné lieu à ce rapport. Rien ne permet donc au Tribunal de douter que ces rapports ont été élaborés sur la base des meilleures données scientifiques disponibles au niveau international. »²¹⁹

131. Bien que l'adhésion à ces standards soit le plus souvent volontaire, les juges en tiennent invariablement compte, car il leur faut admettre que dans certains domaines économiques, « [l]e droit souple peut (...) se présenter comme une alternative pérenne au droit dur »²²⁰. Outre la prise en considération des actes institutionnels aux fins de l'interprétation harmonisatrice, ces types d'instruments seront appelés à jouer un rôle dans

²¹⁷ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, préc., note 98, par. 82.

²¹⁸ V. en ce sens *ibid.*, les pars. 58, 86 et 127.

²¹⁹ TPICE, *Alpharma Inc. c. Conseil*, préc., note 211, par. 222.

²²⁰ Conseil d'État, *Droit souple. Rapport annuel 2013*, *op. cit.*, note 210, p. 10.

l'appréciation de la légalité de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les autorités internes. Ils seront plus longuement analysés sous cet angle dans le chapitre 6²²¹ de cette étude.

*

132. En présence d'un possible conflit de normes entre une règle interne et un acte international, le premier réflexe du juge est de mettre son office interprétatif au service du dernier, pour contourner les antinomies. Ce phénomène montre la vigueur de la prise en considération interprétative, qui aboutit à situer le droit institutionnel en rapport avec les normes internes et à déterminer la signification de celles-ci, alors même que le droit dérivé n'est pas formellement intégré dans l'ordre juridique interne. Le principe de l'interprétation conforme, dont l'existence ne date pas d'hier, connaît aujourd'hui une fortune renouvelée, en raison à la fois de la tendance des juges de tradition dualiste à reconnaître un effet indirect aux traités non incorporés et de celle des juges « monistes » à multiplier les conditions de reconnaissance des traités, à travers la théorie l'effet direct. Partant, l'interprétation conforme s'applique à présent indifféremment des traditions juridiques internes, ce qui justifie sa qualification comme principe général de droit. Loin d'être réservé au droit conventionnel, ce principe a été invoqué en relation avec le droit institutionnel obligatoire, et même avec le droit souple. Cependant, dans ce dernier cas de figure, il serait plus approprié de parler d'interprétation croisée, car, faute d'une obligation internationale, l'idée de conformité, sous-jacente à l'interprétation conforme, perd sa *ratio legis*. Bien évidemment, l'interprétation conforme connaît des limites, résultant notamment du texte clairement contraire de la législation interne. Dans cette hypothèse, la conciliation des antinomies à travers l'interprétation s'avère impossible et le juge doit s'en remettre aux mécanismes de résolution du conflit de normes, et en particulier aux solutions dérivées de la hiérarchie des normes dans l'ordre interne.

²²¹ V. *infra*, Chapitre 6, pars. 198-218.

Chapitre 6. Les principes régissant les conflits déclarés de normes

133. Dans le monde du pluralisme juridique, la conciliation des normes (internes et internationales, mais aussi internationales entre elles) par le moyen de l'interprétation est un principe régissant les rapports de systèmes. Sa préséance, du moins dans la méthodologie judiciaire, témoigne de la détermination croissante des juges internes à « rendre le maximum d'efficacité compatible aux règles contradictoires »²²². Elle révèle cependant ses limites lorsque le juge estime qu'il ne saurait concilier les textes dont il est saisi sans en dénaturer le sens et la portée. Il doit alors choisir entre des textes inconciliables, et ce sont les règles relatives au conflits normatifs qui ordonnent son choix. Comme l'observait en termes limpides le Président Gilbert Guillaume,

« À cet effet, le juge national procède d'ordinaire à une distinction :

1) Lorsque les normes sont de rang hiérarchique différent, il applique la norme de rang supérieur.

2) Lorsque les normes sont de même rang, il recourt à divers principes généraux remontant au droit romain et résumés dans des adages exprimés traditionnellement en latin »²²³.

134. Par conséquent, la hiérarchie des normes et maximes latines établissant les préséances normatives, sont les voies privilégiées de la résolution des conflits horizontaux (ex : *lex specialis* ou *lex posterior*). Mais ces directives de solution des conflits, à première vue d'une clarté éclatante, sont embrumées par le jeu des rapports de systèmes et par la structure propre de l'ordre international. Lorsque l'une des (ou les deux) normes en conflit est (ou sont) internationale(s), le juge doit composer avec la pyramide des normes de son ordre interne et par l'absence théorique de hiérarchie en droit international. On pourrait penser que la hiérarchie des normes offre la réponse aux conflits entre une norme institutionnelle et le droit interne – après tout, il suffirait d'identifier la place hiérarchique de la première dans la pyramide interne. Si le juge est appelé à trancher un conflit entre une norme institutionnelle et une autre norme internationale, il doit simplement tenir compte de la structure horizontale de l'ordre international et se fier aux principes latinisants. La pratique jurisprudentielle montre

²²² Ch. Rousseau, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, vol. 39, 1932, p. 154.

²²³ G. Guillaume, « Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales. Avis d'*amicus curiae* », *RFDA* 2012, p. 20.

cependant que la réalité est beaucoup plus nuancée et que ce schéma théorique ne permet pas d'identifier les solutions aux conflits avérés de normes, dont l'une est institutionnelle.

135. S'agissant, en premier lieu, du paradigme hiérarchique, on doit admettre que la présence d'une norme extérieure à l'ordre du for en trouble les fondements. En effet, on ne conçoit la pyramide « qu'au sein soit d'un seul ordre juridique, soit d'un seul système normatif »²²⁴. La pyramide est un modèle qui permet d'organiser d'une manière rationnelle les relations au sein d'un même ordre juridique, par la formulation d'un principe unique de validité : « une norme est dite inférieure à une autre lorsqu'elle tire de cette dernière l'origine de sa validité »²²⁵. Mais, une fois que l'on accepte que le droit interne et le droit international ne partagent pas la même source ultime de validité – ce qui n'est que le corollaire indispensable du rejet du monisme kelsenien et du *pacta sunt servanda* comme norme hypothétique fondamentale – il devient difficile de dépeindre les rapports de systèmes tout en restant fidèle à la logique pyramidale kelsenienne. Les fondements de la validité sont en effet propres à chaque ordre juridique. Dès lors, si l'ordre interne produit des actes contraires aux obligations internationales d'un État, ceux-ci « n'en seront pas pour autant illégaux dans leur ordre propre, ni d'ailleurs dans aucun autre, y compris l'ordre international, ni susceptibles d'une invalidation du fait de leur non-conformité alléguée à des normes internationales »²²⁶. L'inverse étant rigoureusement vrai : même lorsque les normes internes, le plus souvent constitutionnelles, servent de normes de réception, elles ne deviennent pas cause d'invalidité des normes internationales contraires. C'est dès lors au prix d'une perversion de la logique pyramidale que le dualisme explique les conflits entre normes relevant d'ordres juridiques distincts²²⁷. Pour reprendre l'analyse de Jean Combacau, emblématique de ce courant

²²⁴ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, p. 35

²²⁵ M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010, p. 173. Cette formule condense les réflexions de Kelsen à ce sujet : « Le fait que la validité d'une norme fonde, d'une manière ou d'une autre, la validité d'une autre norme, constitue le rapport entre une norme 'supérieure' et une norme 'inférieure'. Une norme est avec une autre dans un rapport de norme supérieure à norme inférieure, si la validité de celle-ci est fondée sur la validité de celle-là », écrit le maître de Vienne (*in* H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 345). Il faut préciser que M. Virally ne partage pas la conception kelsenienne : il donne cette définition pour aussitôt l'écarter comme inapte à expliquer les rapports entre les normes d'un système donné, d'abord parce qu'elle exclut de son empire la jurisprudence et la coutume, et ensuite parce qu'il lui préfère une explication organique : « la norme supérieure – écrit-il – est celle qui confère le pouvoir en vertu duquel l'acte générateur de la norme inférieure est posé » (*ibid*).

²²⁶ J. Combacau, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », *in* M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Dalloz, 2012, p. 412.

²²⁷ Kelsen soutient en effet qu'il ne saurait y avoir de conflit entre des normes appartenant à des systèmes normatifs différents. L'exemple qu'il donne est celui du droit et de la morale, ce qui s'explique aisément eu égard au monisme fondamental de sa pensée (*v. Théorie générale des normes, op. cit.*, note 136, pp. 164-165 et 289-291).

doctrinal, « l'autorité que l'État est prêt à reconnaître aux normes internationales dans l'ordre même où elles se sont formées et où elles s'imposent à lui prend une autre forme, celle de la 'primauté', proprement entendue, des normes internationales sur ses normes à lui, c'est-à-dire l'obligation d'appliquer les premières aux dépens des secondes lorsque leur application simultanée est logiquement impossible ; *mais il s'agit là d'une relation d'efficacité entre des normes également valables dans le même ordre étatique, et non d'une relation de validité entre une norme internationale et la tentative de norme interne incompatible avec ses prescriptions* »²²⁸.

136. Cette analyse se prolonge et est raffinée par le perspectivisme prôné par certains auteurs qui se réclament du pluralisme²²⁹. Selon cette approche, « le droit international n'est partie intégrante du droit interne qu'en vertu d'une disposition constitutionnelle du droit interne ; il ne vaut donc pas comme droit interne en vertu de sa propre essence »²³⁰. Ce pluralisme n'est en fait qu'un dualisme irréductible, dont la conséquence en termes hiérarchiques consiste dans l'insertion du « droit d'origine internationale »²³¹ dans une structure normative organisée et chapauté par la constitution, qui demeure la norme suprême²³². Dans un monde de hiérarchies concurrentes, tout serait donc affaire de point de vue, toute primauté étant relative. Dès lors, et très logiquement, dans l'ordre international, le droit international prime sur le droit national, et ce bien que celui-ci ne puisse constituer une source formelle de celui-là, puisqu'il illustre l'action normative unilatérale d'un État (ou sujet de droit) et que « les normes qu'un État se donne à lui-même ne sont pas opposables à un

²²⁸ J. Combacau, *op. cit.*, note 138 (nous soulignons).

²²⁹ Parmi les exposés synthétiques et illustrés de cette perspective, v. D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'État, Sarran, Levacher et autres du 30 octobre 1998 », *RFDA* 1998, pp. 1094-1147 ; A. Pellet, « Vous avez dit 'monisme' ? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857 ; et A. Pellet, commentaire de l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243 (*Lebon*, p. 748), in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, 2015, à paraître.

²³⁰ J. Donnedieu de Vabres, « La Constitution de 1946 et le droit international », *Dalloz*, 1948, chron. p. 5. V. aussi A. Pellet, *ibid.*

²³¹ D. Alland, « Le juge français et le droit d'origine internationale », in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2001, pp. 47-59.

²³² R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette supérieur, 1989, pp. 35-36 en partic.

autre État »²³³. Étrange primauté que celle qui naît entre une norme et un fait, qu'on ne qualifie de juridique que s'il est illicite !

137. Du reste, cette posture est surtout invoquée pour justifier la suprématie interne de la Constitution²³⁴, et aboutir à la conclusion péremptoire que « dans l'ordre juridique national une hiérarchie interne des normes se substitue entièrement au principe de primauté du droit international »²³⁵. Dès lors, dans l'ordre juridique interne, on ne saurait envisager de relation entre une norme internationale et une norme interne qu'à travers le prisme hiérarchique établi par la constitution ; évidemment, dans cette perspective, on doit faire abstraction du fait que la pureté du paradigme kelsenien est troublée par l'absence d'une relation de validité entre les deux normes²³⁶.

138. Séduisante en ce qu'elle réalise le syncrétisme entre le normativisme kelsenien porteur d'ordre et la multiplicité des ordres juridiques qui s'observe, pour ainsi dire, à l'œil nu, cette explication à la fois nuancée et ferme dans sa logique positiviste soulève cependant quelques interrogations et autant d'objections. On peut en effet se demander ce qui reste de la vision hiérarchique constitutionnellement organisée si la prémisse sur laquelle elle repose – celle d'un dualisme irréductible qui veut que les juges internes n'appliquent que des normes internes, éventuellement d'origine internationale – si cette prémisse donc est mise à mal par l'observation de la pratique ? En effet, il est de plus en plus difficile aujourd'hui de soutenir que les juridictions nationales sont imperméables au droit international qui n'a pas été reçu et domestiqué par l'ordre interne. Il en va ainsi même pour les actes institutionnels : même s'ils sont soumis à un impératif d'incorporation préalable, elle n'a pas pour fonction de « transformer » (au sens de produire une mutation de nature) la norme internationale en norme interne, mais de la transposer et de l'adapter aux particularités de l'ordre juridique d'accueil²³⁷. Du reste, après l'incorporation, la première ne s'efface pas devant la seconde, mais subsiste en tant qu'élément du contexte juridique de celle-ci²³⁸. Il n'est pas non plus clair

²³³ R. Abraham, « L'articulation du droit interne et du droit international », in G. Cahin *et all* (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 257.

²³⁴ Le commentaire de D. Alland de l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 30 oct. 1998, *M. Sarran, M. Levacher et autres*, n° 200286 (*Lebon*, p. 368) est emblématique de ce raisonnement (v. D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international ... », *op. cit.*, note 229).

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Sur les contradictions inéluctables de l'approche perspectiviste, v. O. Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, spéc. pp. 519-526.

²³⁷ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 109 et s.

²³⁸ V. *supra*, Chapitre 5, pars. 26-42.

comment s'insèrent dans cette conception les espèces où les juges internes appliquent des actes institutionnels non incorporés ou se montrent indifférents au processus d'incorporation. Les affaires dans lesquelles les juges britanniques ont eu à juger de la licéité des rétentions illimitées par les forces britanniques en Irak et en Afghanistan, en se fondant sur des résolutions du CSNU, sont un exemple parmi d'autres²³⁹. Ces hypothèses ne correspondent ni au dualisme irréductible ni à la pensée hiérarchique, ce que souligne d'ailleurs Mattias Guyomar, lorsqu'il note que la « pyramide kelsenienne ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques »²⁴⁰.

139. Dès lors, « la responsabilité des juges pour assurer la cohérence entre les réseaux normatifs est de premier ordre »²⁴¹, si bien que les solutions aux conflits de normes dégagées par ceux-ci ne reposent pas exclusivement sur le paradigme de la hiérarchie formelle ayant cours dans un ordre juridique donné. C'est ainsi que le principe de l'interprétation conforme vient nuancer la logique hiérarchique. Au-delà du contournement des conflits par le biais de l'interprétation, on observe l'établissement d'autres formes de dépendance entre les normes internes et les normes internationales (institutionnelles dans l'hypothèse d'étude). Faute de relations de validité, on voit s'instaurer des hiérarchies plus souples, et en effet moins stables : elles ne s'établissent pas de source à source, mais de norme à norme. Toutefois, ces nouvelles formes ne viennent pas entièrement supplanter la pyramide kelsenienne, qui demeure le cadre conceptuel durable qui structure et justifie les décisions des juges.

140. On peut également placer le propos sous l'éclairage de la théorie des contraintes juridiques approfondies au sein du Centre de Théorie de Droit de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense²⁴². Dans ce cadre conceptuel, Véronique Champeil-Desplats note que :

« La hiérarchie des normes structure ainsi le raisonnement des acteurs (...). En dépit de certains vices logiques, la théorie classique de la hiérarchie des normes a réussi le double coup de force de créer (...) un nouveau type [de] contrôle des actes juridiques

²³⁹ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 12 déc. 2007, *R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, [2007] UKHL 58 ; 13 juin 2007, *Al-Skeini and others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant), Al-Skeini and others (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent) (Consolidated Appeals)*, [2007] UKHL 26 ; High Court of Justice, 2 mai 2014, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB).

²⁴⁰ M. Guyomar, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats », concls. sous Conseil d'État, 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845, *Lebon*, p. 129 (concls. au *RFDA*, n° 3, 2008, p. 588, note de bas de page omise). Dans le même sens, v. P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.*, n° 4, déc. 2001, pp. 749-794.

²⁴¹ M. Guyomar, *ibid.*, notes de bas de page omises.

²⁴² M. Troper, Ch. Grzegorzczak, et V. Champeil-Desplats (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2005, 216 p.

et un nouveau mode de justification des décisions juridiques. (...) Le caractère doublement contraignant et légitimant de l'invocation d'une hiérarchie entre les normes pour justifier juridiquement des décisions permet de comprendre la raison pour laquelle la 'pyramide tient toujours debout'. En dépit de la pluralité et de la complexité des rapports hiérarchiques dans les ordres juridiques contemporains, l'image pyramidale garde toujours une pertinence – à condition de faire le deuil de sa perfection – pour rendre compte de la configuration globale de ces ordres »²⁴³.

141. Dans le prolongement de ces réflexions, Pascal Puig propose une lecture renouvelée de la hiérarchie des normes, selon laquelle elle « n'est plus le fondement de l'ordre juridique assurant la liaison cohérente des règles les unes aux autres mais constitue, plus modestement, un simple mode parmi d'autres de résolution des conflits de normes. De système, elle est devenue principe »²⁴⁴.

142. Ces longues citations d'études théoriques portant sur la hiérarchie des normes ont, il faut l'avouer, une fonction justificatrice, puisqu'elles permettent à l'impétrant de desserrer le corset de la hiérarchie formelle et d'envisager d'autres manifestations de dépendance entre les normes internes et le droit institutionnel. Encore une fois, le but n'est pas de s'affranchir de la pyramide kelsénienne. Le voudrait-on que l'on ne pourrait ignorer la structure propre de l'ordre interne, qui est déterminante, eu égard à l'objet de la présente étude. Or dans les ordres internes (du moins étatiques) la pyramide offre encore des jalons analytiques incontournables.

143. S'agissant des conflits horizontaux, entre une norme institutionnelle et une autre norme internationale, il faut d'abord observer que les juges ne se prononcent sur ce type de conflit qu'en dernier ressort, lorsque les règles précédentes ne suffisent pas à trancher le problème qui leur est soumis. Or le jeu des maximes latines qui régissent les conflits horizontaux est si subtil et sujet à modulations qu'il fourvoie plus qu'il n'éclaire le raisonnement judiciaire²⁴⁵. Les juges internes ne s'aventurent pas dans ce labyrinthe, du

²⁴³ V. Champeil-Desplats, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la constitution », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, *op. cit.*, note 236, pp. 762-763.

²⁴⁴ P. Puig, « Hiérarchie des normes... », *op. cit.*, note 240, p. 752 (par. 8). Dans le même sens, O. Cayla, « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n° 7, p. 77-86.

²⁴⁵ Certains auteurs en contestent même l'opérativité ; ainsi Otto Pfersmann souligne qu'« en vérité, il s'agit de métarègles qui n'ont strictement rien de logique et rien d'intrinsèquement raisonnable si ce n'est qu'il est raisonnable pour un législateur [et, pourrait-on rajouter, pour un juge aussi] d'éviter des situations antinomiques. (...) Mais, pour cela, il faut qu'il s'agisse de règles de droit positif et non simplement de maximes auxquelles certains juristes aimeraient prêter cette qualité » (« Antinomies », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 68). Dans l'ordre international, le rapport du Groupe d'études de la CDI sur la fragmentation du droit international démontre que la *lex specialis* ou la *lex posterior* n'ont rien d'un principe d'application systématique et uniforme (v. *Fragmentation du droit*

moins pas lorsque l'une des normes internationales en conflit est institutionnelle. Aux principes latinisants, ils préfèrent les logiques de prévalence : ils cherchent dans l'ordre international les solutions aux conflits normatifs lorsqu'ils y détectent des principes de prévalence, donc une autre forme de hiérarchie que celle imaginée par Kelsen.

144. Avec ces réflexions pour toile de fond, on se propose d'analyser les représentations multiformes de la hiérarchie entre les normes internes et le droit institutionnel (Section I). La seconde section vise à identifier les principes opératoires dans les conflits horizontaux entre les normes internationales, dont certaines sont de nature institutionnelle (Section II).

Section I. Les hiérarchies multiples participant à la résolution des conflits entre normes internes et institutionnelles

145. Dans son étude précitée, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la constitution »²⁴⁶, Véronique Champeil-Desplats réinterroge et synthétise « la multiformité des structures hiérarchiques »²⁴⁷, pour constater leur coexistence, à la fois au sein d'un ordre juridique donné, mais aussi dans les rapports entre systèmes. Comme elle le note, « ces structures ne sont (...) pas exclusives les unes des autres ; elles peuvent donc être combinées »²⁴⁸. En reprenant la taxinomie de Ricardo Guastini²⁴⁹, l'auteure met en avant quatre types de hiérarchies. Ainsi identifiés, ceux-ci fournissent le cadre conceptuel de cette analyse, qui repose sur une méthode empirique, tournée vers l'observation des tendances jurisprudentielles. Les deux premiers types renvoient aux *hiérarchies formelles (à la fois structurelles et matérielles)* dans la conception kelsenienne de l'ordre juridique. Elles recouvrent les conditions procédurales et matérielles qui régissent la formation des normes juridiques dans un système donné. C'est dans ce cadre, de la hiérarchie formelle, que se pose d'ordinaire la question de la place des normes internationales (ici, institutionnelles) dans l'ordre juridique interne (§ 1). Le troisième type est celui des hiérarchies dites « *logiques ou linguistiques* » : elles se manifestent lorsqu'un lien de dépendance s'instaure entre deux

international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international sur la fragmentation, 13 avr. 2006, doc. Nations Unies A/CN.4/L.682, en partic. pars. 56-122 et 234-250 (ci-dessous, « Rapport Koskenniemi »).

²⁴⁶ *Op. cit.*, note 243.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 737.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ V. R. Guastini, « *Lex superior*. Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus*, n° 21, 2013, pp. 47-55, disponible en ligne : <http://revus.revues.org/2664> (consulté le 30 août 2014).

normes (ou actes), soit parce que l'adoption ou même la durée de vie d'un acte sont intrinsèquement liées à un autre acte, soit parce que le contenu normatif de l'un est déterminé par l'autre. Ce lien ne se traduit cependant pas dans un rapport de validité, mais plutôt de dépendance entre l'acte institutionnel et l'acte interne d'incorporation (§ 2). Enfin, « les hiérarchies axiologiques sont issues d'un jugement ou d'une évaluation relative à la valeur morale, politique, idéologique ou philosophique du contenu des normes »²⁵⁰. Ce jugement est celui de l'interprète (ici le juge), et c'est le type de hiérarchie le moins ouvertement assumé. Ainsi, bien que ces jugements de valeur soient sous-jacents aux solutions retenues, par exemple dans les affaires relatives aux sanctions ciblées du CSNU²⁵¹, les raisonnements fondés sur la hiérarchie formelle cachent souvent les choix déontiques à l'œuvre dans ces espèces (§ 3).

§ 1. La place insaisissable du droit institutionnel dans la hiérarchie formelle (interne)

146. Les hiérarchies formelles « se présentent d'abord comme des relations entre les sources du droit »²⁵², et se prolongent ensuite aux normes dont celles-ci sont porteuses. « On considère qu'une source ou une norme est formellement ou structurellement supérieure à une seconde lorsqu'elle règle ses modalités de création ou de production »²⁵³. La conception kelsenienne initiale étant exclusivement procédurale, il suffirait à une norme inférieure d'avoir été régulièrement adoptée pour qu'elle soit valide dans un ordre juridique. Étaient ainsi initialement exclues les hiérarchies *substantielles*, selon lesquelles « une norme est valide si (...) elle est compatible avec le contenu de celle-ci ou d'autres »²⁵⁴. Or, l'intensification des contrôles de validité matérielle, qui consistent à confronter le contenu de la norme inférieure à la norme supérieure, entraîne la modification du paradigme kelsenien, qui s'est indiscutablement enrichi, contre son auteur pourrait-on dire²⁵⁵, de cette dimension de validité substantielle. Telle est aujourd'hui la conception la plus largement diffusée de la

²⁵⁰ V. Champeil-Desplats, « Hiérarchie des normes, principe justificatif », *op. cit.*, note 243, p. 741.

²⁵¹ CJCE, Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351 ; Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2 ; CrEDH, Grde. Ch., 12 sept. 2002, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08.

²⁵² V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, note 243, p. 741.

²⁵³ *Ibid.* Celle-ci est l'expression plus raffinée du critère de validité mis en exergue *supra*, au par. 136.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 740.

²⁵⁵ V. la discussion *in ibid.*, pp. 746-747 ou *in* P. Puig, « Hiérarchie des normes... », *op. cit.*, note 240, pp. 749-750.

hiérarchie kelsenienne. Il n'est dès lors pas utile, dans le cadre de cette étude, de faire la distinction, entre les dimensions procédurale et substantielle de la hiérarchie formelle, et ce d'autant plus que la hiérarchie substantielle repose sur et est indissociable de la stratification des sources formelles.

147. La stratification des sources de droit de l'ordre interne – ou leur placement dans la hiérarchie formelle – est certainement au cœur de l'autonomie constitutionnelle des États²⁵⁶. Il en va de même lorsque des sources du droit international viennent s'insérer dans cette hiérarchie. Comme le souligne Ronny Abraham, la question de leur autorité « est résolue par des règles et de principes de droit national, et spécialement des règles et principes de valeur constitutionnelle »²⁵⁷. Et l'auteur d'ajouter : « Naturellement, parler de 'droit constitutionnel' est une simplification excessive, car s'il y a bien sûr des règles de valeur constitutionnelle, elles sont précisées, complétées par la jurisprudence administrative et judiciaire »²⁵⁸.

148. L'ordre interne de réception détermine ainsi les conditions de l'efficacité interne des normes institutionnelles. À ce sujet, le chapitre 3 de cette étude a mis en évidence l'absence d'effet direct des actes institutionnels et les modalités d'incorporation du droit institutionnel. L'exigence d'incorporation spécifique complique singulièrement la tâche de détermination de la place hiérarchique du droit institutionnel. La pratique judiciaire révèle une indifférence frappante aux interrogations relatives au placement hiérarchique du droit institutionnel. L'analyse casuistique ne permet dès lors pas de tirer de conclusions fermes quant à la place de celui-ci dans la hiérarchie interne, si ce n'est celle, insatisfaisante pour l'esprit positiviste, que cette place n'est pas définie. Tout au plus peut-on essayer d'identifier les causes de l'indétermination. Les actes institutionnels des organisations d'incorporation sont orphelins de dispositions constitutionnelles de hiérarchisation (A). En tant que normes dépourvues d'effet direct (ou plus exactement d'application immédiate), leur place hiérarchique est ainsi pour le moins incertaine. Sans doute serait-il plus exact d'admettre qu'ils ne s'insèrent pas dans la pyramide des normes, en ce sens que les conflits normatifs éventuels entre une norme

²⁵⁶ Le terme désigne l'indifférence de l'ordre international à l'égard des modalités internes de mise en œuvre des obligations internationales : v. E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2011, pp. 323 et s.).

²⁵⁷ R. Abraham, « L'articulation du droit interne ... », *op. cit.*, note 233, p. 258.

²⁵⁸ *Ibid.*

institutionnelle et le droit interne ne seront pas résolus sur la base des principes de la hiérarchie formelle²⁵⁹ (B).

A. L'emprunt limité des principes hiérarchiques applicables au droit conventionnel ou au droit européen

149. Selon une conception largement répandue, les normes institutionnelles devraient jouir du même statut interne que les traités qui en sont le fondement²⁶⁰. Ce postulat est pourtant contredit par l'analyse de la pratique : en effet, les normes constitutionnelles relatives à la réception du droit international ne bénéficient pas aux actes institutionnels des organisations de coopération. Il en est ainsi des normes de réception du droit conventionnel, qui seraient censées s'appliquer par ricochet au droit institutionnel – *quod non*²⁶¹ ou des dispositions spécifiques au droit institutionnel, qui ont été forgées pour et dont le bénéfice est limité au droit dérivé des organisations d'intégration²⁶². Or les dispositions constitutionnelles de réception automatique revêtent le plus souvent la fonction d'aiguilleur hiérarchique. Dépourvues de leur fonction incorporative, elles sont *a fortiori* privées de leur vertu hiérarchisante. La question de la place du droit institutionnel dans la pyramide des normes internes est rendue sans objet par le constat préalable de leur absence d'incorporation automatique.

150. Certains prononcés jurisprudentiels pourraient laisser penser que le statut du droit dérivé obligatoire serait effectivement aligné sur celui du traité constitutif. Mais on ne peut comprendre l'édifice jurisprudentiel si on ignore le fait qu'ils portent sur le droit dérivé communautaire (quand bien même serait-ils énoncés en termes généraux), et que leur portée n'a jamais été étendue au droit dérivé des organisations de coopération²⁶³.

151. Ainsi, en France, le Conseil constitutionnel, dans la décision dite *Isoglucose* du 30 décembre 1977²⁶⁴, a souligné que le Parlement ne pouvait adopter des lois dans les domaines

²⁵⁹ Pour cette vision de la pyramide des normes non pas comme ensemble systémique, mais comme principe de résolution des conflits, v. *supra* par. 141.

²⁶⁰ V. en ce sens, R. Abraham, « L'articulation du droit interne ... », *op. cit.*, note 233, p. 260.

²⁶¹ V. *supra* Chapitre 3, pars. 120-132.

²⁶² V. *supra* Chapitre 3, pars. 112-119.

²⁶³ On envisage ici uniquement le cas du droit français, parce que la logique positiviste est propre à chaque ordre juridique et que celle-ci nous est la plus familière.

²⁶⁴ Conseil constitutionnel, 30 déc. 1977, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6*, n° 77-90 DC, *Rec.*, p. 44.

régis par les règlements communautaires, puisque « les répercussions de la répartition des compétences ainsi opérée entre les institutions communautaires et les autorités nationales (...) ne sont que *la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution* »²⁶⁵. Le juge constitutionnel avait ainsi estimé que les conséquences d'engagements internationaux (qui se traduisent *in casu* par les actes de droit dérivé) étaient couverts par l'article 55 et bénéficiaient à ce titre d'une autorité supérieure aux lois. Cependant, il faut se garder de généraliser la portée de ces appréciations. D'une part, le Conseil lui-même n'a pas repris cette formule dans sa jurisprudence ultérieure. En tout cas, il ne l'a pas étendue aux actes des organisations de coopération, lorsque, quatre mois plus tard, il s'est prononcé sur la nécessité de faire précéder d'une loi d'autorisation l'entrée en vigueur à l'égard de la France des amendements aux Statuts du FMI. Le Conseil a certes considéré que le second amendement « *s'impose (...) à la France, même en l'absence de toute procédure d'approbation sur autorisation législative (...), en vertu des engagements qu'elle a souscrits en adhérant régulièrement (...) à l'accord relatif au Fonds monétaire international* »²⁶⁶. Mais nulle mention n'est faite de l'article 55, ni de l'adoption d'une législation interne dans le champ couvert par le second amendement. Son prononcé ne concerne que les modalités de l'engagement de la France sur le plan international²⁶⁷, donc le champ d'application de l'article 53 de la Constitution qui prévoit l'intervention préalable d'une loi d'autorisation – et non pas les conséquences internes des engagements ainsi assumés, qui sont couvertes par l'article 55. Autrement dit, le Conseil conclut que l'amendement lie la France sur le plan international, mais n'admet pas pour autant qu'il est incorporé dans l'ordre interne, avec le rang qui leur serait dévolu par l'article 55.

152. Et c'est cette « incorporation » qui a constitué la clé pour l'application de l'article 55. En effet, le Conseil a déjà eu l'occasion de censurer des lois qui ne respectaient pas le champ d'application de l'article 55, en veillant qu'elles n'empiètent pas sur le champ d'application d'un traité non communautaire. Il n'en a pas moins précisé que « la règle édictée par l'article 55 de la Constitution (...) s'applique notamment à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés modifiée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967,

²⁶⁵ *Ibid.*, cons. 4 (nous soulignons).

²⁶⁶ Conseil constitutionnel, 29 avr. 1978, *Quote-part de la France au FMI*, n° 78-94 DC, *Rec.*, p. 23, cons. 6 (nous soulignons).

²⁶⁷ V. en ce sens *supra*, chapitre 1, pars. 106 et s.

convention et protocole qui ont été introduits dans l'ordre juridique interne »²⁶⁸. C'est l'introduction régulière dans l'ordre interne qui attire l'application de la règle de conflit de l'article 55, et qui oblige les « divers organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives »²⁶⁹. Jamais le Conseil, ni d'autres juridictions d'ailleurs, n'ont étendu cette jurisprudence aux actes dérivés autres que communautaires. Il y a donc bien un décrochage entre le statut du droit conventionnel et celui du droit dérivé général.

153. On constate de plus un décrochage entre le statut du droit dérivé communautaire et du droit dérivé général, puisque la jurisprudence n'a jamais entrepris un alignement en ce sens. Et si on rétoque que c'est trop faire dire à des silences jurisprudentiels, on peut expliquer pourquoi le raisonnement tenu à l'égard du droit communautaire n'est pas applicable par analogie à d'autres formes d'actes institutionnels. Dans la décision '*Isoglucose*'²⁷⁰, le juge constitutionnel avait souligné les particularités du droit dérivé communautaire et identifié correctement leur source dans le traité constitutif. C'est en vertu de Traité de Rome « que les règlements arrêtés par le Conseil et la Commission des communautés européennes sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans les États membres ». La force obligatoire inconditionnelle et l'effet direct du droit communautaire font ainsi partie des caractéristiques constitutives de celui-ci. Au regard de la condition interne du droit dérivé, c'est d'ailleurs cette dernière qualité qui revêt une importance fondamentale, car elle a directement trait à l'applicabilité interne, alors que la question de l'effet obligatoire concerne d'abord le plan international et est d'ailleurs résolue sur la base des principes dégagés à ce niveau-là²⁷¹. Le Conseil s'est ainsi exclusivement fondé sur les qualités inhérentes au droit dérivé communautaire, telles qu'elles sont prévues par les traités, pour conclure qu'ils s'imposent au Législateur. Son intervention est dès lors « limitée à l'adoption des modalités d'application laissées à leur initiative par les règlements communautaires »²⁷². Ces qualités ne se retrouvent dans aucun traité d'une organisation de

²⁶⁸ Conseil constitutionnel, 3 sept. 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 86-216 DC, *Rec.*, p. 135, cons. 6.

²⁶⁹ *Ibid.* V. aussi Conseil constitutionnel, 23 juil. 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, n° 91-293 DC, *Rec.* p. 77, cons. 5. ; 24 juil. 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, n° 91-298 DC, *Rec.* p. 82, cons. 21.

²⁷⁰ Conseil constitutionnel, 30 déc. 1977, n° 77-90 DC, *préc.*, note 264.

²⁷¹ V. *supra*, chapitre 1, pars. 7 et s.

²⁷² Conseil constitutionnel, 30 déc. 1977, n° 77-90 DC, *préc.*, note 264.

coopération²⁷³, ce qui est en soi une raison suffisante pour ne pas étendre la portée de cette jurisprudence à l'ensemble du droit dérivé.

154. Du reste, l'applicabilité de l'article 55 au droit communautaire dérivé est une trouvaille jurisprudentielle, qui n'avait rien d'une évidence, au regard de la lettre et de l'esprit de cette disposition. Celle-ci mentionne explicitement les « traités ou accords » et renvoie en outre à la réserve de réciprocité. Le texte n'est évidemment pas adapté à la source institutionnelle²⁷⁴. L'applicabilité de l'article 55 au droit communautaire dérivé, annoncée par la décision '*Isoglucose*' de 1977, ne s'est enracinée dans la jurisprudence qu'en 1990, suite à l'arrêt *Nicolo*. Et c'est d'ailleurs sur la base de celui-ci qu'elle a été acquise. Mais l'extension de la jurisprudence *Nicolo* au droit dérivé s'est faite par effraction, sans que le fondement interne en soit spécifié. Ainsi, l'arrêt *Boisdet* de 1990 consacre la supériorité des règlements communautaires sur les lois postérieures sans mentionner de fondement constitutionnel spécifique²⁷⁵. Le raisonnement de la Commissaire du gouvernement, Mme Laroque, n'est pas plus prolixe. Elle procède par postulat et inférence : « il nous paraît certain que le revirement de jurisprudence résultant de la décision *Nicolo* a pour objet notamment d'assurer le respect par l'État français dans toutes ses institutions de la règle internationale, et plus particulièrement de la règle communautaire »²⁷⁶. Cependant, on ne saurait affirmer que le Conseil d'État ait voulu s'ériger en gardien du respect, par toutes les institutions françaises, de la règle internationale, quelle qu'elle soit. L'affirmer c'est lui prêter une ambition démesurée, sans commune mesure avec la réalité. Du reste, la jurisprudence ultérieure a rapidement démenti ce discours, car le juge du Palais Royal n'en a pas étendu la portée aux règles coutumières²⁷⁷. En outre il s'est longtemps gardé d'en faire bénéficier les directives communautaires, qui sont pourtant obligatoires. Il ne l'a fait que très progressivement, sous la pression de la Cour de Justice²⁷⁸, démontrant ainsi que les qualités normatives d'un acte de droit dérivé ne sont pas déterminées uniquement par la lettre du texte constitutif, mais peuvent être enrichies par les interprétations authentiques de celui-ci.

²⁷³ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 70-75.

²⁷⁴ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 123-129.

²⁷⁵ Conseil d'État, *Boisdet*, 24 sept. 1990, n° 58657, *Lebon*, p. 251.

²⁷⁶ Concls. M. Laroque sous Conseil d'État, *Boisdet*, *ibid.*, non publiées.

²⁷⁷ Conseil d'État, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, *Lebon*, p. 206.

²⁷⁸ Sur le statut interne des directives, v. C. Breton, commentaire de l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *Lebon*, p. 407, in A. Miron et A. Pellet, *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, *op. cit.*, note 229.

155. Toutefois, certaines autorités considèrent qu'il n'y a guère de raison de traiter différemment le droit dérivé de l'Union et le droit dérivé des organisations de coopération²⁷⁹. Les justifications d'ordre politique, tenant à la nature intégrative du projet européen, aux modalités démocratiques d'adoption de ses actes, et au contrôle systématique de légalité, sont sans doute pour quelque chose dans ce traitement spécial. Le monde normatif qu'est l'Union, aussi perfectible soit-il, a intégré les impératifs de l'état de droit (*rule of law*); et son architecture institutionnelle reflète la doctrine *des checks and balances*, dont la Cour de Luxembourg est le gardien (pas toujours impartial, certes, puisque la jurisprudence est toute tournée vers la consolidation de l'ordre juridique de l'UE, et du transfert de compétences à celle-ci). Ces considérations extrinsèques, qui jouent en amont, lors de la production du droit, justifient sans doute son efficacité accrue en aval, lors de son application dans les ordres internes. Mais dans la mesure où ces explications ne relèvent pas de la raison positiviste, il est facile de rejeter la validité de tels contre-arguments. C'est dans l'ordre positiviste qu'il faut dès lors tenter d'apporter des réponses.

156. Le raisonnement qui prône l'alignement du droit dérivé des organisations de coopération sur celui du droit de l'Union se construit en quatre temps :

- Dans l'ordre interne, l'article 55 de la Constitution constitue le fondement de la supériorité des traités sur les lois postérieures. Corollaire : il n'y a pas lieu de rechercher le fondement de la supériorité dans les prétentions de l'ordre de l'Union et dans la jurisprudence impérialiste de la CJUE.
- Cela « suffit, en effet, pour assurer la supériorité du droit issu des traités établissant les Communautés européennes sur les normes législatives ou réglementaires françaises »²⁸⁰. Corollaire : il n'y a pas lieu de s'interroger sur les qualités spécifiques des divers actes du droit dérivé, telle qu'elles seraient déterminées par les traités constitutifs respectifs.
- Dans sa décision *Nicolo*, le Conseil d'État n'a pas « cédé au tropisme communautaire »²⁸¹ et a étendu la portée de l'article 55 à l'ensemble des conventions internationales. Corollaire : dans l'ordre français, le droit de l'Union, conventionnel ou dérivé, n'a pas un traitement de faveur, du moins lorsqu'il s'agit de déterminer sa place dans la hiérarchie des normes.

²⁷⁹ R. Abraham, « L'articulation du droit interne ... », *op. cit.*, note 233, p. 260 ; A. Pellet, commentaire de l'arrêt Conseil d'État, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *op. cit.*, note 229.

²⁸⁰ A. Pellet, *ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*

- *ergo*, « il n’y a aucune raison de ne pas faire bénéficier l’ensemble du droit international général (écrit en tout cas) et le droit dérivé des organisations internationales non européennes du traitement que les juges français ont, aujourd’hui, trop tendance à réserver au droit de l’Union »²⁸².

157. Cependant, même si la première prémisse était exacte, la seconde et la troisième ne le sont pas : en effet, d’une part, ce sont les qualités propres du droit dérivé communautaire, telles que prévues par les traités et développées par la jurisprudence, qui ont conduit les juges à déployer ainsi l’applicabilité de l’article 55 ; d’autre part, si la primauté sur les lois bénéficie en effet à l’ensemble des conventions internationales (d’effet direct), qu’elles soient communautaires ou non, il n’y a pas d’égalité de traitement pour le droit dérivé. Dès lors, la conclusion retenue ne s’impose plus comme une évidence.

158. Le traitement spécifique du droit communautaire dérivé se justifie non pas sur la base des normes constitutionnelles de réception, mais à travers les modalités organisées par les traités communautaires. C’est pour avoir longtemps refusé de faire intervenir ceux-ci parmi les fondements du statut interne du droit dérivé que les juridictions françaises ont été contraintes à construire une jurisprudence baroque, « qui conduit à nier toute distinction entre un traité international négocié par les États contractants et un acte unilatéral imposé par une autorité à ses destinataires »²⁸³. Dorénavant, l’autorité particulière du droit européen dans les ordres internes est pleinement acquise : elle bénéficie aujourd’hui d’une consécration constitutionnelle expresse à travers les dispositions du Titre XV de la Constitution. Par ailleurs, la jurisprudence a ouvertement admis que « la transposition en droit interne des directives communautaires, qui *est une obligation résultant du Traité* instituant la Communauté européenne, revêt, *en outre, en vertu de l’article 88-1 de la Constitution*, le caractère d’une obligation constitutionnelle ; que, *pour chacun de ces deux motifs*, il appartient au juge national, juge de droit commun de l’application du droit communautaire, de garantir l’effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l’égard des autorités publiques »²⁸⁴. Les décisions internes justifient dorénavant l’effet direct et la

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ P. Puig, « Hiérarchie des normes... », *op. cit.*, note 240, p. 758, par. 22.

²⁸⁴ Conseil d’État, Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *Lebon*, p. 407 (nous soulignons). Ce n’est pas dans le champ de cette étude de retracer les étapes de l’émancipation du droit de l’Union de ses racines internationales (v. à ce propos les commentaires de L. Laithier (Conseil constitutionnel, 9 avr. 1992, *Traité de Maastricht*, n° 92-308 DC et 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, n° 2004-505 DC), R. Chemain (Conseil constitutionnel, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l’économie*

primauté du droit dérivé sur les lois internes par un double fondement – conventionnel et constitutionnel : des termes comme « en outre » et « chacun de ses motifs » en portent témoignage.

159. L'idée n'est évidemment pas de réécrire l'histoire à la lumière du présent, mais de la remettre dans sa juste perspective. La jurisprudence française a bien fondé la primauté du droit communautaire dérivé sur l'article 55 de la Constitution²⁸⁵, mais elle ne l'a fait ni d'une manière monolithique, ni générale. Les spécificités du droit dérivé communautaire ont joué un rôle prépondérant, bien que très tardivement acceptées par les juridictions internes, qui se sont résolues à placer les Traités de l'Union parmi les fondements de leurs décisions. Ce sont ces spécificités et non pas l'incorporation des traités fondateurs dans l'ordre français qui justifient l'autorité spéciale du droit dérivé communautaire. Puisque ces qualités exceptionnelles que sont l'application immédiate et l'effet direct ne se retrouvent dans aucun autre traité constitutif d'une organisation internationale, la *ratio legis* de l'extension de la portée de l'article 55 manque à leur égard. Pour emprunter aux constats de Michel Virally, les organisations internationales de coopération « restent dans le cadre d'un ordre de coordination tant que les décisions de leurs organes ne sont applicables, de façon immédiate, que dans le seul ordre international »²⁸⁶.

160. En revanche, le droit institutionnel bénéficie entièrement des qualités et du statut particulier du droit de l'Union lorsqu'il est incorporé à travers des actes de celui-ci. Nous avons déjà souligné la multiplication de ces cas de figure²⁸⁷. Dès lors, lorsque des actes obligatoires ou non obligatoires sont incorporés à travers des règlements, voire des directives de l'Union, ils acquièrent par ce biais une pleine efficacité dans les ordres internes des États membres. Ils bénéficient aussi du rang hiérarchique reconnu au droit européen dans l'ordre interne.

numérique, n° 2004-496 DC), A. Pellet (Conseil d'État, *Nicolo*, op. cit., note 229) ; et P. Bodeau-Livinec (Conseil d'État, 10 avr. 2008, *Conseil national des Barreaux*, n° 296845 et n° 296907, *Leb.*, p. 129), in A. Pellet et A. Miron, *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, op. cit., note 229.

²⁸⁵ Après la décision *Boisdet*, la jurisprudence a expressément visé l'article 55 (Conseil d'État, Ass., 28 févr. 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, n° 56776, *Leb.*, p. 81 ; pour d'autres exemples v. A. Minet, « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », *RFDA*, n° 5, nov. 2013, pp. 1082-1095).

²⁸⁶ M. Virally, *La pensée juridique*, op. cit., note 225, p. 209.

²⁸⁷ V. supra, Chapitre 3, pars. 109 et s.

161. Toujours dans une optique strictement positiviste, il faut convenir que l'application extensive de l'article 55 n'est pas inhérente à la lettre de cette disposition. Elle résulte au contraire d'un choix jurisprudentiel bien mûri. Ce que la jurisprudence a fait au regard du droit communautaire dérivé, elle ne l'a pas fait au regard du droit dérivé des organisations de coopération. Si on dépeint un tableau purement descriptif et statique de l'état de la jurisprudence, on peut affirmer qu'aujourd'hui, en France, les actes institutionnels des organisations de coopération ne bénéficient pas de la primauté sur les lois reconnue aux traités par l'article 55.

162. La conclusion en termes kelsenien n'est toutefois pas la plus adéquate. Sans doute serait-il plus exact de dire que les actes institutionnels ne s'insèrent pas dans la pyramide interne, que ce constat ne marque pas la limite ultime du raisonnement, et que la résolution des conflits normatifs peut être régie par d'autres principes, plus souples que ceux développés dans le cadre de la hiérarchie formelle.

B. Les indices de l'exclusion des actes institutionnels de la hiérarchie formelle

1. La position incertaine des actes dépourvus d'effet direct (ou non incorporés)

163. En pratique, les juges préfèrent assurément se placer sur des terrains a-hiérarchiques. L'absence d'effet direct est l'argument le plus usité et il aboutit en effet à exclure ces normes de la hiérarchie pyramidale, du moins de celle dont le juge assure le respect. Cette tendance est clairement mise en évidence par la jurisprudence américaine : si, dans *Diggs v. Schultz*, les juridictions américaines ont insisté sur le fait que le « *Congress has the power to override treaty obligations* »²⁸⁸, par la suite, elles ont néanmoins préféré fonder leurs décisions sur le caractère *non self-executing* de certaines résolutions du CSNU pour refuser de confronter leur contenu à celui des lois²⁸⁹, alors même que la doctrine de la supériorité des lois postérieures

²⁸⁸ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 31 oct. 1971, *Diggs v. Schultz*, 60 ILR 393.

²⁸⁹ États-Unis, Cour d'appel du District de Columbia, 17 déc. 1976, *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848, ILR, vol. 95, p. 613. De la même manière, les juridictions néerlandaises considère que les décisions internationales dépourvues d'effet direct ne s'insèrent pas dans la hiérarchie formelle : « *Under Section 93 of the Grondwet (Gw) [= Constitution] provisions of treaties and decisions of international law organisations may be legally binding on all as to their substance with legally binding powers coming into effect after they are published. For a provision of a treaty or a decision of an international law organisation to become qualified as 'binding on all' it must be eligible for immediate applicability in cases submitted to a court of law. (...). On other forms of international law namely those whose provisions in the form of treaties and international decisions are not binding on all as well as the totality of the international law of custom whether or not*

sur les obligations conventionnelles est indiscutable dans le système américain²⁹⁰. En effet, le terrain de l'absence d'effet direct a le double mérite d'éviter au juge tout prononcé sur la compatibilité du droit interne avec les obligations internationales – source potentielle d'embarras pour les autorités politiques – mais aussi de cantonner l'effet du prononcé judiciaire à l'ordre du for²⁹¹.

164. Les juridictions françaises suivent la même voie²⁹². Les conséquences qui s'attachent à l'absence d'effet direct sont toutefois sujettes à débat : la question est essentiellement de savoir si une norme dépourvue d'effet direct (ou non incorporée) s'intègre néanmoins dans la hiérarchie des normes et pourrait être invoquée comme norme de référence, dans un contentieux de la légalité, éventuellement à l'encontre d'une loi interne. C'est le débat sur l'invocabilité d'exclusion des traités dépourvus d'effet direct, et donc sur la possibilité que ces normes internationales soient invoquées afin d'annuler un règlement ou de laisser inappliquée une loi qui leur seraient contraires.

165. Dans cette optique, plusieurs commissaires du gouvernement ont tenté de persuader le Conseil d'État de distinguer effet direct et invocabilité et de permettre l'invocabilité d'exclusion là où celle de substitution, qui permet au requérant de réclamer des droits subjectifs en se fondant sur les traités. Ronny Abraham, dans ses conclusions dans l'affaire *GISTI* (CE, 23 avril 1997) était le premier à proposer cette voie, au motif que :

*« toute autre solution (...) reposerait sur le postulat que la stipulation dépourvue d'effet direct ne s'est pas du tout incorporée à l'ordre juridique national, de telle sorte qu'elle ne pourrait trouver sa sanction que devant le juge international, mais ce postulat est certainement erroné (...) »*²⁹³.

characterised by ius cogens Section 93 Gw does not apply. Said right remains in effect within the system of laws of The Netherlands by means of application of national law. » (Pays-Bas, Cour du District de La Haye, 16 juil. 2014, *Stichting Mothers of Srebrenica*, par. 4.148 (nous soulignons). Sur l'effet direct comme critère de l'incorporation automatique, v. *supra*, chapitre 3, par. 12.

²⁹⁰ American Institute of Law, *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul (Minn.), American Law Institute Publ., 1990, 2 vol., 641 + 561 p.

²⁹¹ Dans le même esprit, A. Guazzarotti considère que « *the direct effect (and similar conceptual tools such as the 'self-executive' nature of international treaties) is an 'elusive virtue': its attractive aspect consists in its ability to avoid normative conflicts between legal systems (which are also systems of values)* » (« *Security Council Resolutions before European Courts : The Elusive Virtue of Non Direct Effect* », Centro Studi sur Federalismo, *Perspectives on Federalism*, 2012, p. 133, notes de bas de page omises ; disponible en ligne : <http://www.on-federalism.eu/index.php/andrea-guazzarotti>).

²⁹² V. *supra*, Chapitre 3, par. 12 et s.

²⁹³ Concls. sous Conseil d'État, 23 avr. 1997, *GISTI*, n° 163043, *RFDA*, 1997, p. 585 (nous soulignons). Il faut noter que le Commissaire du gouvernement avait incité le Conseil d'État à appliquer aux traités dépourvus d'effet direct le régime interne des directives communautaires, mais il n'a pas été suivi.

166. Plus récemment, dans ses conclusions dans l'affaire *GISTI et FAPIL* en 2012, Gaëlle Dumortier a de nouveau engagé le Conseil d'État à reconnaître l'invocabilité d'exclusion des traités dépourvus d'effet direct²⁹⁴. Son plaidoyer est convaincant, la reconnaissance d'une invocabilité partielle permettant de signifier que le traité est tout de même intégré dans l'ordre interne en vertu de l'article 55 de la Constitution²⁹⁵.

167. De nombreuses voix s'élèvent donc en faveur de l'invocabilité d'exclusion des traités dépourvus d'effet direct, en particulier des traités-lois, qui concernent de près les droits humains. Le Conseil d'État répond toujours par la négative. Ainsi, lit-on dans son rapport annuel de 2000 :

« Les stipulations d'une convention sont applicables dans l'ordre interne à la condition qu'elles soient d'effet direct. (...) Ainsi, en l'absence d'effet direct, le juge administratif ne sera pas conduit à examiner la compatibilité de la norme de droit interne avec les engagements pris au niveau international »²⁹⁶.

168. Comment distinguer entre les traités qui méritent une invocabilité d'exclusion et les autres ? Est-il concevable que les traités bilatéraux d'extradition ou de commerce priment sur des lois qui concrétisent des principes auxquels l'ordre juridique français est fortement attaché²⁹⁷ ? Est-il possible de limiter l'invocabilité d'exclusion aux traités porteurs de normes fondamentales ? On objectera que l'ordre interne français a une approche instrumentale, formelle et ne fait pas de distinction entre les traités-lois et les traités-contrats. L'article 55 de la Constitution se réfère aux « traités » d'une manière générale, sans faire de distinction matérielle ou axiologique. Ou faut-il encore limiter une telle invocabilité à dont la ratification a été approuvée par le Parlement en vertu de l'article 53 de la Constitution ? On objectera que la Constitution ne conditionne pas non plus la supériorité interne des traités à la ratification parlementaire, du moins si le vote d'une loi l'autorisant ne s'analyse pas comme une

²⁹⁴ Concls. G. Dumortier sous Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, *RFDA*, n° 3, 2012, pp. 547-559.

²⁹⁵ *ibid.*

²⁹⁶ Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, coll. « Études et documents du Conseil d'État (2000) », Paris, La Documentation française, 2000, pp. 56-57. Pour une critique du refus du Conseil d'État de modifier sa jurisprudence, v. F. Latty, commentaire de l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, in A. Pellet et A. Miron, *op. cit.*, note 229.

²⁹⁷ C'est pour pallier les conséquences d'un tel raisonnement que, dans l'arrêt *Koné* (Conseil d'État, Ass., 3 juil. 1996, n° 169219, *Lebon*, p. 255) le juge administratif a dégagé un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République (v. en ce sens, l'analyse par V. Champeil-Desplats, « L'arrêt Koné, produit et source de contraintes », M. Troper, Ch. Grzegorzczak et V. Champeil-Desplats (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, note 242, pp. 53-61). La création de normes nouvelles, pour satisfaire les besoins de la cause, n'est sans doute pas la meilleure solution aux problèmes soulevés par les rapports de systèmes.

condition d'incorporation régulière²⁹⁸. Au demeurant, toutes ces interrogations relèvent des débats doctrinaux et ne se reflètent pas dans la jurisprudence : le Conseil d'État refuse d'admettre l'invocabilité d'exclusion des traités dépourvus d'effet direct, quelle que soit leur nature ou leur conditions d'entrée en vigueur.

169. Cette jurisprudence est *a fortiori* applicable aux actes institutionnels dont l'absence d'effet direct est de principe. En effet, le droit institutionnel n'est pas couvert par la règle de conflit énoncée à l'article 55 de la Constitution²⁹⁹. En outre, la nécessité d'incorporation spéciale est devenue le corollaire inéluctable de l'absence d'effet direct des actes institutionnels : plus qu'une qualité de la norme institutionnelle (notamment, son degré de précision), le concept d'effet direct joue le rôle d'un principe général relatif à leur réception interne. Ainsi, dans ses conclusions dans l'affaire *Héli-Union*, le commissaire du gouvernement Denis Piveteau appliquait aux résolutions du Conseil de sécurité la logique de la jurisprudence *GISTI 1997*, sans même s'interroger sur les possibles différences de statut :

« En effet, si l'acte international – ici, il s'agit de la résolution 748 – est d'effet direct, c'est-à-dire s'il est immédiatement invocable à l'encontre des décisions réglementaires et individuelles (puisque votre arrêt de Section du 23 avril 1997 *GISTI*, n° 163043, a assimilé effet direct et opposabilité^[300]), alors aucun des actes qui peuvent être pris dans le sillage de ce traité par l'autorité réglementaire n'est un acte de gouvernement. Car si le juge est saisi de la légalité d'un tel acte, il pourra et devra la confronter directement au traité d'effet direct. Ce traité sera pour le juge une source de légalité, et il en fera donc application sans jamais le remettre en cause, sans jamais s'immiscer dans la conduite des relations extérieures. »³⁰¹

170. Denis Piveteau n'aborde ici l'argument de l'invocabilité que d'une manière subsidiaire. Mais une même raison justifie *et* le refus de l'effet direct *et* le maintien de la l'assimilation entre effet direct et invocabilité : la protection de la marge normative des autorités nationales. Si le juge interne annule des actes de l'administration pour contrariété avec l'acte international – alors même que celui-ci n'a pas été transposé dans l'ordre interne – il dirige et contraint l'activité normative ultérieure des autorités nationales. Son contrôle, qui doit en principe s'exercer *a posteriori*, peut se transformer en un instrument de pression normative.

²⁹⁸ Pour une analyse de la jurisprudence interne relative à la condition de « ratification régulière » des traités, v. S. Grosbon, commentaire de l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 9 juil. 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n° 327663 (*Lebon*, p. 268), in A. Miron et A. Pellet, *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, *op. cit.*, note 229.

²⁹⁹ V. *supra*, pars. 149 et s.

³⁰⁰ « Opposabilité » est ici synonyme du terme « invocabilité ».

³⁰¹ Concls. D. Piveteau sous Conseil d'État, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, *Lebon*, p. 501.

171. Une autre raison fondamentale faisant obstacle à une reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion tient à la préservation des pouvoirs du Parlement, qui reste, dans l'ordre interne, le dépositaire de la souveraineté nationale. Or, le Parlement est entièrement exclu du processus d'adoption et d'entrée en vigueur des actes institutionnels³⁰². Si le droit institutionnel est reconnu d'effet direct, il est intégré au bloc de légalité, ce qui permet de confronter et éventuellement d'annuler un acte administratif, nonobstant une loi interne contraire. Si l'invocabilité d'exclusion est reconnue, elle s'exercera directement à l'encontre des actes de l'Exécutif, mais aussi indirectement à l'encontre des lois. En effet, c'est l'acte exécutif ou administratif qui est annulé, mais c'est également la loi-écran qui est frappée de « dégénérescence », car, les décisions rendues en matière de contrôle de conventionnalité conduisent en pratique à la neutralisation des lois jugées contraires.

172. L'ordre juridique suisse est le seul, parmi ceux étudiés, à ne pas conditionner l'insertion des décisions institutionnelles dans la hiérarchie des normes internes à leur effet direct. Ce n'est pas que le concept soit inconnu du système suisse, simplement l'absence d'effet direct est juste un obstacle à leur invocabilité de substitution (par des personnes privées qui voudraient en bénéficier)³⁰³. Dès lors, les actes obligatoires des organisations internationales s'insèrent dans la hiérarchie des normes internes, comme le montre la jurisprudence récente des juridictions suisses relative aux sanctions ciblées du Conseil de sécurité. En effet, la norme constitutionnelle de réception est formulée de telle manière que l'ensemble du droit international obligatoire à l'égard de la Suisse est applicable par les tribunaux :

« 7.1 D'après l'article 5 alinéa 4 Cst., la Confédération et les cantons respectent le droit international. Selon l'article 190 Cst., le *Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Par droit international au sens de l'article 190 Cst., la jurisprudence entend l'ensemble du droit international contraignant pour la Suisse, qui comprend les accords internationaux, le droit international coutumier, les règles générales du droit des gens ainsi que les décisions des organisations internationales qui s'imposent à la Suisse.* Il s'ensuit que le Tribunal fédéral est en principe tenu de respecter les dispositions de la Charte, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies ainsi que les dispositions de la

³⁰² V. *supra*, Chapitre 3, pars. 31 et s. ; et *supra*, par. 151.

³⁰³ V. A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 121. Pour une analyse plus ancienne, mais toujours actuelle, de la place hiérarchique du droit international en général, et des décisions des organisations internationales en particulier dans l'ordre juridique suisse, v. C. Dominicé, « La nature juridique des actes des organisations et des juridictions internationales et leurs effets en droit interne », initialement publiée en 1970 et republiée in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris, PUF, 1997, spéc. pp. 428-429).

Convention européenne des droits de l'homme et celles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »³⁰⁴.

173. L'intégration automatique des actes institutionnels dans la hiérarchie des normes ne règle cependant pas la question de leur agencement hiérarchique. D'une part, les juges suisses se sont certes déjà prononcées sur la primauté du droit international sur les lois, même postérieures ; en revanche, ils n'ont pas clarifié la relation entre le droit international et la Constitution³⁰⁵. D'autre part, puisque les normes internationales obligatoires sont intégrées en bloc dans la hiérarchie des sources suisses, le juge suisse est susceptible de se voir confronté bien souvent à un conflit de normes internationales. Comme le souligne le Tribunal fédéral :

« L'article 190 Cst. ne prévoit en revanche aucune règle de conflit entre diverses normes du droit international également contraignantes pour la Suisse »³⁰⁶.

Dès lors, c'est dans l'ordre international que le juge suisse recherche la solution aux conflits normatifs³⁰⁷.

2. *L'exclusion sur la base de la doctrine du droit souple*

174. Une autre méthode, permettant à un juge d'éviter la question de la hiérarchie des normes, consiste à dégrader la force normative de ces actes et à les déclarer non obligatoires. La jurisprudence relative au statut des annexes OACI est emblématique de l'évolution de l'autorité interne du droit dérivé institutionnel. En effet, dans un premier temps les juges avaient assimilés les annexes à la Convention elle-même. Ainsi, avaient-ils étendu à leur égard les règles hiérarchiques applicables aux conventions. Dans une décision *Schreiber* du 8 novembre 1963, la Cour de cassation a fait prévaloir les annexes sur le décret antérieur contraire :

« Qu'il s'ensuit que les articles 95 et suivants du décret du 1^{er} juin 1932 portant code des douanes en AOF, notamment l'article 101, aux termes duquel 'les marchandises prohibées sont exclues du transit' ne peuvent mettre obstacle à l'application des dispositions précitées de l'annexe 9 de la Convention de Chicago, entrées en vigueur dix-sept ans plus tard (1^{er} septembre 1949) »³⁰⁸.

³⁰⁴ Suisse, Tribunal fédéral, 23 janv. 2008, *Al Dulimi c. Département fédéral de l'économie*, n° 2A.784/2006, par. 7.1, disponible en ligne : http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/080123_2A_784-2006.html. V. aussi l'arrêt de la CrEDH, 23 nov. 2013, *Al Dulimi c. Suisse*, n° 5809/08.

³⁰⁵ V. en ce sens C. Dominicé et F. Voeffray, « Suisse », in P. M. Eisemann (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Kluwer Law International, 1996, pp. 552-554.

³⁰⁶ *Ibid.*, par. 7.2.

³⁰⁷ V. *infra*, pars. 256 et s.

³⁰⁸ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 8 nov. 1963, n° 57-94162, *Schreiber*, *Bulletin criminel* 1963, n° 315.

175. Dans une affaire ultérieure, *Males*, la Cour de cassation a cependant censuré l'application immédiate des annexes OACI, aux motifs que :

« Encourt la cassation l'arrêt d'une Chambre d'accusation qui a déclaré qu'échappent à la fouille douanière les bagages régulièrement en transit, en vertu des dispositions de l'annexe 9 à la convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale, sans avoir au préalable consulté le Ministère des Affaires étrangères sur les points de savoir : 1) si les normes et pratiques recommandées, définies dans l'annexe 9 à ladite convention par l'Organisation de l'aviation civile internationale sont directement et immédiatement applicables sur le territoire français et de nature à s'opposer à l'application de la loi interne en matière de douanes et de change ; 2) dans l'affirmative, si les conditions de réciprocité édictées par l'article 55 de la Constitution se trouvaient réunies en l'espèce, tant en ce qui concerne les dispositions de la convention elle-même que celles de l'annexe (2). »³⁰⁹

176. La Cour a donc renvoyé au Ministre des affaires étrangères à la fois la question de l'effet direct et de l'applicabilité de l'article 55 de la Constitution au droit dérivé, en considérant que les deux aspects relèvent de l'interprétation conventionnelle, d'une part, et de l'appréciation de la condition de réciprocité d'autre part. La réponse du ministre n'a pas été rendue publique, mais dans l'arrêt après renvoi préjudiciel, la Cour laisse entendre que celui-ci s'est prononcé dans le sens de l'absence d'effet direct. Et la Cour de conclure que cette absence rend sans objet les interrogations relatives à sa place hiérarchique :

« l'annexe 9 à cette convention n'étant pas immédiatement applicable sur le territoire national, ne peuvent faire échec à la législation interne française, et, notamment, au pouvoir reconnu aux services douaniers de procéder aux vérifications prévues par le code des douanes, fût-ce en ce qui concerne les transports aériens en transit sur les aérodromes, lesquels ne constituent pas des lieux de franchise. »³¹⁰

177. Le Conseil d'État a en revanche penché pour la solution plus radicale qui consiste à considérer l'ensemble des annexes OACI comme des recommandations :

« les normes adoptées par l'Organisation de l'aviation civile internationale, compte tenu de leur nature et notamment des possibilités de dérogations qu'elles comportent, constituent des recommandations s'adressant aux États »³¹¹.

178. Les juridictions civiles se sont par la suite ralliées à cette tendance, avec une nuance cependant, puisqu'elles considèrent que « les normes adoptées par l'OACI, compte tenu de

³⁰⁹ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 29 juin 1972, n° 71-91821, *Males*, *Bulletin criminel* n° 226, p. 591.

³¹⁰ France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 27 juin 1973, n° 73-90057, *Males*, *Bulletin criminel* n° 305, p. 735

³¹¹ France, Conseil d'État, 20 nov. 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, n° 09839, *Lebon*, p. 428. V. égal. Conseil d'État, 7 oct. 1998, *M. Larquetoux*, n° 185657, *Lebon*, p. 667 ; Conseil d'État, 23 nov. 2001, *Compagnie nationale Air France*, n° 195550, *Lebon*, p. 576, note de Ph. Delebecque, *RTD Com.*, n° 3, sept. 2002, p. 597 ; Cour administrative d'appel de Paris, 10 févr. 1998, *Compagnie nationale Air France*, n° 96PA02799, *Lebon*, p. 563 ; *AJDA*, 1998, p. 280, note de C. Lambert, *AJDA*, n° 3, mars 1998, p. 227. V. aussi *supra*, Chapitre 1 pars. 22 et s. ; pars. 67 et s. ; pars. 117 et s.

leur nature et notamment des possibilités de dérogation qu'elles comportent, n'ont pas un caractère impératif »³¹².

179. Du point de vue des rapports de systèmes, l'argument de l'absence de force obligatoire signifie le refus du juge d'introduire ces actes dans la hiérarchie interne des normes. Car, comme le souligne le rapport sur le droit souple du Conseil d'État, « la notion de 'hiérarchie des normes' (...) ne s'applique qu'aux règles de droit dur »³¹³. Ce qui ne revient pas à dire que ces sources soient d'emblée exclues du droit pertinent, mais seulement qu'elles ne sont pas soumises aux mêmes règles de validité que le droit dur, étant entendu que de toute manière, leur portée normative est également plus faible. Le Conseil d'État ajoute, dans son rapport, que: « contrairement au droit dur pour lequel il existe des règles (hiérarchie des normes, dérogation de la règle spéciale à la règle générale, etc.) permettant de déterminer le droit applicable en cas de contradictions entre plusieurs normes, le droit souple implique d'accepter leur coexistence »³¹⁴.

180. Dès lors, les actes institutionnels ne sont pas des sources de légalité, ni des normes de références du contrôle de validité. À partir de là, il est logique que les annexes ne puissent « être invoquées utilement à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir ; que, dès lors, le moyen tiré par le requérant de la violation de certaines normes ne peut être accueilli »³¹⁵. Cette solution s'impose *a fortiori* lorsque l'acte institutionnel invoqué par le requérant est indiscutablement recommandatoire. Ainsi le Haute juridiction administrative a jugé que :

« la méconnaissance alléguée d'une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe est en tout état de cause *sans influence sur la légalité desdits arrêtés* »³¹⁶.

ou encore :

« M. X ne peut utilement invoquer une résolution du Conseil de l'Europe recommandant la mention de voies et délais de recours dans la notification des actes administratifs »³¹⁷

³¹² Cour d'appel de Colmar, 14 mars 2008, aff. du *crash du Mont-Sainte-Odile*, n° 262/08.

³¹³ Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, n° 64, Paris, La Documentation française, 2013, p. 64 (égal. disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000280/0000.pdf>).

³¹⁴ *Ibid.*, p. 128.

³¹⁵ Conseil d'État, 7 oct. 1998, *M. Larquetoux*, préc., note 311.

³¹⁶ Conseil d'État, 7 oct. 1992, n° 134787, inédit au *Lebon* (nous soulignons).

³¹⁷ Conseil d'État, 25 juin 2004, n° 246491, inédit au *Lebon* ; dans le même sens, France, Conseil d'État, 3 déc. 2003, n° 250140, inédit au *Lebon* (le requérant demandait « l'annulation de la décision par laquelle le Premier ministre a refusé d'abroger l'article 163 du décret en Conseil d'État, du 19 déc. 1991, qui modifie les dispositions de l'article 700 du nouveau code de procédure civile pour y introduire les règles issues du I de l'article 75 de la loi du 10 juil. 1991 relative à l'aide juridique ». Le juge a répondu : « Considérant, en troisième lieu, que la résolution 78 (8) du comité des ministres du Conseil de l'Europe n'a pas valeur

181. Comme le souligne le même rapport de 2013, l'« invocabilité ne semble pas pouvoir être élargie en ce qui concerne le contrôle de l'erreur de droit. En effet, le juge de l'excès de pouvoir contrôle la légalité des actes administratifs au regard des règles qui leur sont supérieures dans la hiérarchie des normes, et l'on voit mal comment cette légalité pourrait être mise en cause par des actes qui ne présentent pas de caractère obligatoire »³¹⁸.

182. Il ne faudrait pas pour autant que cette jurisprudence devienne une abdication dans la recherche de la valeur juridique des actes institutionnels ou un stratagème délibéré de contournement de leur véritable force obligatoire³¹⁹. En effet, l'appréciation de la valeur normative doit se faire sur la base du droit international, et du traité constitutif de l'organisation en particulier. Par exemple, le libellé d'un acte international comme « recommandation » n'est pas décisif à leur yeux pour apprécier la valeur normative d'une résolution de la Commission internationale pour la conservation des thonidés de l'Atlantique (CICTA). La Convention de Rio de Janeiro, signée le 14 mai 1966, a en effet conféré à cet organe le pouvoir de faire des « recommandations », qui lient les parties à l'expiration d'un délai de 6 mois après leur notification et sous réserve de toute objection présentée dans ce délai³²⁰. C'est dans ce contexte qu'il convient de situer la recevabilité, devant le juge français,

d'engagement international régulièrement ratifié pris par la France ; que le requérant n'est par suite pas fondé à s'en prévaloir ». V. aussi, en Belgique, Conseil d'État, 6^e ch. des référés, 12 mars 1993, n° 42.283 : « Pour le Conseil d'État belge, le moyen invoquant la violation de la DUDH comme cause d'invalidité, 'ne saurait être tenu pour sérieux', dès lors que la DUDH 'n'est qu'une recommandation dépourvue de portée juridique positive' » (P. d'Argent, « Jurisprudence belge relative au droit international », *RBDI*, vol. 36, 2003, p. 577) ; v. aussi, au sujet des recommandations du HCR : « *My Lords, there was some discussion in the courts below of the question whether the practice of the Home Office complied with recommendation (vi). I express no opinion on that question, since it is, as it seems to me, neither necessary nor desirable that this House should attempt to interpret an instrument of this character which is of no binding force either in municipal or international law.* » (Royaume-Uni, Chambre des Lords, 19 févr. 1987, *Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department* ; *Nelidow Santis v. Secretary of State for the Home Department* ; *Norman v. Secretary of State for the Home Department* ; *In re Musisi*, [1987] 1 AC 514, [1987], *ILR*, vol. 79, p. 643 ; disponible en ligne : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b61b4.html>).

³¹⁸ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, note 313, p. 177.

³¹⁹ Pour un tel exemple, v. la jurisprudence de la CJUE relative aux avis de classement du Conseil de coopération douanière de l'Organisation mondiale des douanes (ex : CJCE, ord. 19 janv. 2005, *Commissioners of Customs & Excise c. SmithKline Beecham plc.*, aff. C-206/03, *Rec.* 2005, p. I-418, pars. 24 et 27-28 et critique in A. Miron, « Les actes unilatéraux des organisations internationales (hors les rés. du Conseil de sécurité) », in M. Benlolo Carobot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, spéc. p. 677 et s.

³²⁰ V. les articles IV et VIII de la Convention. V. en ce sens, CJCE, 25 oct. 2001, *République italienne c. Conseil*, aff. C-120/99, *Rec.* 2001, p. I-07997 pars. 3-6 ou plus récemment, CJUE, 15 mars 2011, *AJD Tuna*, aff. C-221/09, *Rec.* 2011, p. I-01655, pars. 9-13.

d'un moyen excipant de l'illégalité d'un règlement communautaire pour contrariété avec les recommandations de la CICTA³²¹.

183. Lorsque les traités constitutifs sont suffisamment explicites quant à la valeur juridique des actes de droit dérivé, nier la valeur obligatoire de ces derniers relève de l'erreur de droit. Qu'ils ne le soient pas toujours, c'est un fait, regrettable, qui met en jeu la sécurité juridique. Et l'on ne peut pas toujours blâmer les juges internes d'en avoir perdu leur latin. L'incorporation par des actes internes a ainsi le mérite à la fois de mettre un terme aux interrogations sur la valeur normative et de placer la norme institutionnelle dans la hiérarchie des normes internes.

§ 2. Les hiérarchies logiques entre les normes institutionnelles et les actes internes d'incorporation

184. Selon Riccardo Guastini, une « première norme N1 est logiquement supérieure à une deuxième norme N2 lorsque N1 porte sur (mentionne, se réfère à) N2. Par exemple : normes d'abrogation explicite et normes abrogées ; la norme qui définit un terme du langage législatif et les normes dans lesquelles ce terme est employé ; la norme qui fait renvoi à une autre norme ; la norme qui détermine le domaine d'efficacité d'autres normes (c'est le cas du principe de non-retroactivité) ; une loi d'interprétation authentique et la loi authentiquement interprétée ; etc. »³²². Ces exemples épars et hétéroclites ne fournissent pas une définition analytique. Plusieurs caractéristiques s'en dégagent néanmoins :

- le lien entre les deux normes est le plus souvent explicite et il se manifeste à travers un renvoi exprès d'une norme à l'autre ;
- l'une des deux normes détermine, d'une manière plus ou moins souple, le contenu ou la portée juridique de l'autre ;
- la « supériorité logique n'implique ni une hiérarchie formelle, ni une hiérarchie matérielle »³²³.

185. Certaines manifestations de dépendances logiques entre des actes institutionnels et des conventions internationales, matérialisés par des renvois expresses ou implicites ont déjà été

³²¹ Conseil d'État, 19 juil. 2011, *Soc. Chrisderic*, n° 329141, *Lebon T.*, p. 783. En l'espèce, le Conseil d'État a écarté le moyen, sans renvoyer de question préjudicielle à la CJUE.

³²² R. Guastini, « *Lex superior...* », *op. cit.*, note 249, pp. 49-50.

³²³ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, note 243, p 741.

mises en évidence au chapitre 2. Lorsque des clauses conventionnelles se rapportent à des normes institutionnelles, les juges internes sont amenés à prendre en considération des actes non obligatoires de certaines organisations internationales lorsqu'ils appliquent les traités-matrices du renvoi³²⁴. Par ailleurs, des renvois interprétatifs opérés par des dispositions de droit interne à des normes de droit international ont été identifiés dans le chapitre 5. Ils ont pour objet d'autoriser expressément le juge interne à faire appel aux sources externes dans l'interprétation du droit interne³²⁵. La prise en compte à des fins interprétatives est par ailleurs la plus intense lorsque le juge interne fait application d'un acte d'incorporation, puisqu'il situe l'acte institutionnel parmi les éléments du contexte juridique de l'acte interne, et s'y reporte pour en définir l'objet et les finalités de celui-ci. Il convient donc de préciser à présent les conditions de l'interaction entre un acte institutionnel et l'acte interne d'incorporation : on peut le faire d'une manière négative, en identifiant d'abord les effets qui ne découlent pas de la hiérarchie logique, afin de mieux la distinguer de la hiérarchie formelle (A.), pour ensuite mettre en évidence, d'une manière positive, la riche palette d'effets engendrés par la dépendance entre les deux actes (B.).

A. L'acte institutionnel n'est pas la base juridique de l'acte d'incorporation

186. Comme dans les hypothèses identifiées dans les chapitres précédents, la hiérarchie logique entre les actes institutionnels et l'acte interne d'incorporation se manifeste à travers des renvois explicites, dans les textes internes eux-mêmes, ou dans leurs travaux préparatoires. Ainsi, les préambules de la réglementation européenne qui met en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité contiennent-ils quasi-systématiquement ces indices hiérarchiques³²⁶. Ces renvois sont d'ailleurs dynamiques : la modification de l'acte

³²⁴ V. *supra*, Chapitre 2, pars. 244 et s.

³²⁵ V. *supra*, Chapitre 5, pars. 20 et s.

³²⁶ Les considérants de ces préambules soulignent ainsi qu'il s'agit bien d'acte de mise en œuvre (« La position commune 2004/852/PESC prévoit la mise en œuvre des mesures définies dans la résolution (UNSCR) 1572 (2004) du Conseil de sécurité des Nations unies » ; Règlement (CE) n° 174/2005 du Conseil du 31 janv. 2005 imposant des mesures restrictives à l'égard de l'assistance liée aux activités militaires en Côte d'Ivoire, JOCE, 2 févr. 2005, L 29, p. 5, considérant 2 (nous soulignons) ; ou encore expliquent que l'acte UE est pris sur la base de l'acte onusien (« La décision 2011/412/PESC a modifié la décision 2010/656/PESC sur la base de la résolution 1980 (2011) du Conseil de sécurité des Nations unies » ; Règlement (UE) n° 668/2011 du Conseil du 12 juil. 2011 modifiant le règlement (CE) n° 174/2005 imposant des mesures restrictives à l'égard de l'assistance liée aux activités militaires en Côte d'Ivoire, JOUE, 13 juil. 2011, L 183, p. 2, considérant 3 (nous soulignons). V. aussi, pour les recommandations obligatoires de la Commission internationale pour la conservation des thonidés de l'Atlantique (v. CJCE, 25 oct. 2001, République italienne c. Conseil, aff. C-120/99, Rec. 2001, p. I-07997, par. 31).

institutionnel entraîne automatiquement une obligation de modification de la législation interne correspondante. Les procédures internes ont été adaptées à cette fin³²⁷.

187. La jurisprudence prend cependant soin de souligner que l'acte international ne constitue pas la base juridique de l'acte interne d'incorporation. Cet avertissement peut être compris sous deux angles : du point de vue du formalisme positiviste, il est évident que l'acte institutionnel n'est pas la source de validité de l'acte interne (1) ; du point de vue de la séparation des pouvoirs, l'acte institutionnel ne peut constituer à lui seul la source des compétences internes ; il n'est donc pas un acte d'habilitation (2).

1. *La hiérarchie logique n'engendre pas un rapport de validité*

188. Bien que placée au cœur des rapports de système, la Cour de Luxembourg est un parangon de classicisme positiviste : si l'acte de référence invoqué par un justiciable n'est pas intégré dans l'ordre juridique de l'Union européenne, il ne conditionnera pas la validité de l'acte de droit dérivé déféré à son contrôle. Il importe peu d'ailleurs que cet acte de référence soit un acte institutionnel de l'ordre international – une résolution du Conseil de sécurité par exemple – ou un acte de l'ancien deuxième pilier du traité de Maastricht (essentiellement transféré dans l'actuelle politique étrangère et de sécurité commune). Une telle position est orthodoxe au regard de la séparation des ordres juridiques et du dogme selon lequel chaque ordre régit les conditions de légalité de ses actes. Par conséquent, est inopérant tout moyen qui vise à remettre en cause la validité formelle d'un acte interne – que ce soit du Parlement ou même de l'Exécutif – en raison de sa contrariété avec un acte institutionnel.

189. La CJUE a exposé son raisonnement avec une grande clarté dans l'affaire *Bank Melli Iran* de 2011, et il convient de reproduire ici les paragraphes pertinents dans leur intégralité. La Cour envisage d'abord les bases juridiques comme source de validité des règlements d'incorporation. Elle en exclut aussi bien les résolutions du CSNU que les positions communes, car les unes et les autres trouvent le fondement de leur validité dans des ordres juridiques distincts de celui de l'Union. Partant, elles ne sauraient se placer dans un rapport de validité avec le règlement communautaire :

« 71. En tout état de cause, *une position commune ne saurait constituer la base juridique d'un acte communautaire. En effet, les positions communes du Conseil en*

³²⁷ V. en ce sens A. Miron, « Les actes unilatéraux des organisations internationales (hors les rés. du Conseil de sécurité) », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *op. cit.*, note 319, p. 701.

matière de PESC, telles les positions communes 2007/140 et 2008/479, sont adoptées dans le cadre dudit traité UE, conformément à l'article 15 de celui-ci, tandis que les règlements du Conseil, tels que le règlement n° 423/2007, sont adoptés dans le cadre du traité CE. (...)

100. *Il importe au préalable de rappeler que les résolutions du Conseil de sécurité, d'une part, et les positions communes du Conseil ainsi que les règlements de ce dernier, d'autre part, relèvent d'ordres juridiques distincts.*

101. Les résolutions du Conseil de sécurité, telles les résolutions 1737 (2006) et 1803 (2008), ont été adoptées dans le cadre de l'Organisation des Nations unies à laquelle ni l'Union ni la Communauté ne sont parties. Les positions communes du Conseil en matière de PESC, telles les positions communes 2007/140 et 2008/479, ont été adoptées dans le cadre du titre V du traité UE, dans sa version antérieure au traité de Lisbonne, conformément à l'article 15 de celui-ci. Quant aux règlements du Conseil, tel le règlement n° 423/2007, ils ont été adoptés dans le cadre du traité CE, lequel constitue le pilier communautaire de l'Union »³²⁸.

190. La séparation des ordres juridiques scelle la séparation des pyramides normatives. L'arrêt du Tribunal dans la même affaire *Bank Melli* est encore plus explicite sur ces justifications théoriques, qui jouent à l'intérieur même de l'Union, et donc *a fortiori* dans les rapports entre l'ordre de l'Union et l'ordre international. Il importe peu dès lors que l'acte communautaire vise à matérialiser les effets d'un acte institutionnel (ou d'une position commune). En effet,

« cette circonstance est sans préjudice de la coexistence de l'Union et de la Communauté en tant qu'*ordres juridiques intégrés mais distincts* ainsi que de l'architecture constitutionnelle des piliers, voulues par les auteurs des traités actuellement en vigueur (...). Par conséquent, alors même que l'action de la Communauté dans le cadre des articles 60 CE et 301 CE met en œuvre l'un des objectifs de l'Union, elle est néanmoins entreprise sur le fondement du pilier communautaire. Partant, *la légalité des actes pris dans ce domaine (...) doit être appréciée par rapport aux conditions posées par les règles de ce même pilier* »³²⁹.

191. Dans l'ordre juridique français, le commissaire du gouvernement Denis Piveteau proposait une analyse similaire :

« On nous dira peut-être – car c'est le dernier argument qui nous vienne à l'esprit – que la détachabilité du décret se déduit de ce *qu'il se présente comme étant pris certes 'pour l'application de la résolution 748', mais sur le fondement d'un texte de droit français*, l'article 21 du code des douanes. (...) En somme, le décret litigieux aurait pu

³²⁸ CJUE, Grde. Ch., 16 nov. 2011, *Bank Melli Iran c. Conseil*, C-548/09P, *Rec.*, 2011, p. I-11381. L'argument n'est pas nouveau. Ainsi, dans l'affaire *Bosphorus*, la CrEDH avait constaté que : « le règlement (CEE) no 990/93 trouvait son origine dans une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies (...). Si la résolution était pertinente pour l'interprétation du règlement (...), elle ne faisait pas partie du droit interne irlandais (...) et ne pouvait donc pas constituer la base légale de la saisie de l'aéronef opérée par le ministre des Transports » (Grde. Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, n°45036/98, par. 145).

³²⁹ TPICE, 19 oct. 2009, *Bank Melli Iran*, T-390/08, *Rec.*, 2009, p. II-3967, par. 46 (nous soulignons). Pour une confirmation, v. CJUE, 28 nov. 2013, *Conseil c. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tehran*, C-348/12 P, par. 108.

être pris dans les mêmes termes en l'absence de toute résolution du conseil de sécurité, et on peut soutenir que le Conseil d'État l'aurait alors simplement confronté à sa base légale, qui suffisait d'ailleurs certainement à couvrir les circonstances d'espèce. »³³⁰.

192. De la même manière, l'invalidité, le retrait ou l'abrogation de l'acte institutionnel n'entraînent pas la caducité automatique de l'acte interne d'incorporation. Ces mesures normatives sur le plan international engendrent simplement une obligation d'agir pour les autorités internes, mais cette obligation n'est pas cause d'annulation judiciaire de l'acte interne d'incorporation. En effet, c'est à l'administration, et non pas au juge, qu'il appartient de tirer les conséquences de la disparition d'un acte qui avait initialement justifié son action normative³³¹.

2. *L'influence de l'acte institutionnel sur le jeu des hiérarchies organiques*

193. Il est bien connu que dans « les droits internes, la hiérarchie des normes est calquée sur la hiérarchie des organes, dont elle est le reflet, cette dernière étant elle-même l'expression de la hiérarchie des pouvoirs »³³². Or l'acte institutionnel trouble cette hiérarchie organique, encore plus qu'un traité international ne le fait. L'exigence d'incorporation des actes institutionnels est également un moyen de rétablir l'équilibre des pouvoirs, puisque c'est le seul qui permet aux parlements nationaux de participer ou de s'opposer à l'efficacité d'un droit dont la procédure d'édiction et d'entrée en vigueur ne leur ménage aucune place. L'incorporation interne d'un traité institutionnel fait ainsi office d'un ordre d'exécution, qui s'adresse le plus souvent à l'Exécutif, soit pour des raisons matérielles tenant au champ d'intervention réservés à chacun des pouvoirs, soit pour des raisons d'opportunité, lorsque la mise en œuvre efficace des actes institutionnels suppose une action rapide sur le plan interne.

194. Ces principes trouvent un prolongement dans le contrôle de validité des actes internes d'incorporation. Aussi les juges soulignent-ils que ce n'est pas l'acte institutionnel qui constitue la fondement de l'action normative interne de l'Exécutif ou la source de son pouvoir

³³⁰ Concls. D. Piveteau sous Conseil d'État, *Société Héli-Union*, préc., note 301 (nous soulignons). Le Commissaire du gouvernement estimait que, même dans cette hypothèse, le décret s'analyserait comme un acte de gouvernement.

³³¹ V. *mutatis mutandis*, CJUE, Grde. Ch., 21 déc. 2011, *People's Mojahedin Organization of Iran*, C-27/09P, *Rec.*, 2011, p. I-13427, pars. 73-74 ; CJUE, Grde. Ch., 29 juin 2010, *E. et F.*, C-550/09, *Rec.*, 2010, p. I-6213, par. 56. V. aussi U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, juil.-sept. 2010, pp. 782-787.

³³² P. Weil, « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, p. 224.

normatif. La question s'est surtout posée pour les résolutions du Conseil de sécurité. À différentes époques et en présence de différentes résolutions, les juges australien³³³, irlandais³³⁴ et turc³³⁵ ont tous rejeté l'argument du Gouvernement qui présentait les résolutions comme une habilitation à agir dans l'ordre interne.

195. Puisque l'exercice du pouvoir de mise en œuvre interne réside dans une délégation du Parlement, les juges s'assurent que le Gouvernement n'ait pas outrepassé les limites de la délégation. De ce point de vue, leur tâche est grandement compliquée par le fait que la délégation a été faite d'une manière anticipée, en termes à la fois abstraits et dynamiques, puisque son objet était l'adaptation du droit interne à l'activité normative des organisations internationales, par définition inconnue au moment de la délégation et susceptible d'évolution. L'acte institutionnel est, dans ce contexte, un paramètre d'appréciation du caractère *intra vires* des actes internes d'incorporation : dans l'idéal, les juges veillent à ce que la mise en œuvre interne n'aille pas au-delà de ce qui est requis par l'acte international, *a fortiori* lorsqu'elle rentre en conflit avec d'autres normes internes.

196. En faisant fond sur ce raisonnement, la Cour suprême britannique a annulé les actes de mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) du CSNU :

« The words 'necessary' and 'expedient' [in the general delegating legislation] both call for the exercise of judgment. But this does not mean that its exercise is unlimited. The wording of the Order must be tested precisely against the words used by the Security Council's resolution and in the light of the obligation to give effect to it that article 25 lays down. A provision in the Order which affects the basic rights of the individual but was unavoidable if effect was to be given to the resolution according to its terms may be taken to have been authorised because it was 'necessary'. A provision may be included which is 'expedient' but not 'necessary'. This enables provisions to be included in the Order which differ from those used by the resolution or are unavoidably required by it. But it does not permit interference with the basic

³³³ « *Since the Charter and the resolutions of the Security Council have not been carried into effect within Australia by appropriate legislation, they cannot be relied upon as a justification for executive acts that would otherwise be unjustified, or as grounds for resisting an injunction to restrain an excess of executive power, even if the acts were done with a view to complying with the resolutions of the Security Council.* » (Australie, High Court of Australia, 10 Sept. 1973, *Bradley v. Commonwealth of Australia and another*, ILR 52.)

³³⁴ « *It is, however, common case that the United Nations Resolutions do not form part of Irish domestic law and, accordingly, would not of themselves justify the Minister in impounding the aircraft* » (Irlande, High Court, 21 juin 1994, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Minister for Transport, Energy and Communications and Others*, 1994 WL 1063270 (HC (Irl)), CMLR, n° 3, 1994, p. 464).

³³⁵ Turquie, Conseil d'État, 10^e ch., 4 juil. 2006, A.A. *Kadi*, E : 2002/984 K : 2006/4795 et en cassation Conseil d'État, Ass. plénière, 22 févr. 2007, A.A. *Kadi*, E : 2006/2824, K : 2007/115. La traduction en français de ces arrêts est tirée de la thèse de W. Woll, *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, Thèse de doctorat : Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 13 déc. 2010, annexe 2, pp. 375-396.

rights of the individual any more that is necessary and unavoidable to give effect to the SCR and is consistent with the principle of legality. »³³⁶

197. L'agencement triangulaire de la mise en œuvre interne des résolutions du CSNU est également visible dans le fait que l'Exécutif doit abroger les actes internes d'incorporation lorsque les résolutions correspondantes du CSNU l'ont été au niveau onusien. C'est l'enseignement que l'on peut tirer d'une jurisprudence britannique relative à l'instauration d'un régime spécifique d'autorisation de l'exportations d'armes vers l'Irak, qui a été modifié à plusieurs reprises au niveau des Nations Unies, sans que ces différentes modifications se reflètent d'une manière adéquate dans la législation interne³³⁷. Sans être une source ou condition de validité, l'acte institutionnel s'insère ainsi dans les paramètres de légalité de l'acte interne d'incorporation.

B. L'acte interne d'incorporation, entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire

198. L'application interne des obligations institutionnelles par l'Exécutif n'est pas toujours encadrée par un mécanisme de délégation. Dans ces circonstances, l'administration recouvre son pouvoir discrétionnaire³³⁸, à la fois pour engager la mise en œuvre des actes institutionnels et décider de ses modalités. L'existence d'une obligation institutionnelle

³³⁶ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2, par. 47, nous soulignons (dans le même sens, *ibid.*, pars 196-197). À l'opposé, la High Court d'Australie n'a pas appliqué ce test de proportionnalité (v. Australie, 2 août 2007, *Thomas v Mowbray* [2007] HCA 33, en partic. opinion dissidente de J. Kirby, pars. 283-287).

³³⁷ La Cour d'appel a estimé « *It would follow that, if the UN Security Council had passed a Resolution that suspended Resolution 1483 (2003) for a period of time, then giving that Article effect, the Order would be suspended and it would not have been an offence under the Order to supply arms to Iraq without a licence during the period of suspension, even if it were an offence under the TIG Order 2003 and the EGTT Order 2003.* » (Royaume-Uni, Cour d'appel, 8 sept. 2011, *Regina v. PD & EB*, [2011] EWCA Crim 2082, par. 75).

³³⁸ Bien que le concept de pouvoir discrétionnaire se pare de nombreuses nuances dans les divers ordres juridiques étudiés, il recèle en son cœur l'idée de choix laissé à l'administration. Ainsi, en France, on considère qu'il y a « pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit » (L. Michoud, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *RGA* 1914, t. III, p. 9, définition reprise à titre d'exemple dans J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 858) ou encore « chaque fois que l'on constate et peut affirmer qu'un organe avait le choix entre plusieurs décisions, on pourra dire qu'il avait un pouvoir discrétionnaire » (in Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. II, 1983, p. 292). En droit administratif anglais, le pouvoir discrétionnaire est révélé par l'existence d'une marge d'appréciation dans le chef de l'administration (v. E. Breen, « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais, *RFDA*, n° 6, 2003, p. 1159). Les mêmes traits communs se retrouvent en droit international (v. l'étude de G. Cahin, « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, vol. 107, 2003, pp. 535-600). S'il est aujourd'hui acquis que le concept de pouvoir discrétionnaire n'est plus synonyme d'absence de contrôle juridictionnel, il emporte néanmoins des conséquences sur l'étendue de celui-ci.

imprime cependant une direction déterminée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire³³⁹. Ce phénomène peut être appréhendé soit en tant que défense par l'administration de son action normative (1), soit en tant que paramètre d'appréciation par le juge du caractère raisonnable des actes administratifs (2).

1. *L'effet de licéité imprimé à l'action administrative par l'existence d'une obligation institutionnelle*

199. *L'invocabilité descendante* du droit institutionnel a déjà été évoquée dans le cadre de cette étude : devant le juge, l'administration peut ainsi tirer argument de l'existence d'une obligation institutionnelle afin de défendre son action normative. Le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, est ouvert à une prise en considération en ce sens de la norme internationale. En France, cette attitude s'explique, *inter alia*, par le fait que la règle *Pacta sunt servanda* est au nombre des règles du droit public international auxquelles la République française se conforme en vertu du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946³⁴⁰. À ce titre, il appartient aux divers organes internes, dans l'exercice de leurs compétences respectives, de veiller à l'application des engagements internationaux de l'État³⁴¹.

200. Dès lors, le juge administratif déclare inopérants les moyens dirigés contre les actes administratifs qui se bornent à tirer les conséquences inéluctables d'un acte institutionnel obligatoire. Il en est ainsi

- lorsqu'un arrêté administratif des ministres des transports et de la défense transpose dans l'ordre interne l'annexe 1 à la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 qui prévoit que les personnels navigants doivent cesser leurs fonctions dès lors qu'ils ressentent une diminution quelconque de leur aptitude qui les mettent dans l'incapacité d'exercer leur activité correctement et en sécurité :

³³⁹ A. Tzanakopoulos le souligne aussi pour le droit britannique : « *For example, under UK law, if a public official is not bound to exercise discretion to make a decision in accordance with an unincorporated treaty, but it is still open to her to do so, UK courts may consider the unincorporated treaty in reviewing the decision* », (in « Domestic Courts in International Law : The International Judicial Function of National Courts », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, p. 160, note 34) ; dans la même veine, le juge singapourien apprécie que « *the consideration by the Executive of Singapore's international obligations when exercising discretionary powers conferred by law (...) is permissible if it is not ultra vires the empowering law or the Constitution.* » (Singapour, High Court, 31 janv. 2011, *The Sahand case*, [2011] SGHC 27, *Singapore Law Reports*, vol. 2, 2011, p. 1108, par. 35).

³⁴⁰ Conseil constitutionnel, 9 avr. 1992, *Traité sur l'Union européenne*, préc., note 284, cons. 7 ; v. aussi Conseil constitutionnel, 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, n° 98-408 DC, *Rec.*, p. 29, cons. 32.

³⁴¹ V. en ce sens *supra*, par. 152.

« Considérant que (...) dans leurs principes, ces dispositions [figurant au paragraphe FCL 3.040 et 3.115 de l'arrêté attaqué] ne font que reprendre les stipulations de l'annexe 1 à la convention de Chicago (...); que les modalités de mise en œuvre retenues par l'arrêté attaqué ne font que tirer les conséquences de ces stipulations; que, dès lors, le moyen soulevé est inopérant »³⁴² ;

– ou lorsque l'Autorité de régulation des télécommunications prend une décision qui

« se borne (...) à tirer les conséquences (...) des décisions de l'Union internationale des télécommunications, lesquelles s'imposent aux autorités françaises (...); [et qu'elle] était tenue d'appliquer ces mesures; que, par suite, l'ensemble des moyens soulevés à l'encontre des dispositions prises pour leur mise en œuvre sont inopérants »³⁴³.

201. Devant le juge de l'Union européenne, l'effet de licéité permet d'effacer certains vices mineurs d'un acte communautaire, comme une motivation insuffisante au regard des standards établis. L'existence d'un acte institutionnel conduit ainsi à un allègement de l'obligation de motivation des actes administratifs³⁴⁴.

202. Le même effet de licéité est perceptible dans certaines décisions américaines. Ainsi le temps mis par l'administration pour organiser l'extradition d'un fugitif réfugié en Rhodésie ne saurait être contraire au Sixième Amendement, puisque « *in order to obtain Steinberg's return, the government was not obligated to violate either the letter or spirit of the Charter of the United Nations, a treaty that lies at the foundation of this country's foreign policy* » (en l'occurrence, était en jeu la rés. 277 du CSNU du 18 mars 1970)³⁴⁵.

203. Cette jurisprudence a ceci de paradoxal qu'elle rapproche le pouvoir discrétionnaire (du moins au regard du droit *interne positif*) de la compétence liée³⁴⁶. En effet, dans le jargon du droit administratif, un *moyen inopérant* désigne un « un moyen qui, même s'il était fondé,

³⁴² Conseil d'État, 9 juin 2006, *Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail du personnel navigant d'Air France*, n° 280411, inédit au *Lebon* (nous soulignons).

³⁴³ Conseil d'État, 18 juin 2003, *Association DECLIC*, n° 226573, inédit au *Lebon*; confirmé par le Conseil d'État, 8 déc. 2004, *Association DECLIC*, n° 261183, inédit au *Lebon*. Pour l'application de la même jurisprudence aux obligations conventionnelles, v. Conseil d'État, 28 avr. 2004, *Association pour le respect du site du Mont-Blanc*, n° 236076, inédit au *Lebon*; Cour administrative d'appel de Marseille, 17 juin 2003, n° 01MA01250, *AJDA* 2003, p. 2110.

³⁴⁴ CJCE, 25 oct. 2001, *République italienne c. Conseil*, aff. C-120/99, *Rec.*, 2001, p. I-7997, par. 33 ou plus récemment, CJUE, 15 mars 2011, *AJD Tuna*, aff. C-221/09, préc., note 320, par. 64 (application de recommandations obligatoires de la Commission des thonidés).

³⁴⁵ États-Unis, Cour du District Nord d'Illinois, 3 oct. 1979, *United States of America, v. Louis Steinberg*, 478 F.Supp. 29.

³⁴⁶ La distinction n'est en effet ni absolue ni immuable (v. en ce sens, M. Coulibaly, « Les prescriptions du principe de légalité », in *Cours de Droit administratif (2013-2014)*, Université des Sciences sociales de Toulouse, version du 14 févr. 2014, p. 70 (disponible en ligne : www.lex-publica.fr)).

serait sans influence possible sur la solution du litige dans lequel il a été soulevé »³⁴⁷. Le juge estime donc, souvent, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le bien-fondé d'un tel moyen, qu'il peut rejeter sans motivation³⁴⁸. Et les professeurs de droit administratifs d'explicitier le concept à travers des exemples où « l'administration a *compétence liée* ». Or, il « y a compétence liée lorsqu'en présence de certaines circonstances – de certains motifs de fait – l'administration est légalement tenue d'agir ou de décider dans un sens déterminé sans pouvoir choisir une autre solution ni apprécier librement lesdites circonstances de fait (...)»^[349]. En cas de compétence liée, l'administration n'a pas de liberté de choix. Son attitude lui est dictée précisément par les textes »³⁵⁰. Dès lors, l'acte institutionnel obligatoire fait partie des circonstances qui contraignent l'action normative de l'administration.

204. Cependant, si compétence liée il y a, elle prend une forme atténuée, dans la mesure où les actes institutionnels ne déclenchent pas l'ensemble des effets qui s'attachent à cette qualification. D'une part, on ne saurait invoquer à l'encontre d'un acte d'incorporation des arguments de légalité externe ou interne, comme l'incompétence de l'auteur de la décision, le vice de forme ou de procédure ou le détournement de pouvoir. D'autre part, il n'est pas certain – mais il n'est pas non plus exclu – que le juge se prête à un contrôle de proportionnalité³⁵¹, en jugeant l'acte administratif à l'aune de la lettre et des objectifs définis par l'acte institutionnel. Un tel contrôle rappellerait d'ailleurs celui du non-dépassement de la délégation législative, envisagé aux paragraphes précédents³⁵².

205. L'effet de licéité est là pour protéger la mise en œuvre des actes institutionnels, non pour l'entraver, ni pour contraindre l'administration à exercer ses devoirs. Dès lors, une demande visant à obliger l'administration à mettre en œuvre un acte institutionnel serait sans doute irrecevable, dans l'état du droit positif français³⁵³. C'est pour la même raison que le

³⁴⁷ Conseil d'État, 9 juin 2010, *M. Iché*, n° 320027, *Lebon*, p. 620, *AJDA*, n° 22, 2010, p. 1175.

³⁴⁸ V. not. R. Rouquette, *Petit traité du procès administratif*, Paris, Dalloz, 2012, p. 339 ; v. aussi M. Coulibaly, « Les mots du programme », in *Cours de Droit administratif, op. cit.*, note 346, p. 81 (disponible en ligne : <http://www.lex-publica.fr>).

³⁴⁹ La définition est tirée de Conseil d'État, 3 févr. 1999, *M. Montaignac*, n° 149722 et 152848, *Lebon*, p. 6, *AJDA*, n° 7, 1999, p. 631.

³⁵⁰ M. Coulibaly, « Les mots du programme », *op. cit.*, note 348, p. 24 ; v. égal. R. Rouquette, *Petit traité du procès administratif, op. cit.*, note 348, p. 344.

³⁵¹ L'exercice d'un tel contrôle témoigne en principe d'une situation de compétence liée.

³⁵² V. *supra*, pars. 195-196.

³⁵³ Il ne faut pas donc confondre l'effet de licéité avec l'invocabilité d'exclusion des directives. Dans *Alitalia*, l'adoption d'une directive communautaire avait entraîné l'illégalité d'un décret : « Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenu d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de

juge judiciaire se refuse à analyser l'absence de mise en œuvre d'une annexe OACI sous l'angle de la faute professionnelle³⁵⁴. Ainsi, l'absence d'incorporation n'est pas traitée comme une carence normative, qui serait le pendant de l'illégalité dans l'absention³⁵⁵.

206. Le refus des juges de s'immiscer ainsi dans l'activité normative de l'Administration est également mis en évidence par les réticences entourant l'application du principe de la confiance légitime (*legitimate expectation*), dans les pays de la *common law*, ou dans l'Union européenne³⁵⁶. En Australie, la High Court a appliqué ce principe dans l'affaire *Teoh*, qui concernait l'invocabilité d'un traité non incorporée dans l'ordre interne. Les juges ont en effet estimé que « *the provisions of the Convention are relevant to the exercise of the statutory discretion and (...) Australia's ratification of the Convention can give rise to a legitimate expectation that the decision-maker will exercise that discretion in conformity with the terms of the Convention* »³⁵⁷. Cette jurisprudence a déclenché une levée de bouclier de la part du Gouvernement, qui a abouti à l'adoption d'un décret visant à neutraliser ses effets³⁵⁸. Le traité en cause était la Convention relative aux droits de l'enfant ; mais il est probable que toute invocabilité de la confiance légitime à l'endroit des actes institutionnels serait de même vouée à l'échec.

207. L'effet de licéité vise à mettre l'acte d'incorporation à l'abri d'un contrôle trop intrusif, mais il ne devient pas injusticiable pour autant. Autrement dit, il convient de ne pas confondre l'effet de licéité – qui est une présomption favorable à l'administration – avec l'absence de contrôle juridictionnel des mesures prises pour l'incorporation des actes

circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ». Conséquence : « La décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande présentée par la Compagnie Alitalia est annulée en tant que cette décision refuse l'abrogation. » (Conseil d'État, Ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052, *Lebon*, p. 44).

³⁵⁴ Cour d'appel de Colmar, 14 mars 2008, *aff. du crash du Mont-Sainte-Odile*, n° 262/08 ; confirmation de la Cour de cassation, arrêt du 22 sept. 2009, *aff. du crash du Mont Saint-Odile*, n° 08-83. La solution est à mettre en rapport avec l'idée qu'en droit administratif, toute illégalité est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration. De l'autre côté de La Manche, la Cour suprême britannique s'est refusée à annuler un acte interne d'incorporation des sanctions contre l'Irak, dont le motif allégué d'illégalité était la tardivité de son adoption (le *Iraq (United Nations Sanctions) Order 2000* ayant été adopté le 13 déc. 2010, soit 10 ans après la rés. 661 (1990) du CSNU, du 6 août 1990) (v. Royaume-Uni, Cour suprême, 23 févr. 2011, *R v Forsyth and Mabey*, [2011] UKSC 9).

³⁵⁵ Mais v. *supra*, par. 197, à propos de l'obligation d'abrogation.

³⁵⁶ CJCE, 5 oct. 1994, *aff. C-400/92, Allemagne c. Commission, Rec.*, 1994, p. I-4701, spéc. par. 27-31.

³⁵⁷ Australie, High Court, 7 avr. 1995, *Minister of State for Immigration & Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh* ('*Teoh's case*'), F.C. No. 95/013, [1995] HCA 20 ; (1995) 128 ALR 353 ; par. 29.

³⁵⁸ V. A. de Jonge, « Australia », in D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, OUP, 2011, pp. 37-39.

institutionnels. C'est en cela que l'acte institutionnel est une défense pour l'administration ; en revanche, il n'est que très rarement une arme pour le requérant³⁵⁹.

2. *L'acte institutionnel, paramètre d'appréciation du caractère raisonnable d'une décision administrative*

208. Selon André Nollkaemper, « *reasonableness is a principle common to the national administrative law of many states. The idea is that while weighing and balancing relevant considerations is a matter for public authorities and not for the courts, courts may be empowered to strike down as unreasonable decisions in which manifestly inadequate weight has been accorded to relevant considerations* »³⁶⁰. En droit administratif français, le concept était traditionnellement couvert par le standard du « bon père de famille », terminologie qui est d'ailleurs vouée à être remplacée dorénavant par « raisonnable » ou « raisonnablement »³⁶¹.

209. Le contrôle du caractère raisonnable se manifeste tout particulièrement lorsque le juge ne dispose pas de normes obligatoires pour apprécier la licéité d'un comportement, ou la validité de l'action normative³⁶². En empruntant de nouveau à l'analyse d'André Nollkaemper, « *this only holds where an international obligation is not binding for the executive as such – for if that were so the case would not be subject to balancing – or when*

³⁵⁹ C'est ainsi qu'habituellement les juridictions internes refusent de se prononcer sur la responsabilité de l'État pour des interventions armées en violation du droit de la Charte et des rés. CSNU (v. *inter alia*, Royaume-Uni, High Court of Justice, Queen's Bench Division, 17 déc. 2002, *R v Prime Minister ex p Campaign for Nuclear Disarmament (CND)* [2002] EWHC 2777 (Admin) : la légalité de l'intervention américano-britannique en Irak, en l'absence d'une rés. CSNU l'autorisant, était une question non justiciable ; le requérant était une ONG pacifiste ; confirmation par une formation solennelle de la Chambre des Lords, dans une affaire où les requérants étaient les mères de soldats morts en Irak : « *A further reason not to spell such a duty out of article 2 [of the ECHR] is that it would require both the domestic courts of this country, and the European Court of Human Rights in Strasbourg, to rule upon the legality of the use of force against Iraq in international law. This is beyond our competence.* » (Royaume-Uni, Chambre des Lords, 9 avr. 2008, *R (Gentle) v Prime Minister*, [2008] UKHL 20, par. 58, Baroness Hale of Richmond)).

³⁶⁰ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, note 303, p. 158. L'auteur donne des exemples de prises en considération à ce titre de diverses conventions internationales, dans des pays relevant à la fois de la common law et du droit continental (v. *ibid.*, pp. 158-160).

³⁶¹ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* n° 179 du 5 août 2014 ; v. aussi Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), « L'expression juridique 'en bon père de famille' disparaît du droit en vigueur », publié le 12 août 2014 (<http://www.service-public.fr/actualites/003245.html?xtor=RSS-78>).

³⁶² Pour une mise en œuvre *in concreto* sur le plan international, v. l'appréciation par la CIJ de la licéité des permis spéciaux de chasse à la baleine par le Japon (arrêt du 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*), spéc. pars. 67 et 88).

the obligation is binding for the executive, but the court is not empowered to use it as a direct basis for review »³⁶³.

210. Dans ce contexte, le droit institutionnel – qu’il soit seulement recommandatoire, que sa valeur normative soit incertaine, ou qu’il soit relegué dans la catégorie de la *soft law* en raison de son absence d’efficacité immédiate – remplit une lacune normative, ou supplée l’absence de droit dur en offrant des standards, le plus souvent de nature technique. Le rapport 2013 du Conseil d’État décèle ainsi plusieurs formes d’invocabilité : « dans le cadre de recours soulevant une question d’appréciation d’un comportement, le droit souple, qui fixe souvent des standards en la matière, peut être utilement invoqué. (...) *Dans tous ces cas de figure, le juge ne sanctionne pas directement la méconnaissance d’un instrument de droit souple, mais la prend en compte pour apprécier l’existence d’une faute* »³⁶⁴.

211. Le contentieux lié aux « contrats nouvelles embauches » est emblématique de la prise en compte par les juridictions françaises des recommandations du comité d’experts de l’OIT. Après que le comité eût conclu à l’absence de caractère raisonnable de la période de consolidation de deux ans prévue par ce type de contrat³⁶⁵, les juridictions civiles françaises se sont appuyées sur ses conclusions pour déclarer la législation nationale contraire à la Convention n° 158 sur le licenciement³⁶⁶.

212. De la même manière, des recommandations de l’OACI³⁶⁷ ont servi à la Cour de cassation de paramètres pour apprécier le caractère raisonnable de la limite d’âge de 60 ans

³⁶³ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, note 303, p. 158.

³⁶⁴ Conseil d’État, *Le droit souple*, *op. cit.*, note 313, p. 177 (nous soulignons).

³⁶⁵ Le Conseil d’État français était pourtant arrivé à un constat opposé : v. arrêt du 19 oct. 2005, *Confédération générale du travail*, n° 283471, *Lebon*, p. 430.

³⁶⁶ Cour d’appel de Douai, 31 janv. 2008, *SARL Ambulance Bruno*, n° 07/01932 ; v. aussi Cour d’appel de Bordeaux, Ch. sociale, 18 juin 2007, *Monsieur A. F... c. Sarl ORMEDIA*, n° 06/04806, *RJS*, n° 1100, oct. 2007 ; Cour d’appel de Paris, 18^e ch. E, 6 juil. 2007, S 06-06992, *RJS* n° 982, juil.-août 2007, et Cour de cassation, Ch. sociale, 1^{er} juil. 2008, *M. Philippe X... c. Mme Linda Y... et autres*, n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 14.

³⁶⁷ Le 10 mars 2006, le Conseil de l’OACI a adopté un amendement de l’Annexe 1, paragraphe 2.1.10 de la Convention qui fixait le seuil d’âge à 60 pour l’exercice du métier de pilote - *Licences du personnel* qui hausse de cinq ans la limite d’âge supérieure des pilotes professionnels effectuant des vols sur des aéronefs à deux pilotes, sous réserve de certaines conditions. La Cour se réfère ici à cet amendement n° 167 de l’Annexe 1 :

« 2.1.10.1 Un État contractant qui a délivré une licence de pilote permettra au titulaire de cette licence de remplir les fonctions de pilote commandant de bord d’un aéronef qui effectue des vols de transport commercial international jusqu’à l’âge de 60 ans, ou de 65 ans dans le cas de vols avec plus d’un pilote et si l’autre pilote a moins de 60 ans.

2.1.10.2 Recommandation – *Il est recommandé qu’un État contractant qui a délivré une licence de pilote permette au titulaire de cette licence de remplir les fonctions de copilote d’un aéronef qui effectue les vols*

imposée aux pilotes par les compagnies aériennes. En l'espèce, le juge a considéré que le licenciement d'un pilote par la compagnie aérienne British Airways pour avoir atteint la limite d'âge de 60 ans était une discrimination fondée sur l'âge, interdite par le droit européen³⁶⁸, et ce quand bien même la législation française applicable à l'époque des faits (mais modifiée par la suite) aurait prévu cette possibilité de mise d'office à la retraite. En outre, la compagnie aérienne avait tiré argument de l'existence d'une notification de différence émanant du gouvernement français :

« la France a communiqué à l'OACI ses observations et ses divergences sous forme de notification en précisant qu'il n'entre pas dans les intentions du gouvernement de proposer au Parlement une modification de la législation nationale applicable aux personnels navigants techniques [...] pour lesquels la limite d'âge supérieure restera fixée à 60 ans' ; que viole les articles 2.5 et 6.1 de la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 l'arrêt attaqué qui apprécie l'application de dispositions en matière de sécurité publique au regard de recommandations de l'OACI ne liant pas la France [...]. »³⁶⁹

213. L'existence d'une notification de différence a pour effet de rendre la pratique recommandée inopposables à la France sur le plan international, mais elle est sans effet dans l'ordre interne. En effet, le juge considère que le droit dérivé de l'OACI est inapplicable en France, qu'il y ait eu notification de différence ou pas³⁷⁰. En même temps, la notification de différence n'interdit pas au juge de prendre en compte ces normes internationales, pour autant qu'il n'en fait pas une application immédiate au litige dont il est saisi, mais y puise des paramètres pour évaluer le caractère raisonnable d'un comportement, aspect qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond :

« la cour d'appel, retenant que les recommandations de l'Organisation de l'aviation civile internationale, dont elle n'a pas fait application, admettaient expressément que, sous certaines conditions, l'exercice du métier de pilote de ligne pouvait se poursuivre après cet âge (...) a exactement décidé que si la limitation à soixante ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public poursuivait un but de sécurité aérienne, elle n'était pas nécessaire à la satisfaction de cet objectif. »³⁷¹

de transport commercial international jusqu'à l'âge de 65 ans. » (v. http://www.icao.int/safety/AirNavigation/Pages/FR/peltrgFAQ_FR.aspx#anchor23).

³⁶⁸ V. la directive européenne n° 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000.

³⁶⁹ France, Cour de cassation, Ch. sociale, 3 juil. 2012, *Société Brit Air*, n° 11-13.795.

³⁷⁰ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 64 et s. et Chapitre 3, pars. 15 et s..

³⁷¹ France, Cour de cassation, Ch. sociale, 3 juil. 2012, *Société Brit Air*, n° 11-13.795. La question a été également posée au juge australien, qui avait estimé que la règle OACI, avant sa modification de 2006, était contraire aux interdictions des discriminations fondées sur l'âge (v. Australie, High Court of Australia, 19 mars 1998, *Qantas Airways Limited v Christie*, [1998] HCA 18), 193 CLR 280 ; 72 ALJR 634 ; 79 IR 120 ; 152 ALR 365).

214. La normalisation technique est le domaine où les standards ont sans doute le plus grand rôle à jouer. Du point de vue de leur effet juridique, leur origine interne ou internationale est indifférente, et la jurisprudence ne fait d'ailleurs pas la distinction. D'une manière générale, ils constituent la preuve des « données actuellement acquises de la science et de la technique »³⁷², et leur (non)-respect pèse, dans un sens comme dans l'autre, dans l'établissement d'une faute professionnelle. Par suite, les tribunaux se réfèrent de plus en plus souvent au respect des règles de bonne pratique issues de ces standards³⁷³.

215. Puisqu'ils remplissent une fonction supplétive du droit existant, les standards techniques internationaux ne peuvent l'emporter sur ou constituer des dérogations aux principes du droit interne. Ainsi, la Cour de Justice a jugé qu'un produit légalement fabriqué dans un des États membres de l'Union bénéficie de la libre circulation, même s'il n'est pas conforme aux standards du *Codex alimentarius*³⁷⁴.

216. Dans la même veine, on considère que les standards ou plus généralement les actes institutionnels non obligatoires n'abolissent pas le pouvoir d'appréciation des autorités internes. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne est emblématique à cet égard. S'agissant des standards de sécurité alimentaire, elle a jugé que la Commission pouvait prendre en compte plusieurs avis scientifiques pour se prononcer sur la dangerosité du progestérone :

« au regard tant de l'étendue de la marge d'appréciation dont [la Commission] disposait que de l'ensemble des circonstances de fait au regard desquelles le règlement n° 1873/2003 a été adopté, il n'apparaît pas que l'approche suivie par la Commission

³⁷² V. H. Aubry, « Normalisation et mise en œuvre de responsabilités juridiques », Atelier Puca « Enjeux économiques de la normalisation technique », 3^e séminaire du 22 oct. 2012, disponible en ligne : http://rp.urbanisme.equipement.gouv.fr/puca/activites/Rapport_Normalisation_oct2012.pdf, (exemples jurisprudentiels fournis) ; B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 434-440.

³⁷³ P. Sablière, « Une nouvelle source de droit ? Les 'documents référents' », *AJDA*, n° 2, 2007, p. 66 (exemples jurisprudentiels fournis). Pour une discussion des standards OACI en relation avec la faute professionnelle, v. Cour de cassation, Ch. criminelle, 22 sept. 2009, n° 08-83.166 (aff. *du crash du Mont Sainte-Odile*), non publié ; et Cour de cassation, Ch. sociale, 3 juil. 2012, *Société Brit Air*, n° 11-13.795. Pour la prise en compte du *Codex alimentarius* afin d'établir la sécurité des produits, v. CJCE, 14 juil. 1988, *Smanor SA*, aff. 298/87, *Rec.*, 1988, p. 04489, par. 22 ; et 9 sept. 2003, *Monsanto Agricoltura Italia SpA et autres c. Presidenza del Consiglio dei Ministri et autres*, aff. C-236/01, *Rec.*, 2003, p. I-08105, par. 44-79 ; 17 juil. 2008, *CP-PharmaHandels GmbH c. Allemagne*, aff. C-448/06, *Rec.*, 2008, I-05685.

³⁷⁴ CJCE, 22 sept. 1988, *Ministère public contre Gérard Deserbais*, aff. 286/86, *Rec.*, 1988, p. 4907, par. 14-16. Pour une analyse de la jurisprudence européenne relative au *Codex*, v. F. D. Schild, « The Influence of the Food and Agriculture Organization (FAO) on the EU Legal Order », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between autonomy and dependence : the EU legal order under the influence of international organisations*, The Hague/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, spéc. pp. 236-237. La solution est à mettre en rapport avec la préférence marquée des juges européens pour l'interprétation autonome (v. *supra*, Chapitre 5, par. 128 et s.).

(...) ait méconnu les limites du pouvoir d'appréciation de cette institution. (...) À cet égard, il suffit de relever, d'une part, qu'aucune disposition (...) ne prévoit le caractère contraignant des avis du CMV et, d'autre part (...), la *Commission doit tenir compte de toute évaluation scientifique de la sécurité des substances en question effectuée par des organismes internationaux*, telle que celle résultant du *Codex Alimentarius*, ou par d'autres comités scientifiques institués dans la Communauté »³⁷⁵.

217. Dans l'hypothèse où le droit institutionnel est un paramètre d'appréciation du caractère raisonnable d'une décision administrative, le lien de dépendance logique entre le droit interne et le droit institutionnel est moins apparent que dans l'hypothèse de l'effet de licéité. En effet, l'acte interne n'est pas toujours un acte normatif (il peut s'agir d'une activité matérielle de l'administration) ; il ne vise pas toujours à incorporer l'acte institutionnel dans l'ordre interne, mais peut se présenter comme une simple application *in concreto* de standards généraux. Surtout, il n'a ni pour vocation ni pour effet de lier l'activité administrative interne, ce qui distingue l'appréciation du caractère raisonnable de l'effet de licéité. La conséquence est que l'absence de transposition des normes institutionnelles n'est pas une illégalité constitutive *ipso jure* d'une faute qui peut engager la responsabilité de l'administration³⁷⁶.

218. La hiérarchie logique incite le juge d'abord, l'analyste ensuite à sortir des sentiers battus du raisonnement positiviste et à innover dans sa démonstration. La nouveauté va cependant de pair avec un certain tâtonnement conceptuel, qui explique et absout l'emploi de néologismes comme « effet de licéité » ou « paramètre du caractère raisonnable ». Mais on retrouve le chemin positiviste et les termes de l'art dans la discussion sur les hiérarchies axiologiques.

§ 3. Les hiérarchies axiologiques, vecteurs d'exclusion ou d'inclusion des actes institutionnels dans le raisonnement judiciaire

219. Pour reprendre la définition de Riccardo Guastini, une « hiérarchie axiologique est une relation de valeur créée (non pas par le droit lui-même, comme la hiérarchie des sources,

³⁷⁵ V. CJCE, 17 juil. 2008, aff. C-448/06, préc., 373, pars. 34-38. Il en va de même de la prise en compte des critères OCDE pour définir les pays en développement (CJCE, 5 oct. 1994, aff. C-400/92, préc., note 356, pars. 27-31). Pour une confirmation de cette jurisprudence, v. TPI, ord. 21 déc. 2010, *Le Levant 015 EURL et autres c. Commission*, aff. T-34/02, *Rec.*, 2010, p. II-06375, par. 26) ; de la même manière, les autorités internes ne sont pas liées par les déterminations du HCR relatives à la qualité de réfugié d'une personne (Hong Kong, Court of Final Appeal, 8 juin 2004, *Secretary for Security v Prabakar (Final appeal judgment)*, *FACV* no 16, 2003 ; *ILDC* 1121 (HK 2004), (2004) 7 *HKCFAR* 187 ; [2004] *HKCFA* 43, [2005] 1 *HKLRD* 289).

³⁷⁶ V. *supra*, par. 205.

mais) par le juge, au moyen d'un jugement comparatif de valeur, c'est-à-dire par un énoncé ayant la forme logique : 'Le principe P1 a plus de valeur que le principe P2'. Établir une hiérarchie axiologique consiste donc à attribuer à l'un des deux principes en conflit un 'poids' – une 'importance' éthico-politique – majeur par rapport à l'autre »³⁷⁷. Les hiérarchies axiologiques sont à l'œuvre dans la rhétorique constitutionnelle, lorsque celle-ci a pour but de justifier la censure indirecte des résolutions du CSNU au nom des droits fondamentaux (A.), mais aussi dans l'application du concept d'ordre public lorsque le juge entend faire échec aux mécanismes de conflits de lois en droit international privé (B.). Il n'est d'ailleurs pas anodin que les conflits de principes se soient surtout manifestés à l'égard du droit des Nations Unies, car l'ONU est la seule institution internationale dont le droit, originaire ou dérivé, est potentiellement porteur de principes constitutionnels, le plus caractéristique étant sans doute celui de la paix et de la sécurité internationales³⁷⁸.

A. La rhétorique constitutionnelle, une application non assumée des hiérarchies axiologiques

220. L'arrêt *Kadi* de 2008 de la Cour de Justice de l'UE a suscité un renouvellement du discours constitutionnaliste, l'étoffant d'une dimension européenne, qui vient se superposer aux niveaux national et international³⁷⁹. L'arrêt a déclenché un tel seisme dans les rapports

³⁷⁷ R. Guastini, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in S. Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 118. V. aussi V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, note 243, p. 741. L'expression « hiérarchie matérielle » utilisée par la doctrine française renvoie en fait à la hiérarchie axiologique (v. *ibid.*, p. 740).

³⁷⁸ Beaucoup a été écrit sur la Charte comme une constitution mondiale, et il n'est pas toujours aisé de faire la distinction entre les significations attribuées à ce concept (v. R. Chemain et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, actes du colloque du CEDIN, Cahiers internationaux n° 20, Pedone, 2006, 237 p. ; M. Rosenfeld, « Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 415-455 ; J. Crawford, « Chance, Order, Change : The Course of International Law. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 365, 2013, Chapitre XIV : « Constitutionalizing international law », spéc. pars. 453-467. pp. 322-342.

³⁷⁹ Parmi les nombreuses analyses de l'arrêt sous cet angle, inspirées sans doute des concls. M. Poiares Maduro (16 janv. 2008, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission et Conseil*, aff. C-402/05 P, en partic. pars. 21-25), v. L. Burgorgue-Larsen, « Existe-t-il une approche européenne du droit international ? Éléments de réponse à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in C. Tomuschat, J.-M. Thouvenin (dir.), *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Journée franco-allemande de la SFDI, Paris, Pedone, 2008, p. 257-276 ; M. Benlolo-Carabot « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 380-386 ; A. Pellet, « Les rapports de systèmes après l'affaire Kadi – Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme ? », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 415-418 ; M. Rosenfeld, « Repenser l'ordonnement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique », in H. Ruiz Fabri, M. Rosenberg (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de Législation Comparée, 2011, pp. 93-144 ; N. Krisch, *Beyond Constitutionalism : The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, OUP, 2010, 358 p., *passim* ; M.

entre les ordres juridiques et, par suite, un tel engouement doctrinal, que toute analyse est aujourd'hui condamnée aux répétitions. Cela dit, la décision de 2008 reste un passage obligé, car elle marque profondément l'analyse des rapports de systèmes, notamment du point de vue des conflits normatifs. Est également impressionnante sa postérité, dans l'Union européenne, mais aussi devant les juridictions nationales.

221. Bien que majoritairement perçu comme un triomphe de la hiérarchie formelle³⁸⁰, le raisonnement de l'arrêt de 2008 n'en est en fait pas un parangon et se distingue de ce point de vue des conclusions de l'Avocat général, Poiares Maduro. Sans doute n'est-il pas non plus exempt de contradictions³⁸¹, ce qui permet d'ailleurs à chacun d'y trouver son compte doctrinal. L'arrêt de 2008 n'est pas le chant d'une suprématie inconditionnelle et immuable du droit primaire. Si la rhétorique de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne y détient une place considérable, c'est pour mettre les droits fondamentaux à l'abri des règles de hiérarchie formelle.

1. *L'autonomie de l'ordre juridique comme cadre interprétatif*

222. À la suite de l'arrêt du TPICE³⁸², les problèmes juridiques qu'il revenait à la Cour de trancher étaient de savoir si les résolutions du Conseil de sécurité bénéficient de la prévalence qui leur est reconnue, dans l'ordre international, par l'article 103 de la Charte et si cette prévalence engendrait une forme d'immunité juridictionnelle des actes internes d'incorporation³⁸³. « Le point de départ logique »³⁸⁴ de l'analyse aurait été de déterminer si la Charte et son article 103 sont opposables à l'Union, en d'autres termes si celle-ci était liée par ces règles. Une réponse négative aurait mis fin au débat, du moins en termes positivistes, car elle aurait rendu sans objet à la fois la question de la prévalence et celle de l'immunité juridictionnelle. Elle aurait également soulevé de nombreuses interrogations sur la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité par le biais des actes de l'Union. Il n'est dès lors

Avbelj, F. Fontanelli, G. Martinico (dir.), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Londres, Routledge, 2014, 222 p., spéc. 4^e Partie : « The Constitutional Law Perspective », pp. 135 et s.

³⁸⁰ V. la très utile synthèse comparative des écrits doctrinaux préparée par S. Poli et M. Tzanou, « The Kadi Rulings : A Survey of the Literature », *Yearbook of European Law*, vol. 28, n° 1, 2009, pp. 533-558 ; et S. Léonard and C. Kaunert, « 'Between a Rock and a Hard Place?' : The European Union's Financial Sanctions against Suspected Terrorists, Multilateralism and Human Rights », *Cooperation and Conflict*, vol. 47, n° 4, 2012, pp. 473-494.

³⁸¹ Dans son arrêt *Kadi II*, le TPIUE ne se prive d'ailleurs pas de le souligner, 30 sept. 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission (Kadi II)*, aff. T-85/09, *Rec.*, 2010, p. II-5177, spéc. (v. en partic. les paras. 100 et 109).

³⁸² TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi c. Commission et Conseil (Kadi I)*, aff. T-315/01, *Rec.*, 2005, p. II-3649.

³⁸³ Concls. M. Poiares Maduro sous CJCE *Kadi I*, préc., note 379, par. 18.

³⁸⁴ *Ibid.*, par. 21.

pas étonnant que ni l'Avocat général ni la Cour ne s'engagent dans cette voie ; par conséquent, la question du caractère obligatoire des résolutions à l'égard de l'Union demeure à ce jour sans réponse tranchée³⁸⁵. C'est la limpidité du raisonnement juridique qui en pâtit, mais c'est sans doute le prix à payer pour permettre à l'Union d'être un acteur – autonome – de l'ordre international.

223. L'Avocat général et la Cour procèdent par affirmation péremptoire. Ils partent du postulat fondateur, posé dès 1963, par l'arrêt *Van Gend & Loos*³⁸⁶, de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire³⁸⁷. La Cour y rajoute un satisfecit, selon lequel « la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE et que ce dernier a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions »³⁸⁸. Or, comme tout postulat, ces deux points de départ ne souffrent pas la discussion et se passent de démonstration. Le rôle de l'analyste est alors confiné à identifier les conséquences qui en découlent. Les deux postulats conjugués apportent en principe des solutions suffisantes aux deux problèmes juridiques identifiés : l'autonomie fonde la primauté « de la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE » ; et puisque le contrôle juridictionnel est érigé en critère de la communauté de droit, l'immunité juridictionnelle d'un quelconque acte dérivé est inconcevable.

224. De ces deux postulats, la Cour tire nombre de conséquences qui ressemblent à un catalogue synthétique de la jurisprudence antérieure, d'arguments surabondants, censés justifier la compétence juridictionnelle proclamée, mais aussi mal assurée. Si elles constituent réellement des étapes indispensables du raisonnement dans l'affaire *sub judice*, force est de reconnaître que leur portée n'est pas toujours évidente à saisir. Parmi ces conséquences, on dénombre ainsi (dans l'ordre de leur énumération par la Cour) :

- La Cour invoque d'abord le principe de l'autonomie constitutionnelle, non pas pour justifier la répartition des compétences entre les autorités communautaires – alors même que la base juridique et le degré d'intervention du Parlement dans la procédure

³⁸⁵ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 144 et s.

³⁸⁶ CJCE, 5 févr. 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise Van Gend & Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, 1963, spéc. p. 24.

³⁸⁷ Concls. M. Poiares Maduro sous CJCE *Kadi I*, préc., note 379, par. 21.

³⁸⁸ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, par. 21.

d'adoption des actes étaient parmi les difficultés à trancher – mais pour situer son propre rôle dans l'architecture institutionnelle : « 282. Un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE, compétence que la Cour a d'ailleurs déjà considérée comme relevant des fondements mêmes de la Communauté ».

- La Cour détermine ensuite les normes de référence à l'égard desquelles elle entend exercer son contrôle : il s'agit des droits fondamentaux, qui, dans l'ordre juridique de l'Union, ont accédé à la positivité par le biais des principes généraux de droit « 283. En outre (...) les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect (...) 284. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires ».

225. C'est au paragraphe 285 de l'arrêt que la Cour tire les conclusions de ces prémisses, en érigeant les principes fondamentaux au rang des « principes constitutionnels du traité CE », qui prévalent sur « les obligations qu'impose un accord international » (peu importe qu'elle n'eût pas tranché sur le caractère obligatoire des résolutions), la Cour étant naturellement le gardien de la hiérarchie ainsi établie.

226. On aurait pu penser que cette conclusion suffirait à résoudre l'affaire, mais la Cour ne s'y arrête pas. Au contraire, elle déplace la discussion sur le terrain du droit international, en brouillant de cette manière le message d'autonomie si ostensiblement affiché. La Cour souligne ainsi « que les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliquent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu »³⁸⁹ et ce n'est qu'ensuite qu'elle souligne qu'une « telle immunité juridictionnelle... ne trouve *par ailleurs* aucun fondement dans le traité CE »³⁹⁰. Avec cette double référence, la Cour se distance des conclusions de l'Avocat général qui avait pris pour cadre exclusif le droit de l'Union. Ce sont d'importantes

³⁸⁹ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, par. 299.

³⁹⁰ *Ibid.* par. 300 (nous soulignons).

nuances qui sont ainsi apportées à la fermeté (ou à la fermeture) affichée dans les conclusions³⁹¹.

2. *L'autonomie comme justification de la supraconstitutionnalité des droits fondamentaux*

227. L'Avocat général avait suggéré que les résolutions ne bénéficiaient d'une prévalence (et d'une immunité juridictionnelle consécutive) que s'il existait « dans le traité une base permettant de considérer que le règlement attaqué *fait exception aux contraintes constitutionnelles* normalement imposées par le droit communautaire, parce qu'il met en œuvre un régime de sanctions imposé par des résolutions du Conseil de sécurité? Ou formulé différemment: l'ordre juridique communautaire accorde-t-il *un statut supraconstitutionnel* aux mesures nécessaires pour la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité? »³⁹².

228. Qu'il soit permis d'observer que le problème est ainsi mal posé, et que le raisonnement est circulaire. D'abord, les résolutions ne peuvent jouir d'un statut supraconstitutionnel que si elles sont intégrées à l'ordre juridique de l'Union. Faute d'avoir déterminé leur opposabilité à l'Union, et éventuellement leur effet direct, cette intégration dans la hiérarchie normative n'est guère établie. Première incongruité au regard de la hiérarchie formelle ! Si la question concerne seulement la place hiérarchique des actes d'incorporation – ici les règlements – elle reste toujours mal posée, car elle implique qu'un acte de droit dérivé primerait sur le droit primaire. Deuxième incongruité au regard de la hiérarchie formelle ! En outre, c'est dans le droit primaire que l'Avocat général cherche une source de supraconstitutionnalité : autrement dit, c'est dans une norme inférieure (de rang constitutionnel) qu'il entend identifier le fondement d'une norme supérieure (de rang supraconstitutionnel)³⁹³. Troisième incongruité au regard de la hiérarchie formelle ! En pure logique formelle, il n'y a qu'une seule hypothèse où les résolutions pourraient avoir un statut

³⁹¹ Dans un article ultérieur, M. Poiares Maduro expliquait ainsi sa conception de « l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et (...) la notion de communauté de droit. Cela appelle à la fois une revendication d'indépendance normative (c'est-à-dire que l'ordre juridique communautaire détermine ses propres critères de validité) et une revendication de complétude du droit (dans le sens où il doit être apporté une réponse juridique à chaque question qui se pose dans son domaine de compétence » (« La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », in E. Dubout et S. Touzé, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 203). Cette dernière affirmation est excessivement formaliste, si on pense par exemple au fait que les droits fondamentaux ont accédé à l'ordre de l'Union à travers des principes fondamentaux, qui sont somme toute des créations jurisprudentielles, et que les sources nationales et internationales ont joué un rôle prépondérant dans leur définition.

³⁹² Concls. M. Poiares Maduro sous CJCE *Kadi I*, préc., note 379, par. 25

³⁹³ V. J.-M. Thouvenin, « La déclaration d'autonomie de l'ordre juridique communautaire dans l'arrêt Kadi », *Chronique de droit européen et comparé* n° XXV, *Petites affiches*, 1 févr. 2010 n° 22, p. 11.

supérieur au droit primaire : ce serait en vertu de l'article 103 de la Charte, en tant que fondement extérieur. Inacceptable au regard de l'autonomie précédemment affichée !

229. La Cour ne prête pas attention à ces arguties formelles : d'abord, elle semble réticente à situer les résolutions dans la hiérarchie formelle. Des « si » réitérés sillonnent son argumentaire relatif à la hiérarchie des normes :

« 305. Une immunité juridictionnelle du règlement litigieux (...) qui trouverait sa source dans une prétendue primauté absolue des résolutions du Conseil de sécurité que cet acte vise à mettre en œuvre ne pourrait pas non plus être fondée sur la place qu'occuperaient les obligations découlant de la charte des Nations unies dans la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique communautaire si ces obligations étaient classifiées dans cette hiérarchie. »³⁹⁴

ou encore

« 307. Ainsi, en vertu de cette disposition [article 218 TFUE, ex-article 300 TCE], si elle était applicable à la charte des Nations unies, cette dernière bénéficierait de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé. »³⁹⁵

230. Surtout, ces arguments sont secondaires, surabondants. La solution avait déjà été dégagée, avant même que les arguments formels ne soient étalés. Elle réside dans une affirmation qu'on retrouve déjà au paragraphe 304 : quelles que soient les règles de conflit envisagées – que ce soit par l'effet combiné de l'article 351 du TFUE (ex-307 TCE) et de l'article 103 de la Charte³⁹⁶ que la hiérarchie des normes internes – elles ne pourraient « en aucun cas permettre la remise en cause des principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire, parmi lesquels celui de la protection des droits fondamentaux, qui inclut le contrôle par le juge communautaire de la légalité des actes communautaires quant à leur conformité avec ces droits fondamentaux »³⁹⁷. En effet, si la Cour admet avoir déjà accepté des dérogations au droit primaire économique, lorsqu'elles étaient nécessaires à la mise en œuvre des engagements internationaux³⁹⁸, elle exclut que de

³⁹⁴ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, par. 305 (nous soulignons).

³⁹⁵ *Ibid.*, par. 307 (nous soulignons).

³⁹⁶ Ce dernier aspect est traité ci-dessus, pars. 222 et s.

³⁹⁷ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, pars. 282, 290, 304. Position de principe confirmée dans l'arrêt *Kadi II* : « Aucune évolution qui puisse justifier la remise en cause de la solution affirmée par la Cour dans l'arrêt *Kadi* n'est intervenue parmi les différents éléments qui soutiennent cette solution aux points 291 à 327 dudit arrêt et qui tiennent, en substance, à la garantie constitutionnelle qu'incarne, dans une Union de droit (v. arrêts du 29 juin 2010, E et F, C-550/09, *Rec.*, p. I-6213, point 44, ainsi que du 26 juin 2012, Pologne/ Commission, C-335/09 P, non publié au *Rec.*, point 48), le contrôle juridictionnel de la légalité de tout acte de l'Union, y compris de ceux qui, comme en l'occurrence, mettent en œuvre un acte de droit international, au regard des droits fondamentaux garantis par l'Union. » (CJUE, Grde. Ch., 18 juil. 2013, *Kadi c. Conseil et Commission*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, par. 66).

³⁹⁸ *Ibid.*, pars 301-302.

telles dérogations puissent affecter les droits fondamentaux et le contrôle juridictionnel qui en garantit l'effectivité, qu'elle caractérise comme faisant parties des « fondements même de la Communauté »³⁹⁹. Ce raisonnement, acceptable si on admet qu'il illustre des hiérarchies axiologiques, cadre cependant mal avec la logique positiviste. En effet, « *[t]he very foundations of the Community legal order are (...) [a] category, unknown at present in EC law, [and] escapes any traditional qualification* »⁴⁰⁰. La problématique de l'absence de définition rappelle d'ailleurs celle de la hiérarchie au sein des droits protégés constitutionnellement (et/ou conventionnellement), qui fait déjà l'objet de nombreuses études⁴⁰¹.

3. *Des prétentions constitutionnelles rivales*

231. Intervenant moins d'un an après l'arrêt *Behrami et Saramati* de la Grande Chambre de la CrEDH⁴⁰², *Kadi* devait en outre nécessairement se distinguer de la solution dégagée à Strasbourg, d'autant plus que cette dernière accordait une place centrale au rôle « constitutionnel » des Nations Unies :

« Il convient d'accorder encore plus de poids au caractère impératif du but premier de l'ONU et, par voie de conséquence, des pouvoirs accordés au Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII pour atteindre ce but. En particulier, il ressort clairement du préambule, des articles 1, 2 et 24 ainsi que du chapitre VII de la Charte que l'ONU a pour objectif principal le maintien de la paix et de la sécurité internationales. S'il est tout aussi clair que la protection des droits de l'homme contribue de manière importante à l'établissement de la paix internationale (...), il n'en demeure pas moins que la responsabilité essentielle quant à cet objectif incombe au Conseil de sécurité, qui dispose de moyens considérables en vertu du chapitre VII pour l'atteindre, notamment par l'adoption de mesures coercitives. La responsabilité du Conseil de sécurité à cet égard est unique, et est devenue le corollaire de l'interdiction du recours unilatéral à la force, qui est aujourd'hui partie intégrante du droit coutumier international »⁴⁰³.

232. L'Avocat général avait proposé de fonder la distinction sur l'autonomie de l'ordre communautaire :

« Bien que l'objet de cette convention soit la préservation et la poursuite de la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des particuliers, elle est

³⁹⁹ *Ibid.*, pars. 303-304.

⁴⁰⁰ P. Hilpold, « UN Sanctions Before the ECJ : the Kadi Case », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, p. 35.

⁴⁰¹ V. à ce sujet l'analyse et les références citées par S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens*, LGDJ, 2008, en partic. pp. 541-553.

⁴⁰² CrEDH, Grde. Ch., 2 mai 2007, *Behrami c. France, Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, décision sur la recevabilité, n° 71412/01 et n° 78166/01.

⁴⁰³ *Ibid.*, par. 148 (nous soulignons).

destinée à s'appliquer en premier lieu en tant qu'accord interétatique qui crée des obligations entre parties contractantes au niveau international. Cela est illustré par le mécanisme intergouvernemental d'application de la convention européenne des droits de l'homme. Le traité CE, au contraire, a créé un système juridique autonome au sein duquel les États et les particuliers ont des droits et des obligations directs. Le devoir de la Cour est d'agir en tant que cour constitutionnelle de l'ordre juridique interne que constitue la Communauté. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour sont donc distinctes en ce qui concerne leur compétence *ratione personae* et le rapport entre leur système juridique et le droit international public »⁴⁰⁴.

233. Sans formellement rejeter l'analyse de Poiaras Maduro⁴⁰⁵, la Cour préfère néanmoins souligner d'abord les distinctions matérielles et circonstanciées entre les deux affaires. Elle reprend ainsi à son compte le discours de la CrEDH relatif aux missions essentielles des Nations Unies⁴⁰⁶, mais constate qu'en l'espèce « le règlement litigieux ne saurait être considéré comme constituant un acte directement imputable à l'ONU en tant qu'action relevant de l'un des organes subsidiaires de celle-ci instaurés dans le cadre du chapitre VII de la charte des Nations unies ou se situant dans le cadre de l'exercice de pouvoirs valablement délégués par le Conseil de sécurité en application de ce même chapitre »⁴⁰⁷. La Cour tente ainsi une difficile synthèse entre l'ouverture à l'ordre international et l'autarcie systémique. Elle tient compte de la « coexistence de plusieurs revendications constitutionnelles » substantielles⁴⁰⁸, puisqu'elle reconnaît l'importance des principes onusiens.

234. Par conséquent, si la Cour écarte les résolutions, ce n'est pas pour les déclarer invalides, ni même généralement inefficaces dans l'ordre interne. Au contraire, elle réaffirme l'attachement de l'Union aux missions du Conseil de sécurité. Plus important encore, elle crée les conditions d'une *exécution simultanée* des obligations communautaires et onusiennes. L'option *in casu* pour les valeurs de l'Union a simplement pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de se cacher derrière les résolutions pour ne pas donner suite aux obligations fondamentales de l'ordre interne. L'exécution simultanée est rendue possible par l'imposition d'une série d'obligations d'agir à la charge des autorités internes. Elles doivent instituer des mécanismes supplémentaires qui répondent aux préoccupations de la Cour : procédure contradictoire pour le maintien sur la liste, motivation de l'inscription (par exemple). Il appartient aux institutions de trouver les moyens d'y parvenir, à travers

⁴⁰⁴ Concls. M. Poiaras Maduro sous CJCE *Kadi I*, préc., note 379, par. 37.

⁴⁰⁵ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, pars. 315-318.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, par. 312.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, par. 314.

⁴⁰⁸ M. Forteau « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à l'articulation du droit européen et du droit des Nations Unies », *RMCUE*, n° 259, 2009, p. 399.

notamment l'instauration d'un dialogue avec le Conseil de sécurité⁴⁰⁹. En attendant, la Cour suspend l'effet de l'annulation des actes internes. Éclatante application de la doctrine des hiérarchies axiologiques, qui repose sur la pondération des principes en présence⁴¹⁰ !

235. D'autre part, la Cour se maintient arrimée au terrain solide de la hiérarchie formelle, et les arguments de cette nature viennent toujours à l'appui des solutions dégagées selon d'autres logiques. La suprématie formelle de la constitution se présente ainsi comme un filet de sécurité, ultime recours lorsque les mécanismes de la coordination systémique échouent⁴¹¹. L'arrêt oscille ainsi entre hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs et il n'est pas toujours évident de distinguer leur poids respectifs.

236. Telles sont les cas de figure où les hiérarchies axiologiques ont servi de vecteurs d'exclusion (temporaire et partielle) des résolutions du Conseil de sécurité, en opposition avec les valeurs fondamentales de l'ordre du for. Paradoxalement, il existe des situations inverses

⁴⁰⁹ Cette voie avait été également suivie par les juridictions belges, où l'État avait été condamné à demander la radiation de M. Sayadi et Mme Vinck de la liste de sanctions (Belgique, Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles, 19 déc. 2005, *M. Sayadi et Mme Vinck*, texte disponible in W. Woll, *op. cit.*, note 335, pp. 267-276). On doit toutefois noter que dans l'arrêt *Sayadi*, l'exécution mise à la charge de l'État ne dépendait nullement du CSNU, il s'agissait d'une obligation d'agir qui n'impliquait pas une obligation de résultat. Tel n'est pas le cas de l'affaire *Kadi* et des décisions similaires de la CJUE et des juridictions internes, où l'exécution des obligations est largement dépendante de la coopération du CSNU. Afin de pouvoir maintenir l'équilibre précaire entre obligations à première vue contradictoires, les juridictions internes affirment l'existence d'une marge de manœuvre à la charge des autorités, difficilement détectable en pratique. Ainsi, les juridictions néerlandaises considèrent-elles que l'État doit respecter l'obligation de non-discrimination lorsqu'il applique le régime de sanctions à l'encontre de l'Iran (en l'espèce ; les Pays-Bas avaient restreint l'accès aux sites et laboratoires sensibles des étudiants et professeurs ayant la nationalité iranienne ; la cour a censuré cette décision, au motif que : « *Although the Security Council have imposed in paragraph 17 of Resolution 1737 sanctions on Iranian nationals, but it is for the Member States the freedom of choose how they allow these elaborate measures in their national legislation. It gives to the Member States some flexibility. Resolution 1737 requires the Member States at least not to making the distinction of nationality that is not necessary and justified. Therefore, the Change Sanction Regime needs to be assessed to the fundamental human rights, the assessment of which the under 4.4. specified standard of review applies in full.* » (Pays-Bas, Cour du District de La Haye, 3 févr. 2010, *A. and ors v Netherlands (Ministry of Foreign Affairs and Ministry of Education, Culture, and Science)*, LJN: BL1862/334949 ; *ILDC* 1463 (NL 2010), par. 4.6).

⁴¹⁰ Riccardo Guastini le soulignait d'ailleurs avec force : « Les conflits en question se résolvent tout en évaluant le poids relatif des principes intéressés : il s'agit de ce qu'on appelle 'pondération', dont le résultat est que l'un des principes en conflit prime sur l'autre, il est appliqué, tandis que l'autre est écarté (mais le principe écarté garde sa validité et pourra être employé dans la solution d'autres différends) » (« Les principes de droit... », *op. cit.*, note 377).

⁴¹¹ V. dans le même sens plusieurs jurisprudences internes qui s'inspirent du raisonnement subtile de *Kadi I* (Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 336 ; Canada, Cour fédérale, Ottawa, 4 juin 2009, *Abousfian Abdelrazik*, 2009 CF [580] ; Royaume-Uni, High Court of Justice (Queen's Bench Division), 2 mai 2014, *Serdar Mohammed -v- Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB), par. 94). Il existe aussi des affaires où l'affirmation de la suprématie constitutionnelle, faite par voie d'*obiter dictum*, était simplement déclaratoires (v. États-Unis, Cour du District Nord d'Illinois, division Est, 3 oct. 1979, préc., note 345 ; Irlande, High Court, 13 déc. 2005, *Dubsky v Government of Ireland and ors*, *JR*, 2002 n° 571 ; *ILDC* 485 (IE 2005), par. 91).

où les hiérarchies axiologiques sont des vecteurs d'inclusion du droit institutionnel dans le raisonnement judiciaire. Subsumé dans le concept d'ordre public, il devient un rempart contre des lois étrangères ou des contrats privés qui lui sont contraires.

B. L'ordre public comme mécanisme d'éviction du droit applicable contraire aux résolutions du CSNU

237. Traditionnellement, la notion d'ordre public est perçue comme d'essence interne, car elle « ne constitue pas autre chose (...) que l'ensemble des valeurs que le for considère à ce point fondamentales pour ce qui le concerne qu'il estime indispensable de les opposer comme obstacle à l'application de la loi étrangère dans son ordre interne »⁴¹². L'ordre public est néanmoins devenu un vecteur de prise en compte des valeurs universelles⁴¹³. Les auteurs désignent ces manifestations par le terme « ordre public transnational » ou « réellement international » pour le distinguer du concept classique, ancré dans l'ordre interne. Pour reprendre la définition donnée par Mathias Forteau :

« l'ordre public réellement international rassemble en effet les normes d'ordre public international qui, parce qu'elles feraient l'objet d'un consensus universel, auraient vocation à prévaloir devant n'importe quel *forum* ayant juridiction à l'égard de personnes privées. »⁴¹⁴.

238. À la différence de l'ordre public international classique, tout tourné vers la défense des valeurs du for, l'ordre public transnational est ancré dans l'universel. C'est le droit international public – pour ce qui intéresse cette étude, les actes institutionnels, et résolutions du Conseil de sécurité en particulier – qui en fournit la consistance matérielle⁴¹⁵. La fonction négative de l'ordre public est d'entraîner l'éviction du droit normalement applicable. Ainsi subsumé par le concept d'ordre public, le droit institutionnel conduit à la mise à l'écart des lois étrangères contraires (1.), mais aussi à la nullité ou à la caducité des contrats (2.)⁴¹⁶.

⁴¹² M. Forteau, « L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international'. L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI*, vol. 128, n° 1, 2011, p. 4.

⁴¹³ Déjà en 1977, P. Weil soulignait cette interaction substantielle (« Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers », *AFDI*, vol. 23, 1977, pp. 9-52).

⁴¹⁴ M. Forteau, « L'ordre public 'transnational'... », *op. cit.*, note 412, p. 5.

⁴¹⁵ Sur « l'ordre public sécuritaire » façonné par les rés. du Conseil de sécurité, v. R.-J. Dupuy, « L'ordre public en droit international », in R. Polin (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 103 et F. Latty, « L'ordre public sans l'État », in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Paris, Éditions Cujas, 2013, pp. 27-28.

⁴¹⁶ Sur cette double fonction d'éviction, v. P. Lalive, « L'ordre public transnational et l'arbitre international », in G. Venturini et S. Bariatti (dir.), *Nouveaux instruments du droit international privé. Liber Fausto Pocar*, Milan, Giuffrè, 2009, pp. 599-611.

1. L'ordre public transnational et les lois étrangères

239. S'il est depuis longtemps admis que les juridictions nationales « *as a matter of public policy, will not give effect (...) to foreign law that offends human rights, (...) it is still uncertain whether foreign acts violating international law other than in human rights matters, would still be given effect to under the act of State doctrine* »⁴¹⁷. Rosalyn Higgins avait fait ce constat en 1991. Depuis lors, la jurisprudence a confirmé l'extension de l'empire de l'ordre public soit à la violation directe de certaines résolutions du Conseil de sécurité, soit à celle de normes coutumières ou conventionnelles, dûment constatée par des actes institutionnels. Dans le premier cas, les actes institutionnels sont des sources matérielles de l'ordre public transnational, tandis que dans le second, ils jouent le rôle d'un « certificat d'illicéité » qui renverse la présomption de régularité de la législation étrangère. Faute d'un tel constat opéré au niveau international, les juges internes devraient se prononcer eux-mêmes sur la licéité internationale des lois d'un État tiers, position inconfortable s'il en est. Cependant, la ligne de séparation entre ces deux hypothèses est parfois brouillée, lorsque le Conseil de sécurité agit comme un organe d'application du droit, et que ses résolutions constituent des « *determinations of illegality and invalidity* »⁴¹⁸.

240. La jurisprudence *Kuwait Airways*, qui a donné lieu à plusieurs décisions des juridictions britanniques⁴¹⁹, vient illustrer le premier cas de figure. Suite à l'invasion du Koweït par l'Irak en 1991, dix avions de la Kuwait Airways Corporation (KAC) avait été saisis par les autorités irakiennes et confiés à la compagnie nationale (IAC), laquelle les entretient et les utilisa pendant quelques mois. En prévision de la réaction armée de la coalition, six de ces avions furent envoyés en Iran, les quatre autres détruits dans les bombardements. La KAC initie des procédures en dédommagement contre la IAC et l'État

⁴¹⁷ « International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes » (General Course on Public International Law), *RCADI*, vol. 230, 1991, p. 280 (italiques dans l'original). Pour d'autres exemples dans le même esprit, v. P. Weil, *op. cit.*, note 413, *passim*.

⁴¹⁸ V. Gowlland-Debbas, « Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility », *ICLQ*, vol. 43, n° 1, 1994, p. 76 ; B. Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 275-278.

⁴¹⁹ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 24 juil. 1995, *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co. and Another*, 1995 [1995] 1 WLR 1147 ; Queen's Bench Division (Commercial Court), 29 et 30 juil. 1998, [1998] C.L.C. 31 ; Royaume-Uni, Cour d'appel, 10 nov. 2000, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)*, [2001] 3 WLR 1117 ; Chambre des Lords (Appeal Committee), 8 févr. 2001, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co and another (No 2)*, [2001] 1 WLR 429 ; Royaume-Uni, Chambre des Lords, 16 mai 2002, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)*, [2002] UKHL 19. Suite à cette dernière décision, qui reconnaît la compétence des juridictions britanniques à traiter du fond des réclamations, d'autres décisions ont suivi, sans toutefois concerner la question ici traitée (not. Royaume-Uni, High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court QBD (Comm), 21 mai 2004, *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*).

irakien. Dans un premier temps, la Chambre des Lords fit droit aux prétentions d'immunité de l'État (la saisie étant considéré comme *un acte de jure imperii*)⁴²⁰. En 2000, la KAC revient devant la Chambre des Lords, en lui demandant de revoir ses conclusions antérieures⁴²¹. Celle-ci fait droit à la demande et renvoie l'affaire aux juges du fond. Après un nouvel examen par la Cour d'appel⁴²², l'affaire fut soumise à la Chambre des Lords en 2002, qui décida de la question préliminaire de la reconnaissance du décret irakien opérant saisie (à savoir *Resolution 369* du 17 sept 1990)⁴²³. L'ensemble des Lords ont considéré que le décret violait le droit international et donc l'ordre public, et ne pouvait de ce fait déployer ses effets dans l'ordre juridique britannique.

241. Certains arguments avancés par les Lords apportent un éclairage sur les conditions dans lesquelles des résolutions du CSNU, en l'espèce les résolutions 661 (6 août 1990), 662 (9 août 1990), 664 (18 août 1990) et 674 (29 octobre 1990) peuvent alimenter le concept d'ordre public :

- les juges mettent en avant la volonté de prêter concours au respect du droit international :

*« the courts of this country should give effect to clearly established rules of international law. This is increasingly true today. As nations become ever more interdependent, the need to recognise and adhere to standards of conduct set by international law becomes ever more important. »*⁴²⁴;

- ils soulignent aussi que la reconnaissance des effets d'une législation contraire au droit international serait une violation des obligations internationales de l'État du for : *« For good measure, enforcement or recognition would also be contrary to this country's obligations under the UN Charter »*⁴²⁵. Ce prononcé est un écho de l'avis *Namibie*, dans lequel la Cour internationale de Justice avait relevé que lorsqu'un « organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence »⁴²⁶ ; au contraire, les États membres sont dans « l'obligation de reconnaître l'illégalité et le défaut de validité »⁴²⁷

⁴²⁰ V. jurisprudence citée dans la note précédente.

⁴²¹ Royaume-Uni, Chambre des Lords (Appeal Committee), 8 févr. 2001, préc., note 419.

⁴²² Royaume-Uni, Cour d'appel, 10 nov. 2000, préc., note 419.

⁴²³ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 16 mai 2002, préc., note 419.

⁴²⁴ *Ibid.*, par. 28. V. aussi par. 114 (Lord Steyn).

⁴²⁵ *Ibid.*, par. 29 (Lord Nicholls of Birkenhead).

⁴²⁶ CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. 1971, p. 54, par. 117.

⁴²⁷ *Ibid.*, par. 119.

de la situation-objet du constat, donc de refuser de lui donner effet dans l'ordre interne ;

- les Lords soulignent surtout l'importance des résolutions pour dépasser les incertitudes relatives au contenu du droit international⁴²⁸, ainsi que la déférence due à l'activité normative des États tiers :

*« I have already noted that Iraq's invasion of Kuwait and seizure of its assets were a gross violation of established rules of international law of fundamental importance. A breach of international law of this seriousness is a matter of deep concern to the worldwide community of nations. This is evidenced by the urgency with which the UN Security Council considered this incident and by its successive resolutions. Such a fundamental breach of international law can properly cause the courts of this country to say that, like the confiscatory decree of the Nazi government of Germany in 1941, a law depriving those whose property has been plundered of the ownership of their property in favour of the aggressor's own citizens will not be enforced or recognised in proceedings in this country. Enforcement or recognition of this law would be manifestly contrary to the public policy of English law. »*⁴²⁹

242. Les conséquences de la jurisprudence *Kuwait Airways* ne se sont pas fait attendre. Ainsi, dans une affaire ultérieure où les requérants contestaient le refus de l'administration britannique d'autoriser des vols directs reliant Londres et la partie nord de Chypre (sous contrôle de la République turque de Chypre du nord), la Cour d'appel a noté, dans un argument subsidiaire, que :

*« when faced with unlawful behaviour of states which it was not in a position to terminate or against which it proved unable to recommend or enjoin effective sanctions, the United Nations has fallen back on non-recognition of the illegal situation. One of the examples given is the United Nation's pronouncements in respect of Cyprus. The effect of such pronouncements is said to be that states pledge themselves to avoid any international or internal act capable of turning the de facto situation into an internationally legal one, and that the domestic courts of all those states must treat acts and transactions with the unlawful authority as null and void. »*⁴³⁰

⁴²⁸ À condition que les valeurs défendues par les résolutions fassent l'objet d'un consensus international. Dans la célèbre affaire *Sabbatino* la Cour suprême américaine en faisait une condition de son contrôle de la loi étrangère : « *the greater the degree of codification or consensus concerning a particular area of international law, the more appropriate it is for the judiciary to render decisions regarding it* » (23 mars 1964, *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino*, 376 US 398, 416 (1964), *ILM* 1964, p. 394 ; v. aussi P. Weil, *op. cit.*, note 413, pp. 49-50).

⁴²⁹ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 16 mai 2002, préc., note 419, par. 29 (Lord Nicholls of Birkenhead). V. aussi par. 115 (Lord Steyn).

⁴³⁰ Royaume-Uni, Cour d'appel (Civil Division), 12 oct. 2010, *Kibris Türk Hava Yollari CTA Holidays v. Secretary of State for Transport and the Republic of Cyprus*, [2010] EWCA Civ 1093, par. 65. V. aussi, en 1^{ère} instance, Royaume-Uni, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court, 28 juil. 2009, *Kibris Türk Hava Yollari CTA Holidays v. Secretary of State for Transport*, [2009] EWHC 1918 (Admin), par. 83.

243. L'argument de la contrariété à l'ordre public international ne prospère pas toujours. Tel est le cas lorsqu'il est invoqué non pas pour faire échec à l'application d'une loi étrangère désignée par la règle de conflit de loi, mais pour obtenir une déclaration d'illicéité des actes étrangers. Ainsi, dans une affaire où le demandeur, une organisation non gouvernementale, entendait obtenir du juge une injonction à l'égard des autorités britanniques de mettre un terme à la vente d'armes à Israël, au motif que l'opération « Plomb durci » de 2008 était une violation des normes impératives. Le juge déclara la requête non justiciable et nota, entre autres, que :

« *Unlike Kuwait, this is not a case in which the breach of international law is plain and acknowledged (...). The Wall Opinion considers different issues and there has been no authoritative judgment upon Operation Cast Lead as a starting point for the court's consideration of whether to act.* »⁴³¹

244. Plus important encore, la notion d'ordre public ne fonctionne pas à l'encontre des actes obligatoires : elle n'est pas une limite à la reconnaissance de leur efficacité dans l'ordre interne. En effet, dans l'affaire *Kadi*, où la CJCE peut être suspectée d'avoir voulu défendre l'ordre public européen à travers la protection de ses normes fondamentales, le concept n'a pas été mis en avant, parce qu'il aboutit à une éviction, ou non reconnaissance permanente des résolutions, ce qui n'était pas le but recherché en l'espèce. Pour ces raisons, il importe de maintenir aussi une distinction fonctionnelle entre la notion interne d'ordre public (fût-il transnational) et celle de *jus cogens*⁴³².

2. L'ordre public transnational et les contrats

245. Les résolutions du CSNU imposant des embargos affectent nécessairement les contrats en cours⁴³³. Habituellement, les juges les envisagent sous l'angle de la force majeure qui empêchent la réalisation des obligations contractuelles⁴³⁴. Mais la contrariété avec l'ordre public a également été mise en avant afin de justifier l'opposabilité des résolutions du CSNU

⁴³¹ Royaume-Uni, High Court of Justice, Divisional Court, 27 juil. 2009, *The Queen on the Application of Al-Haq v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2009] EWHC 1910 (Admin), par. 42. Dans le même sens, *R (CND) v Prime Minister* [2002] EWHC 2777 (Admin) 2003 3 LRC 335 (les demandeurs à l'instance ont saisi le juge afin d'obtenir un jugement déclaratoire sur la nécessité d'une nouvelle rés. CSNU qui autorise le recours à la force in Irak, si ce dernier a violé les résolutions antérieures).

⁴³² V. *infra*, par. 263.

⁴³³ V. B. Grelon et Ch. Gudini, « Contrats et crise du Golfe », *JDI*, 1991, p. 639 et p. 669 (selon ces auteurs les sanctions du Conseil de sécurité formeraient « l'armature d'un ordre public réellement international »). - V. aussi H. Ferjani et V. Huet, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *JDI*, 2010, pp. 753-756.

⁴³⁴ V. *supra*, Chapitre 4, pars. 288.

aux États non membres des Nations Unies (comme la Suisse jusqu'en 2002)⁴³⁵ ou encore aux arbitres internationaux. Comme le note Mathias Forteau, l'internationalisation de l'ordre public aboutit à une extension *ratione personae* du champ d'application du concept⁴³⁶.

246. Ainsi, devant le juge québécois⁴³⁷, Air France avait excipé de la nullité d'une sentence arbitrale partielle, ayant rejeté l'exception d'inarbitrabilité d'un litige l'opposant au *Libyan Arab Airlines*⁴³⁸, auxquelles elle avait cessé de fournir des services contractuels, en raison des sanctions du Conseil de sécurité⁴³⁹. La Cour d'appel du Québec a examiné l'argument d'Air France selon lequel la constitution du tribunal arbitral violait la résolution 883 (1993), et de ce fait l'ordre public international. Le juge québécois s'interrogea ainsi sur l'opposabilité des résolutions au-delà du cercle des États membres des Nations Unies, en particulier aux arbitres qui relèvent d'un ordre transnational. Il y répond par l'affirmative, tout en considérant qu'il n'y avait pas eu de violation de l'ordre public international en l'espèce :

« Qu'arrive-t-il alors de ces normes lorsque l'on est en présence d'une instance arbitrale ? Le professeur Philippe Fouchard, qui a témoigné pour l'appelante, soutient que cet ordre public supranational doit s'appliquer aux arbitres. Je suis d'accord. Même si le tribunal arbitral n'est pas en soi un État membre des Nations Unies, cela ne justifie pas qu'il puisse faire fi de l'ordre public international. La force probante des résolutions du Conseil de sécurité ne peut pas être ignorée. Cependant, je ne crois pas que les faits en présence permettent de conclure que l'instance arbitrale a violé l'ordre public international en se déclarant compétente pour entendre le litige »⁴⁴⁰.

⁴³⁵ V. Suisse, Tribunal fédéral, 28 mars 2001, *Beverly Overseas SA v. Privredna Banka Zagreb*, aff. n° 4C.172/2000, *ILDC* 713 (CH 2001), note J. Tschopp, A. Ziegler.

⁴³⁶ M. Forteau, « L'ordre public 'transnational'... », *op. cit.*, note 412, pars. 10-11.

⁴³⁷ Cour d'appel du Québec, 31 mars 2003, *Compagnie Nationale Air France c. Kéba Mbaye et LAA*, n° 500-09-009391-004 (500-05-043881-984), pars. 87 et 89, texte et note A. Prujiner, *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 4, pp. 1365-1395 ; J.-B. Racine, « L'arbitrage commercial et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 », *JDI*, 2004, p. 89.

⁴³⁸ La sentence n'ayant pas été publiée, sa teneur est déterminée à partir de son compte-rendu dans la décision de la Cour d'appel du Québec.

⁴³⁹ CSNU, rés. 748 (1992), du 31 mars 1992 et 883 (1993), du 11 nov. 1993.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, pars. 87 et 89 ; note A. Prujiner, *op. cit.*, note 437. Cette affaire met en évidence une question plus générale qui intéresse le droit commercial international, celle de l'arbitrabilité des litiges nés du fait de l'inexécution d'obligations contractuelles du fait des rés. du CSNU (v. aussi Suisse, Tribunal fédéral, 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali c. M.*, *Rev. arb.*, 1993. 691, note F. Knoepfler ; le Tribunal fédéral a considéré que les rés. du Conseil de sécurité ne rendaient pas le litige inarbitrable. Toutefois, la Cour d'appel de Gênes a pour sa part conclu à l'incompétence du tribunal arbitral dans la même affaire : Cour d'appel de Gênes, 7 mai 1994, *Fincantieri c. Republic of Irak*, *Riv. dell'arbitrato*, 1994. 505, note La China ; *adde*, G. Sacerdoti, « Embargo irakeno, effetti sui contratti in corso ed efficaci delle clausole per arbitrato internazionale », *Riv. dell'arbitrato*, 1993, p. 361. Lors de la demande d'*exequatur* en France de ce dernier arrêt, la Cour d'appel de Paris a estimé que la juridiction italienne avait violé le principe de *kompetenz-kompetenz* : Cour d'appel de Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. Fincantieri-Cantieri Navali et a.*, *Rev. arb.*, 2007. 87, note S. Bollée ; *Europe*, aout-sept. 2006, p. 28, obs. L. Idot ; *D.*, 2006. 3035, obs. Th. Clay).

247. Comme le démontre l'ensemble de ces affaires, « l'ordre public s'avère un instrument de régulation particulièrement souple et bienvenu dans le contexte du pluralisme des ordres juridiques : disposé à accueillir l'effet de normes qui puisent leur juridicité et leur validité dans d'autres systèmes juridiques, l'ordre national ne peut cependant prêter exécution (et le concours de ses propres autorités) à des règles par trop opposées à ses propres principes. Au carrefour de ces réseaux, l'ordre public opère comme un feu de signalisation ; généralement clignotant, il passe au rouge dans certains cas-limites »⁴⁴¹. Souplesse et pondération des valeurs et intérêts en présence sont en effet les maîtres-mots pour caractériser l'appréhension par les juges internes des conflits entre les normes internes et les actes institutionnels. Plus difficiles et moins malléables sont les situations où les juridictions internes doivent se prononcer sur des conflits de normes internationales, dont une au moins est institutionnelle. Théoriquement, ces conflits se résolvent selon les principes de l'ordre international, mais aujourd'hui encore celui-ci se montre à cet égard plutôt mal outillé.

Section II. Une application hésitante des recettes hiérarchiques de l'ordre international

248. Rares sont les circonstances où le juge interne est amené à se prononcer sur le conflit entre une norme institutionnelle et une norme conventionnelle ou coutumière internationale. L'exercice présuppose qu'il s'estime compétent pour exercer un contrôle de validité ou de compatibilité entre les deux normes, ce qui, en l'état actuel du droit, ne relève pas de l'évidence. De nouveau, ce sont les activités normatives récentes du Conseil de sécurité qui ont mis en évidence ce conflit potentiel. Il se manifeste le plus souvent lorsque le juge est saisi des actes internes d'incorporation ou d'application des actes institutionnels ; à titre incident il pourra s'exprimer sur un conflit des résolutions avec d'autres normes internationales. Mais il existe également des hypothèses où les résolutions n'ont pas vocation à être incorporées dans l'ordre du for, car leurs effets se déploient soit sur le plan international, soit dans un État tiers : c'est typiquement le cas pour les résolutions qui régissent les opérations de maintien de la paix. Si le juge interne franchit le pas pour apprécier la licéité des activités extra-territoriales des autorités nationales, il peut s'exprimer, toujours à titre incident, sur la compatibilité des résolutions avec d'autres normes internationales.

⁴⁴¹ F. Ost et M. de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 348.

249. La tendance première est de vouloir concilier les normes en présence, parfois jusqu'à la dénaturation du sens de l'une d'entre elles⁴⁴². Mais, soit parce que la conciliation s'avère objectivement impossible, car elle implique une interprétation *contra textum*, soit parce qu'ils entendent dénoncer la violation, par le droit dérivé, de normes essentielles, les juges peuvent, en dernier ressort, trancher un conflit de normes. L'ordre interne ne contient pas de solution à ce type de conflit – exception faite du cas spécial du droit de l'Union européenne, qui est mis à l'abri d'une situation de conflit et prime sur le droit international dans les ordres internes des États membres⁴⁴³. Les maximes latines comme *lex specialis* ou *lex posterior* seraient d'un maniement incertain⁴⁴⁴. En vérité, le juge interne ne s'aventure à trancher un conflit de normes internationales que s'il peut recourir à des principes internationaux qui assurent la prévalence d'une de ces normes. Ce sera typiquement le cas des hiérarchies formelles, qui fournissent des conditions de validité de la norme institutionnelle (§ 1), où de la primauté temporaire des obligations de la Charte des Nations Unies, prévue à l'article 103 de celle-ci (§ 2).

§ 1. Le juge interne aux prises avec la hiérarchie des sources internationales

250. La nature dérivée des actes institutionnels « modifie en partie la manière dont les sources de droit [international] s'articulent les unes aux autres »⁴⁴⁵, en introduisant en leur sein un « degré de hiérarchisation »⁴⁴⁶. Le traité constitutif est en principe placé au-dessus des actes institutionnels et constitue la source de leur validité. Cependant, les juges internes s'estiment rarement autorisés à assurer le respect de cette hiérarchie (A.). En revanche, ils sont plus ouverts à garantir la prééminence du *jus cogens*, en tant qu'expression des valeurs substantielles de la société internationale (B.)

⁴⁴² V. *supra*, Chapitre 5, pars. 53 et s.

⁴⁴³ V. en ce sens arrêt Conseil d'État, Ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, *Lebon*, p. 623 ; commentaire A. Pellet, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, 2015, à paraître. L'observation n'a de sens que si l'on considère le droit de l'Union européenne comme une branche du droit international. Ce n'est pas l'approche retenue dans le cadre de cette étude ; dès lors, le principe de primauté du droit de l'Union n'est pas analysé sous l'angle des conflits normatifs.

⁴⁴⁴ V. *supra*, par. 143.

⁴⁴⁵ M. Forteau, « Organisations internationales et sources du droit », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 279, § 554.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

A. Une hiérarchie formelle largement ignorée : la soumission du droit dérivé au traité constitutif

251. On a souvent employé le vocable constitutionnel pour caractériser les traités instituant des organisations internationales⁴⁴⁷. Même s'il en est ainsi, ces traités ne sont pas la constitution à laquelle les juges internes ont fait allégeance ; dès lors, il ne s'estiment pas compétents pour se prononcer sur la validité d'un acte institutionnel avec la charte de base. Il y a ici une des manifestations particulières du constat plus général fait, entre autres, par James Crawford : « *Scelle's theory of the dedoublement fonctionnel fails at a general level for want of any mandate from international law to domestic organs, notably courts, requiring them to act as international agencies* »⁴⁴⁸.

252. La hiérarchie entre le traité constitutif et le droit dérivé est une évidence qui trouve rarement une expression, et encore moins application, dans la jurisprudence interne. En théorie, « [t]out acte unilatéral adopté par l'organisation se doit de l'être en conformité avec son acte constitutif sous peine de nullité »⁴⁴⁹. La Cour internationale de Justice a ainsi souligné que tout organe institutionnel est soumis aux règles, procédurales et substantielles, prévues par le traité constitutif :

« le caractère politique d'un organe ne peut le soustraire à l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement. Pour savoir si un organe a la liberté de choisir les motifs de ses décisions, il faut se référer aux termes de sa constitution »⁴⁵⁰.

253. Sur cette base, le TPIY a affirmé avec force le principe de la soumission du Conseil de sécurité aux règles et principes de la Charte :

« Le Conseil de sécurité est un organe d'une organisation internationale, établie par un traité qui sert de cadre constitutionnel à ladite organisation. Le Conseil de sécurité est, par conséquent, assujéti à certaines limites constitutionnelles, aussi larges que puissent être ses pouvoirs tels que définis par la constitution. Ces pouvoirs ne peuvent pas, en tout état de cause, excéder les limites de la compétence de l'Organisation dans

⁴⁴⁷ V. par ex. CIJ, avis consultatif, 28 mai 1948, *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies* (article 4 de la Charte), *Rec.*, p. 64 ; avis consultatif, 20 déc. 1980, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, *Rec.*, 1947-1948, p. 87, par. 33. Pour une analyse renouvelée de cette qualification et de ses implications, v. A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *op. cit.*, note 445, pp. 201-245.

⁴⁴⁸ J. Crawford, « Chance, Order, Change : The Course of International Law... », *op. cit.*, note 378, p. 180.

⁴⁴⁹ M. Forteau, « Organisations internationales et sources du droit », *op. cit.*, note 445, p. 280, § 555 ; dans le même sens, H. Raspail, « Contrôle de validité des actes juridiques des organisations internationales », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *op. cit.*, note 445, pp. 938-939.

⁴⁵⁰ CIJ, avis consultatif, 28 mai 1948, *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies* (article 4 de la Charte), *Rec.*, 1948, p. 64.

son ensemble, pour ne pas mentionner d'autres limites spécifiques ou celles qui peuvent découler de la répartition interne des pouvoirs au sein de l'Organisation. En tout état de cause, ni la lettre ni l'esprit de la Charte ne conçoivent le Conseil de sécurité comme *legibus solutus* (échappant à la loi) »⁴⁵¹.

254. Le TPIY s'est appuyé en particulier sur l'article 24 de la Charte, qui à la fois confère au CSNU le pouvoir de prendre des décisions obligatoires, et limite ce pouvoir, en le soumettant à l'accomplissement des objectifs constitutifs :

« En particulier, l'article 24, après avoir déclaré, au paragraphe 1, que les Membres des Nations Unies 'confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales', lui impose au paragraphe 3 l'obligation de présenter un rapport annuel (ou plus fréquemment) à l'Assemblée générale et prévoit, point plus important encore, au paragraphe 2 que :

'Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux chapitres VI, VII, VIII et XII' (*id.*, art. 24 2)).

Le texte de la Charte vise donc des pouvoirs spécifiques et non un pouvoir absolu »⁴⁵².

255. Pourtant, ces appréciations par les juridictions internationales ont rarement – pour ne pas dire jamais – trouvé écho dans la jurisprudence interne. Le juge interne, dont la visée première est le respect des droits fondamentaux, est confronté à une difficulté supplémentaire : le traité constitutif se limite souvent à l'organisation des rapports entre l'organisation et ses États membres, ainsi qu'entre les différents organes, et les droits fondamentaux ne font en principe pas partie des normes constitutives. Ce silence du traité constitutif explique les tentatives d'attirer les droits humains – en tant que règles coutumières – sous l'empire de la charte constitutive. Cet attrait est permis dans le cadre de la Charte des Nations Unies, qui identifie les droits fondamentaux parmi les buts et principes de

⁴⁵¹ TPIY, Ch. d'appel, 2 oct. 1995, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, aff. n° IT-94-1-AR72, par. 28.

⁴⁵² *Ibid.*; v. aussi CIJ, 13 sept. 1993, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, ord. en indication de mesures conservatoires, Opinion individuelle de M. Lauterpacht, *Rec.*, 1993, p. 440, par. 101 ; G. Abi-Saab, « The Security Council *Legibus Solutus* ? On the Legislative Forays of the Council », in *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, pp. 23-44. Dans un tout autre contexte normatif, la CIJ a rappelé la soumission des organes institués aux buts et principes de la charte constitutive. Ainsi, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine*, elle a souligné que « [l]es modifications apportées au règlement et les recommandations adoptées par la CBI peuvent mettre l'accent sur tel ou tel des objectifs poursuivis par la convention, mais elles ne sauraient en modifier l'objet et le but. » (31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, par. 56).

l'organisation⁴⁵³. Mais ce n'est pas le cas de tous les traités constitutifs des organisations internationales, loin s'en faut.

256. Quoiqu'il en soit, rares sont les juges qui se soient montrés ouverts à s'engager dans la voie d'un tel contrôle. Seul le Tribunal fédéral suisse a rappelé le principe de la soumission du Conseil de sécurité aux buts et principes de la Charte des Nations Unies et implicitement aux droits fondamentaux auxquelles celle-ci renvoie :

« Le Conseil de sécurité est également lié par la Charte et doit agir conformément à ses buts et principes (article 24§2 de la Charte) qui incluent le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 1§3 de la Charte) »⁴⁵⁴.

257. Mais le juge suisse a aussitôt souligné qu'en tant qu'organe d'un État membre, il n'est pas compétent pour tirer les conséquences de cette hiérarchie formelle :

« Les États membres n'ont en principe pas la compétence de se soustraire à une obligation en invoquant le fait qu'une décision (formellement légale) du Conseil de sécurité ne respecterait pas matériellement la Charte (...). Ceci vaut, en particulier, pour les décisions du Conseil de sécurité adoptées sous le chapitre VII de la Charte relatif au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales »⁴⁵⁵.

258. Ainsi, le Tribunal fédéral s'interdit d'apprécier la légalité substantielle (ou interne si on peut emprunter la terminologie du droit administratif français) des résolutions obligatoires du Conseil de sécurité. Il laisse néanmoins ouverte la possibilité d'un contrôle de la légalité formelle (ou procédurale ou encore externe), plus facile à mettre en œuvre, car il n'implique pas d'appréciation subjective de sa part. Mais il ne l'exerce pas pour autant.

259. Il faut toutefois se rappeler qu'à défaut d'une hiérarchie déclarée, les juges ont mis à profit leur juridiction interprétative pour limiter la portée des résolutions du CSNU d'une manière à la rendre compatible avec les principes de la Charte, parmi lesquels le respect des droits fondamentaux⁴⁵⁶. L'interprétation conforme est alors un mécanisme dissimulé de

⁴⁵³ Ce que la CIJ a par ailleurs rappelé dans *Certaines dépenses*, les droits fondamentaux identifiés parmi les buts de l'organisation : « Les buts des Nations Unies sont énoncés à l'article 1 de la Charte. Les deux premiers, tels qu'ils figurent aux paragraphes 1 et 2, peuvent être décrits sommairement comme étant d'établir la paix et la sécurité internationales et de développer des relations amicales entre les nations. Le troisième est de résoudre les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire et de développer le respect des droits de l'homme. » (CIJ, avis consultatif du 20 juil. 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, *Rec.*, 1962, pp. 167-198).

⁴⁵⁴ Suisse, Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour de droit public, 14 nov. 2007, *Nada c. Secrétariat d'État à l'économie*, n° 1A.45/2007, *BGE* n°133, p. II 450, par. 5.3 (original en allemand ; la traduction en français est tirée de la thèse de W. Woll, *op. cit.*, note 335, p. 346).

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ V. supra, chapitre 5, pars. 44 et s.

contrôle des actes institutionnels. Elle est *ipso facto* une façon de rappeler l'existence de hiérarchies normatives, dont le juge ne s'estime pas nécessairement compétent pour assurer le respect : en effet, la norme de référence dans l'interprétation conforme (ici les principes de la Charte) détermine la portée de l'acte faisant l'objet de l'interprétation (ici, les résolutions du CSNU). Il y a bien une forme de hiérarchie qui est inhérente à la théorie de l'interprétation conforme ; seulement, elle n'instaure pas des rapports de validité. Comme le note Rüdiger Wolfrum, dans son Rapport à l'Institut du droit international :

« [w]hen assessing the national or European implementing measures, the courts concerned frequently interpreted the relevant Security Council resolutions. By way of generalisation – and thus simplification – one may say that two different approaches were applied. The courts in question either interpreted the relevant Security Council resolution from the point of view of its wording and its objective, or they presumed that the Security Council had no intention to limit international law conflicting with its resolution. Both approaches led to the same result, namely they limited the scope of the Security Council resolution in question »⁴⁵⁷.

260. Dans cet esprit, le juge australien Kirby (dissident) ne cachait pas la volonté de contrôler les effets des résolutions du CSNU par le biais de l'interprétation conforme :

« Various restrictions on compliance with resolutions of the Security Council need to be noted. While the Security Council's powers are broad, the Charter is itself authority for the proposition that the Security Council is not exempt from international law. Relevantly, the Council's decisions must comply with the Purposes and Principles of the UN. These include the requirement to maintain international peace and security 'in conformity with the principles of justice and international law' and the need to ensure 'respect for human rights and for fundamental freedoms'. This qualification to the Security Council's powers is reinforced by the text of Art 25 of the Charter. By that Article, Member States agree to carry out only those decisions of the Security Council made 'in accordance with the present Charter' »⁴⁵⁸.

261. Mais cette hiérarchie formelle n'est pas pleinement assumée, et la théorie de l'interprétation conforme est plutôt un succédané faute de mieux qu'un fondement pour l'affirmation d'une obligation de respecter les principes de la Charte à la charge du Conseil de sécurité. Certains juges recherchent des pierres supplémentaires pour soutenir cet édifice. C'est ainsi qu'on se réfère à une forme d'engagement unilatéral du CSNU de respecter les droits humains, qui serait décelable à travers les renvois expresses à ces normes que comportent certaines résolutions :

⁴⁵⁷ R. Wolfrum, « Le contrôle juridictionnel des décisions du Conseil de Sécurité (ONU) », *Annuaire de l'IDI*, Session de Tokyo, Travaux préparatoire, 2013, p. 55, disponible en ligne : http://www.idi-ii.org/idiF/navig_ann_2013.html (nous soulignons).

⁴⁵⁸ Australie, High Court, 2 août 2007, *Thomas v Mowbray* [2007] HCA 33, par. 281 (Opinion dissidente Kirby J).

« Furthermore, there are features of UNSCR 1890 which indicate positively that the Security Council expected states participating in ISAF to comply with their international human rights obligations. In particular, the resolution included a recital which expressly called for ‘compliance with international humanitarian and human rights law’. Further recitals stressed the importance of further progress by the Afghan government in strengthening respect for human rights within Afghanistan and expressed concern over the harmful consequences of violent and terrorist activities on the capacity of the Afghan government to ensure the full enjoyment by the Afghan people of their human rights and fundamental freedoms. More generally, there is nothing in UNSCR 1890 (nor in any other relevant UNSCRs) which authorised the Afghan government to take measures to improve the security situation which violate its obligations under international human rights treaties »⁴⁵⁹.

262. Les juges internes ne se sont cependant pas interdits toute forme de contrôle substantiel, mais en recherchant alors les normes de références dans une autre hiérarchie du droit international : celle instaurée par le concept de *jus cogens*.

B. Les méandres d’une hiérarchie formelle fondée sur le *jus cogens*

263. Près d’un demi-siècle après l’adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la nature du *jus cogens* interpelle toujours et *a fortiori* lorsque ce sont les juges internes qui se prononcent sur ses conséquences. Complication supplémentaire, on associe souvent le *jus cogens* et l’ordre public, alors que les deux notions recouvrent des réalités distinctes – du moins du point de vue du juge interne. Si le rapprochement est fait par les internationalistes⁴⁶⁰, il relève plus des facilités de langage que des analogies fonctionnelles. En tout état de cause, ni les champs matériels des deux concepts⁴⁶¹, ni leur conséquences juridiques dans l’ordre interne⁴⁶² ne se recouvrent. D’ailleurs, c’est en raison du décalage entre le contenu du *jus cogens* et les valeurs fondamentales de l’ordre juridique de l’Union

⁴⁵⁹ Royaume-Uni, High Court of Justice, 2 mai 2014, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB), par. 222.

⁴⁶⁰ V. *inter alia*, J. Verhoeven, « Sur les ‘bons’ et les ‘mauvais’ emplois du jus cogens », *Anuário brasileiro de direito internacional*, vol. 1, 2008, p. 154 ; I. Moulier, « L’ordre public international », in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *op. cit.*, note 415, pp. 85-96.

⁴⁶¹ A. Pellet notait ainsi qu’il importe de distinguer les valeurs propres à un ordre interne ou même régional et les valeurs universellement partagées, sous peine d’inutilement endiguer les premières : « le *jus cogens* international ne saurait se confondre, substantiellement, avec l’ordre public (ou les ordres publics ?) du droit interne. Il est plus rudimentaire, bien moins tentaculaire, défini différemment, déterminable autrement. Prétendre le contraire, c’est nécessairement réduire l’impérativité à son minimum, en l’alignant sur l’ordre juridique le ‘moins disant’ : en l’espèce : le droit international public » (A. Pellet, « Avant-propos », in L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, *et al.* (dir.), *Les interactions normatives - Droit de l’Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012 ; reproduit in A. Pellet, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, p. 359.

⁴⁶² V. à ce sujet M. Virally, « Réflexions sur le ‘jus cogens’ », *AFDI*, vol. 12, 1966, pp. 7, 11 et 14-15.

européenne que, dans l'affaire *Kadi*, la CJCE a opté pour une mise en oeuvre des hiérarchies axiologiques⁴⁶³. Il est dès lors nécessaire d'insister ici sur la différence entre les deux concepts, afin de préserver les fonctions particulières de chacun.

264. L'autre source de perplexité réside dans la dialectique entre le *jus cogens* et la hiérarchie formelle à la Kelsen (qui inclut, on l'a vu, les hiérarchies substantielles)⁴⁶⁴. En effet, le *jus cogens* ne peut être un élément d'une hiérarchie formelle que si le terme désigne une source particulière du droit international, supérieure à toutes les autres (conventionnelle, coutumière, institutionnelle et unilatérale). En effet, dans la logique kelsenienne, les rapports de validité ne peuvent s'organiser qu'à travers une systématisation des sources formelles. Or, bien qu'on ne conteste plus l'effet de nullité qu'entraîne la contrariété d'un acte juridique avec le *jus cogens*⁴⁶⁵, son statut de source autonome du droit international n'est pas unanimement, ni même majoritairement reconnu⁴⁶⁶. Cette étude n'ambitionne pas à nourrir ce débat. On veut simplement souligner que pour des juges éduqués dans la logique kelsenienne, il n'est pas commode de trancher un problème de validité si les sources ne sont pas hiérarchisées. Par ailleurs, si le *jus cogens* est effectivement une espèce de source coutumière, dans les rapports de système, cette proposition a pour corollaire l'assimilation des deux dans l'ordre interne, solution qui ne paraît ni judicieuse, ni conforme à la réalité⁴⁶⁷. En outre, amputer le *jus cogens* du statut de source formelle est un obstacle à sa connaissance : quels sont véritablement les critères présidant à son existence ? on suppose qu'ils sont identiques à ceux de la coutume, à savoir l'*opinio juris* et la pratique, ce qui n'est pas nécessairement vrai⁴⁶⁸. C'est également un frein à sa reconnaissance dans les ordres internes : les incertitudes entourant sa définition et les analogies avec des concepts internes comme l'ordre public ne sont en effet que le reflet du manque d'autonomie du concept dans l'ordre international.

⁴⁶³ V. *supra*, pars. 220-235 et 244.

⁴⁶⁴ V. *supra*, par. 146.

⁴⁶⁵ Même s'il n'est pas dépourvu de nuances : v. R. Kolb, « Nullité, inapplicabilité ou inexistance d'une norme coutumière contraire au *jus cogens* universel », *RGDIP*, vol. 117, 2013-2, pp. 281-298.

⁴⁶⁶ V. A. Pellet, « Article 38 », in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat et K. Oellers-Frahm (dir.), *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2012, p. 846, par. 284 ; *contra* v. Al. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, OUP, 2009, en partic. pp. 44-48 et 108-111. Pour une discussion nuancée de cette problématique, v. H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014, spéc. pp. 154-164.

⁴⁶⁷ Établir le statut du *jus cogens* dans les ordres internes serait un préalable logique de ces développements, mais l'ampleur de la tâche dépasse certainement le cadre de cette étude. Il n'y a d'ailleurs pas d'étude qui soit consacrée à ce sujet dans son ensemble (bien qu'on trouve des écrits et une pratique sur l'interaction entre le *jus cogens* et le droit des immunités).

⁴⁶⁸ V. H. Thirlway, *The Sources of International Law*, *op. cit.*, note 466.

265. Ceci étant, les juges n'ont pas eu du mal à concevoir la supériorité hiérarchique du *jus cogens*, et à rappeler la nécessaire conformité des actes conventionnels ou institutionnels à celui-ci. On admet ainsi sans difficulté que « le Conseil de sécurité ne [peut] normalement pas déroger au *jus cogens* »⁴⁶⁹, et par la même l'opposabilité du *jus cogens* aux Nations Unies. On admet également que le défaut de conformité entraîne en principe la nullité des actes institutionnels. Rien de surprenant à cela, le raisonnement sous-jacent à l'article 53 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 peut être appliqué par analogie à l'ensemble des actes juridiques internationaux⁴⁷⁰. Cette reconnaissance sans encombre démontre à elle seule la réalité de la hiérarchie normative instaurée par le *jus cogens*.

266. Ces conditions objectives de validité et leurs conséquences sont en effet établies sur le plan international. Mais leur réaffirmation par des juridictions internes n'a pas toujours de répercussions concrètes dans le processus judiciaire, excepté de manière déclamatoire, forme de proclamation de l'attachement à des valeurs universelles et à une certaine conception non contractuelle du droit international. Il n'en va différemment que si l'invocation du *jus cogens* va de pair avec l'affirmation d'une garantie juridictionnelle de la hiérarchie ainsi rappelée. C'est toute la problématique esquissée dans l'arrêt *Kadi* du TPICE⁴⁷¹, qui peut être éclairée par les décisions subséquentes des juridictions suisses relatives aux sanctions ciblées⁴⁷². Si le contrôle juridictionnel relève en principe des chapitres suivants, il nous paraît important d'aborder ici le lien entre le statut supérieur du *jus cogens* dans la hiérarchie des normes et l'affirmation d'un contrôle juridictionnel incident des actes institutionnels. Autrement dit, il faut se demander si la qualité impérative d'une norme invoquée contre les actes institutionnels peut créer un titre de compétence au bénéfice des juridictions internes.

⁴⁶⁹ J. Verhoeven, « Sur les 'bons' et les 'mauvais' emplois du *jus cogens* », *Anuário brasileiro de direito internacional*, vol. 1, 2008, p. 154. V. en ce sens, M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, CDI, 58^e session, 13 avr. 2006, doc. N.U. A/CN.4/L.682, pp. 201-202, pars. 365-367.

⁴⁷⁰ V. CIJ, 3 févr. 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, *Opinion individuelle de M. le juge ad hoc Dugard*, *Rec.*, 2006, p. 88, par. 8.

⁴⁷¹ TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi I*, préc., note 382.

⁴⁷² Suisse, Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour de droit public, 14 nov. 2007, *Nada*, préc., note 454 ; 2^e Cour de droit public, 23 janv. 2008, *Al Dulimi c. Département fédéral de l'économie*, aff. 2A.784/2006 ; 1^{ère} Cour de droit public, 22 avr. 2008, *Ali Ghaleb Himmat c. Département fédéral de l'économie*, aff. 1A.48/2007 (en italien uniquement), reporté dans doc U.N. S/2008/324, p. 41. Avant que la problématique ne soit précisée par ces affaires relatives aux sanctions ciblées, l'argument du *jus cogens* a été opposé aux embargos aériens établis à l'encontre de la Yougoslavie par des règlements de l'Union européenne. Le juge bruxellois a ainsi considéré que « une mesure d'embargo ne peut enfreindre une règle de 'jus cogens' du droit international (...) ». (Cour d'appel Bruxelles, 10 juin 1999, *JAT*, aff. n° 98/KR/528, non publié, disponible sur le site de la cour de cassation belge <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr>).

267. La Cour internationale de justice a résolument dissocié le *jus cogens* et le processus judiciaire : elle a d'abord estimé que la simple invocation d'une norme de *jus cogens* comme droit applicable au fond ne lui conférerait pas une compétence qu'elle ne posséderait pas autrement⁴⁷³. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, elle est allée plus loin dans la disjonction, en affirmant que :

« Une règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application »⁴⁷⁴.

268. Cette position n'incite sans doute pas à une association systématique entre la suprématie du *jus cogens* et l'instauration d'une garantie juridictionnelle de son effectivité. Cependant, il convient de se garder d'une transposition automatique de ces considérations aux juridictions internes. D'abord, parce qu'elles ne sont pas soumises au principe du consentement à la juridiction : les raisons ayant justifié la solution dans *Activités armées* sont donc irrelevantes dans les ordres internes. Plus fondamentalement, la Cour mondiale était invitée, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, à se prononcer sur la possibilité pour des juridictions internes de tirer les conséquences pécuniaires d'une violation, commise plus d'un demi-siècle auparavant, de normes de *jus cogens* et non pas à mettre un terme à une situation continue de violation des normes impératives⁴⁷⁵.

269. Cela dit, les juridictions internes saisies de la question de la compatibilité d'un acte institutionnel qui continue à déployer des effets juridiques au moment du procès, potentiellement au regard du *jus cogens*, est radicalement différente. Si le juge ferme les yeux

⁴⁷³ CIJ, 3 févr. 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, exceptions préliminaires, *Rec.*, 2006, pars. 64 et 125.

⁴⁷⁴ CIJ, 3 févr. 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, *Rec.*, 2012, p. 99, par. 95.

⁴⁷⁵ On peut également souligner que les conséquences en question – le droit à une indemnité civile – ne sont pas forcément inhérentes à la notion de *jus cogens*, en ce sens qu'il n'est pas établi que leur négation heurte de front la norme primaire. Tel n'est pas le cas cependant pour l'obligation de punir les violations de ces normes, situation que la Cour semble avoir préservé (ou réservé ?) d'abord par une contextualisation : « L'affaire *Pinochet* avait en effet trait à l'immunité de juridiction pénale d'un ancien chef d'État devant les tribunaux d'un autre État, et non à l'immunité de l'État lui-même, dans le cadre d'une procédure visant à établir son obligation de réparer des dommages. » (*ibid.*, par. 87), et ensuite par une affirmation : « la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État ; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce. » (*ibid.*, par. 91).

sur la contrariété avec le *jus cogens*, il ouvre la voie à une violation par l'État du for de ces normes fondamentales à travers l'application de la norme institutionnelle. En effet, si une norme institutionnelle est en principe obligatoire, l'État serait dans cette hypothèse tenu de l'appliquer, quand bien même elle serait objectivement contraire au *jus cogens* (hypothèse tout de même peu probable) ou donnerait naissance en pratique à une situation contraire au *jus cogens*⁴⁷⁶. Il suffit d'énoncer la proposition pour en saisir l'absurdité. Ce dilemme cornélien ne peut être dépassé que par l'affirmation, fût-elle unilatérale, de la contrariété de la norme institutionnelle avec le *jus cogens*. En l'absence d'un contrôle juridictionnel centralisé, au plan international, de la compatibilité des actes institutionnels avec le *jus cogens*, contester la validité de cet acte est le seul moyen pour l'État de se libérer de l'obligation de le mettre en œuvre⁴⁷⁷. Les juges internes sont d'autant mieux placés à jouer ce rôle que le raisonnement judiciaire, basé sur la démonstration et le contradictoire, peut convaincre de la justesse d'une position juridique par définition unilatérale. Comme le soulignait Joe Verhoeven « on voit mal qu'il puisse lui [au juge] être interdit de faire d'office (...) application d'une règle d'ordre public. Bien au contraire, il doit en avoir l'obligation, sauf à l'exposer au risque d'être associé à une violation des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Ce qui serait pour le moins paradoxal... »⁴⁷⁸. Bien entendu, un tel contrôle juridictionnel ne résulte jamais dans l'invalidation objective, *erga omnes* de l'acte institutionnel : il y a là une limite infranchissable du contrôle par nature unilatéral d'une juridiction interne, une prolongation dans les rapports de systèmes de l'effet relatif de la chose jugée.

⁴⁷⁶ Comme le soulignait Sir Elihu Lauterpacht, on ne doit pas établir la volonté de violer délibérément le *jus cogens* : « Il n'y a pas lieu d'envisager que le Conseil de sécurité se trouve jamais adopter délibérément une résolution qui ferait ouvertement et directement fi d'une règle du *jus cogens* ou qui prescrirait une violation des droits de l'homme. Mais on ne saurait exclure la possibilité que, par inadvertance ou de façon imprévisible, le Conseil de sécurité adopte une résolution qui aboutirait à une telle situation. » (Sir E. Lauterpacht, Opinion individuelle, préc., note 452, pp. 440-441, par. 102).

⁴⁷⁷ On peut en revanche se poser la question de savoir si la procédure de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1986 pourrait s'appliquer en cas de violation alléguée du *jus cogens* par une norme institutionnelle. Pour rappel, cette disposition organise une forme de juridiction ou conciliation obligatoire lorsque le différend porte sur les articles 53 et 64 de la Convention (à savoir ceux qui prévoient la nullité pour contrariété avec le *jus cogens*).

⁴⁷⁸ J. Verhoeven, « Sur les 'bons' et les 'mauvais' emplois du *jus cogens* », *op. cit.*, note 469, p. 147. L. Condorelli prenait une position similaires : « personne n'a jamais expliqué de manière satisfaisante pourquoi, du fait qu'aucun contrôle de la légalité des décisions du CS n'est organisé au sein du système des Nations Unies, on devrait en déduire qu'un tel contrôle ne pourrait pas être effectué de manière incidente par les juges nationaux (ou par le juge communautaire) du moment où ceux-ci sont appelés à prendre en compte de telles décisions aux fins du règlement d'un différend qui leur est soumis (...) Il est à mon sens loisible de soutenir que, du moment que le contrôle de la légalité des décisions du Conseil de sécurité n'est pas un domaine réservé à la compétence exclusive d'un organe déterminé, il faut alors en inférer que tout juge appelé à faire application d'une de ces décisions, y compris le juge national, doit s'assurer que celle-ci a été valablement émise, tant pour ce qui est des conditions de forme que de fond. » (« Conclusions générales », in SFDI, Journée d'études, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 141).

270. Peut-on voir dans cet exercice une application de la « loi scellienne du dédoublement fonctionnel »⁴⁷⁹ ? Il n'est pas interdit de le considérer ainsi, si ce contrôle vise véritablement « au maintien ou à l'accroissement de la solidarité sociale »⁴⁸⁰ qu'incarne sans doute le *jus cogens*⁴⁸¹. Il faut cependant être conscient qu'un tel point de vue rencontre des objections⁴⁸². Certes, il est difficilement contestable que l'ordre international ne donne pas mandat exprès aux juridictions internes pour faire respecter le droit international, mais est-ce la bonne question ? L'affirmation est généralement valable, qu'il s'agisse de normes conventionnelles ou coutumières. Ce qui n'empêche pas les juridictions internes de (faire) appliquer le droit international dans leur ordres juridiques propres, sans que celui-ci en ressorte diminué ou affecté. Et il ne semble pas non plus que l'ordre international interdise ce contrôle. Car, comme le soulignait en termes clairvoyants Georges Scelle,

« Le contrôle juridictionnel des actes des gouvernants pourra être difficilement ou insuffisamment organisé, en raison de la force dont les gouvernants disposent et de la résistance qu'ils pourront opposer à ce contrôle. Il pourra être difficile, également, parce que sa base sera fréquemment le *détournement de pouvoir*, ou l'abus de compétence, dont l'appréciation est particulièrement délicate pour le juge. Ce sont là des *contingences* d'où pourront résulter des déficiences ou des modalités dans l'organisation du contrôle juridictionnel, mais ce ne sont que des contingences de fait. »⁴⁸³

271. Certes, un constat d'incompatibilité engendre un risque de non respect par un État de son obligation institutionnelle. Mais est-ce tellement inacceptable lorsque c'est une norme de *jus cogens* qui est en jeu ? On peut en douter, d'autant plus que certains auteurs sont prêts à envisager un devoir de désobéissance lorsque l'exécution des obligations internationales conduirait à la violation du *jus cogens*⁴⁸⁴. Alors pourquoi trouve-t-on contestable que ce devoir fût justifié et motivé par une décision juridictionnelle ? On n'a jamais avancé la proposition que l'obligation d'appliquer une résolution du Conseil de sécurité l'emporte sur l'impératif de respecter le *jus cogens*. Certes, en droit positif, la compétence du juge interne pour se prononcer sur la compatibilité des normes institutionnelles avec le *jus cogens* n'est

⁴⁷⁹ V. G. Scelle, « Règles générales droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1932 p. 358 ; v. en ce sens M. Forteau, *op. cit.*, note 445, p. 401 ; P. De Sena et M. C. Vitucci, « The European Courts and the Security Council : Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL*, vol. 20, n° 3, 2009, pp. 889-896.

⁴⁸⁰ G. Scelle, *ibid.*, p. 621.

⁴⁸¹ Car il y a de nombreux exemples de « mauvais usages du *jus cogens* » (v. J. Verhoeven, *op. cit.*, note 469).

⁴⁸² V. J. Crawford, « Chance, Order, Change : The Course of International Law... », *op. cit.*, note 378, p. 180.

⁴⁸³ G. Scelle, *op. cit.*, p. 621 (italiques dans l'original).

⁴⁸⁴ V. J. Crawford, *op. cit.*, note 378, pp. 310-311, par. 550 ; plus largement, A. Tzanakopoulos considère que les États ont le droit de ne pas appliquer les décisions du CSNU, si elles sont *ultra vires* ; l'auteur range les réactions des États, dont les décisions de leurs juridictions internes, dans la catégorie des contre-mesures (v. *Disobeying the Security Council*, Oxford, OUP, 2011, pp. 157-191 et 201-203 pour les conclusions).

pas établie, en ce sens qu'elle n'est ni affirmée par un texte obligatoire, ni confirmée par la jurisprudence. Mais doit-on l'exclure d'emblée et sans nuances ? La solution serait pour le moins inopportune. Et si on dit souvent que « [c]'est avoir tort que d'avoir raison trop tôt »⁴⁸⁵, on ne peut s'empêcher de considérer que le contrôle incident des actes internationaux par rapport au *jus cogens* fait partie des domaines où le droit est appelé à évoluer, à moins de condamner en effet ce concept à rester une voiture de luxe qui ne quitte pas le garage⁴⁸⁶.

272. Tel est d'ailleurs le cœur du raisonnement du TPICE dans son arrêt *Kadi I* de 2005 :

« 226 Le Tribunal est néanmoins habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger. (...)

230 Le droit international permet ainsi de considérer qu'il existe une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité : elles doivent respecter les dispositions péremptoires fondamentales du *jus cogens*. Dans le cas contraire, aussi improbable soit-il, elles ne lieraient pas les États membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté.

231 Le contrôle juridictionnel incident exercé par le Tribunal (...) peut donc très exceptionnellement s'étendre à la vérification du respect des règles supérieures du droit international relevant du *jus cogens* et, notamment, des normes impératives visant à la protection universelle des droits de l'homme, auxquelles ni les États membres ni les instances de l'ONU ne peuvent déroger parce qu'elles constituent des 'principes intransgressibles du droit international coutumier' (avis consultatif de la Cour internationale de justice du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.*, 1996, p. 226, point 79 ; voir également, en ce sens, conclusions de l'avocat général M. Jacobs sous l'arrêt *Bosphorus*, point 189 supra, point 65) »⁴⁸⁷.

273. Et pourtant c'est le point qui fit l'objet des critiques les plus nombreuses et les plus mordantes. Ainsi, pour ne citer que la chronique de Denys Simon et Flavien Mariatte, le contrôle incident par rapport au *jus cogens* « repose [selon les auteurs] sur une contradiction logique : ou le Tribunal est, comme il l'affirmait lui-même, incompetent dans la sphère de sa juridiction pour se prononcer sur la légalité des décisions du Conseil de sécurité, et alors cette incompetence de principe vaut quelle que soit la norme de référence invoquée, qu'il s'agisse du respect du *jus cogens* ou de la conformité des résolutions à la Charte elle-même »⁴⁸⁸. Mais

⁴⁸⁵ M. Yourcenar, *Mémoires d'Hadrien*, éd. Gallimard, coll. Folio, 1974, p. 97.

⁴⁸⁶ Selon la célèbre formule de Ian Brownlie in A. Cassese and J. Weiler (dir.), *Change and Stability in International Law Making*, Berlin, de Gruyter, 1988, p. 110.

⁴⁸⁷ TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi I*, préc., note 382, pars. 226 et 230-231.

⁴⁸⁸ D. Simon et F. Mariatte, « Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international ? - À propos des arrêts Yusuf, Al Barakaat International Foundation et Kadi du 21 septembre 2005 », *Europe*, n° 12, déc. 2005, par. 21.

la contradiction logique n'est pas si évidente : on vient en effet d'énumérer des justifications de la compétence d'une juridiction interne à exercer le contrôle incident de la conformité au *jus cogens*. On suspecte cependant que la méfiance française à l'égard du *jus cogens* ne soit pas complètement étrangère à la charge contre l'activisme internationaliste du Tribunal : « les dispositions relatives au *jus cogens* ne procèdent en aucun cas de la codification du droit des traités, mais du 'développement progressif', et [n'ont] donc aucune portée obligatoire en dehors de sa reconnaissance conventionnelle » – écrivent ces auteurs⁴⁸⁹. Le concept existe néanmoins bel et bien aujourd'hui, et son existence s'émancipe de sa matrice conventionnelle.

274. Quoi qu'il en soit, dans son arrêt de 2008, la CJCE a écarté la possibilité d'un contrôle, fût-il incident :

« 287 S'agissant plus particulièrement d'un acte communautaire qui, tel le règlement litigieux, vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, il n'incombe donc pas au juge communautaire, dans le cadre de la compétence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de contrôler la légalité d'une telle résolution adoptée par cet organe international, ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cette résolution avec le *jus cogens* »⁴⁹⁰.

275. Très paradoxalement, personne ne trouve rien à redire lorsque le juge fonde cette compétence dans une disposition constitutionnelle interne, comme c'est le cas du juge suisse, qui, en raison de l'incorporation automatique des actes institutionnels dans la hiérarchie interne, doit en réalité appliquer les règles de conflit du droit international. Sur le fond, ses prononcés sont parfaitement identiques à ceux du Tribunal de première instance :

« la limite de l'obligation d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité est le *jus cogens* obligatoire pour tous les sujets du droit international. Il faut donc vérifier si les sanctions du Conseil de sécurité violent le *jus cogens*. »⁴⁹¹

276. En revanche, on peut accepter que, s'agissant du *jus cogens*, de nombreux problèmes d'application subsistent, à commencer par celui de la définition des normes qui en font partie (ou des critères de l'appartenance à cette catégorie, si on réfléchit en termes de source formelle⁴⁹²). Et c'est sur ce point que le TPICE a été passablement excentrique, à la fois dans sa méthode – dans la mesure où il n'a pas recherché une reconnaissance internationale de

⁴⁸⁹ D. Simon et F. Mariatte, *ibid.*

⁴⁹⁰ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, par. 287.

⁴⁹¹ Suisse, Tribunal fédéral, *Nada c. Département d'État à l'économie*, préc., note 472, p. 348, par. 7. V. aussi 23 janv. 2008, *Al Dulimi*, préc., note 304, par. 8.4 ; 22 avr. 2008, *Ali Ghaleb Himmat*, préc., note 472, par. 7.3.

⁴⁹² V. *supra*, par. 264. Pour des exemples de qualifications discutables, v. J. Crawford, « Chance, Order, Change : The Course of International Law... », *op. cit.*, note 378, pp. 272-273, par. 487.

l'appartenance des normes invoquées à la catégorie *jus cogens* – et sur le fond, car il a laissé entendre que l'ensemble des droits fondamentaux en ferait partie⁴⁹³. Les juridictions suisses se sont en revanche montrées plus circonspectes. Elles ont d'abord recherché des qualifications sur le plan international. À défaut de jurisprudence concluante, elles se sont reportées sur les écrits des publicistes les plus autorisés, solution insatisfaisante en soi, il faut bien en convenir :

« L'article 53 CV ne contient pas d'exemple de normes impératives de droit international général (Rapport de la Commission du droit international, Commentaire ad art. 50, Annuaire de la Commission du droit international 1966 II, p 269 s.). Les mots 'par la communauté internationale des États dans son ensemble' ne permettent pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des États. Il suffit d'une très large majorité. A titre d'exemple, on cite généralement les normes ayant trait à l'interdiction du recours à la force, de l'esclavage, du génocide, de la piraterie, des traités inégaux et de la discrimination raciale (Eric Suy, op. cit., n° 12 ad art. 53 CV, p. 1912 ; Nguyen Quoc Dinh/Patrick Daillier/Alain Pellet, Droit international public, 7^{ème} éd., LGDJ 2002, n° 127, p. 205 ss ; Joe Verhoeven, Droit international public, Larcier 2000, p. 341 ss).

Cette liste d'exemples ne comprend pas les droits tirés des articles 14 Pacte ONU II et 6 CEDH, dont se prévaut le recourant. Leur simple reconnaissance par le Pacte international sur les droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme ne leur confère pas encore le caractère de norme impérative du droit international général. Il résulte en outre des travaux à l'origine de l'article 53 CV et de la lettre de cette disposition qu'on ne saurait en principe concevoir un *jus cogens* régional (Eric Suy, op. cit., n° 9 ad art. 53 CV, p. 1910 ; le sujet est controversé en doctrine, v. notamment : Eva Kornicker, *Ius cogens und Umweltvölkerrecht*, Thèse Bâle 1997, p. 62 ss et les nombreuses références citées). »⁴⁹⁴

Elles en ont conclu :

« Par conséquent, contrairement à ce qu'affirme le recourant, ni les garanties fondamentales de procédure, ni le droit de recours effectif des articles 6 et 13 CEDH et 14 Pacte ONU II, ne revêtent pour eux-mêmes le caractère de normes impératives de droit international général (*jus cogens*) (...). »⁴⁹⁵

277. Dans le cas des sanctions ciblées, le *jus cogens* n'était en effet d'aucun recours pour la préservation des droits fondamentaux en jeu. Peter Hilpold est d'ailleurs d'avis que « *recourse to the concept of jus cogens was taken in order to justify a balancing of interests: the interests of the subjects targeted by sanctions, against the interests of security both within the Community and on a worldwide scale. On this basis it was no surprise that in no case*

⁴⁹³ TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi I*, préc., note 382, pars. 235, 238, 242.

⁴⁹⁴ Suisse, Tribunal fédéral, 23 janv 2008, *Al Dulimi*, préc., note 304, par. 8.2.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, par. 8.4.

could a violation of fundamental rights strong enough to justify the annulment of the contested EC acts be found »⁴⁹⁶. La Cour a préféré une autre pondération des valeurs⁴⁹⁷.

278. Cependant, le raisonnement constitutionnel ne prospère pas toujours, en particulier si les juges internes ne s'estiment pas compétents pour assurer la suprématie de la constitution. C'est vraisemblablement le cas dans l'ordre juridique suisse, puisque le Tribunal fédéral a considéré que :

« Quant aux droits garantis par les articles 29 ss Cst., il s'agit de droit national qui ne saurait constituer du *jus cogens* et faire obstacle à la mise en oeuvre par la Suisse de la résolution 1483(2003) »⁴⁹⁸.

279. La situation est d'autant plus problématique dans cet État que l'incorporation automatique du droit international et de ses normes de conflit rend pleinement efficace l'article 103 de la Charte. Dès lors, seul le *jus cogens* peut faire obstacle à la primauté dont jouissent les résolutions du Conseil de sécurité sur cette base. En effet, comme le remarquait le juge ad hoc Elihu Lauterpacht,

« Dans le *jus cogens*, la norme impérative relève d'une catégorie qui l'emporte à la fois sur le droit international coutumier et sur le droit conventionnel. La solution que l'article 103 de la Charte offre au Conseil de sécurité en cas de conflit entre une de ses décisions et une obligation conventionnelle en vigueur – du point de vue de la simple hiérarchie des normes – ne peut aller jusqu'au point où une résolution du Conseil de sécurité entrerait en conflit avec le *jus cogens* »⁴⁹⁹.

§ 2. *L'article 103 de la Charte des Nations Unies : une primauté ébranlée ?*

280. L'article 103 de la Charte dispose, en termes dépourvus de toute ambiguïté, que :

« En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

⁴⁹⁶ P. Hilpold, « UN Sanctions Before the ECJ : the Kadi Case », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, p. 30.

⁴⁹⁷ V. *supra*, pars. 220-230.

⁴⁹⁸ Suisse, Tribunal fédéral, 23 janv 2008, *Al Dulimi*, préc., note 304, par. 8.4. L'article 29 et ss. de la Constitution fédérale de la Suisse porte sur les « Garanties générales de procédure » et sur la « Garantie de l'accès au juge ».

⁴⁹⁹ CIJ, 13 sept. 1993, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, ord. en indication de mesures conservatoires, opinion individuelle de M. Lauterpacht, *Rec.*, 1993, p. 440, par. 100.

281. De par sa nature, cette disposition s'analyse comme une clause conventionnelle de conflits de normes. Cependant, sa singularité réside ailleurs⁵⁰⁰. En effet, c'est sa portée absolue qui en fait une disposition extraordinaire, et « explique que l'on qualifie parfois la Charte de véritable 'constitution' de la société internationale »⁵⁰¹. La primauté ainsi organisée est inconditionnelle, à la fois d'un point de vue matériel et temporel, et semble s'affranchir du principe de l'effet relatif des traités, pour autant qu'elle s'impose dans les relations entre des États membres et des tiers⁵⁰². En revanche, la doctrine est quasi-unanime à souligner, qu'à la différence de la supériorité du traité constitutif sur les actes dérivés, ainsi que de celle du *jus cogens*, l'article 103 n'a pas pour effet d'invalider les normes internationales contraires⁵⁰³. Comme le souligne le *Rapport Koskenniemi*, « mieux vaut considérer l'Article 103 comme un moyen d'assurer l'exécution effective des obligations en vertu de la Charte que comme un moyen d'abolir d'autres régimes conventionnels (...) »⁵⁰⁴.

282. Il est par ailleurs généralement admis que les décisions obligatoires des organes de l'ONU, et en particulier celles du Conseil de sécurité adoptées en vertu du chapitre VII, bénéficient de la primauté prévue à l'article 103⁵⁰⁵. Du reste, si incertitude il y avait à ce sujet, la CIJ l'a dissipée par son ordonnance en indication de mesures conservatoires dans l'affaire de l'attentat de Lockerbie :

« Considérant que la Libye et les États-Unis, en tant que Membres de l'organisation des Nations Unies, sont dans l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'article 25 de la Charte ; que la Cour (...) estime que *prima facie* cette obligation s'étend à la décision contenue dans la résolution 748 (1992) ; et que, conformément à l'article 103 de la Charte, les obligations des Parties à cet égard prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international, y compris la convention de Montréal »⁵⁰⁶.

⁵⁰⁰ Pour d'autres exemples de pareilles clauses, v. J.-M. Thouvenin, « Article 103 », in J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau, *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, 3^e éd., t. 2, Paris, Economica, 2005, pp. 2133-2134.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² Pour une discussion nuancée, v. *ibid.*, pp. 2136-2140. L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités en prend la pleine mesure, puisqu'il préserve la primauté prévue à l'article 103 des règles de conflit de normes qu'il énumère : « Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants ».

⁵⁰³ Pour une discussion des diverses positions doctrinales, v. Rapport M. Koskenniemi, préc., note 469, pars. 333-340.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, par. 335.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, pars. 331-332.

⁵⁰⁶ CIJ, ord. 14 avr. 1992, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, *Rec.*, 1992, p. 126, par. 42. V. aussi CIJ, 26 nov. 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) (Compétence de la Cour et recevabilité de la requête)*, *Rec.*, 1984, p. 440, par. 107.

283. Cet état du droit, passablement simple si on se fie au tableau schématique dressé dans les paragraphes antérieurs, est bousculé par l'arrêt *Kadi I* de la CJCE de 2008. Et quoi de mieux que quelques quatrains inspirés pour résumer la teneur de ce bouleversement ? Surtout si le versificateur est également un internationaliste réputé :

« *While wandering through a wadi
in the wastes of Saudi
I came across Mr Kadi
cracking rather hardy.*

*I said 'you must feel blue
at what they've done to you';
he said to me 'that's true,
but I've got the CJEU,*

*lacking whose authority
the P5 sorority
are now a small minority,
who've lost their old priority.'*

*And so went Mr Kadi
wandering down his wadi:
'it's all because of me;
I killed Article 103!' »⁵⁰⁷*

284. L'arrêt 2008 a-t-il effectivement porté un coup fatal à l'article 103 de la Charte ? En lui-même, le raisonnement de la CJCE marque une certaine déférence à l'égard de la primauté des obligations onusiennes. D'aucuns diraient que la Cour leur « *pay lip service* », la sophistication du raisonnement, qui alterne autarcie systémique et ouverture à l'ordre onusien⁵⁰⁸, n'étant qu'un voile destiné à masquer la défiance au regard des mécanismes décisionnels du CSNU. Force est néanmoins d'admettre qu'en 2008, la Cour a trouvé les moyens de concilier le respect des droits fondamentaux et l'efficacité des résolutions. Mais, en écartant l'opérativité de l'article 103 comme norme de conflit dans les ordres internes (A.), et en affirmant la compétence et même le devoir pour les juges de contrôler les mesures de mise en œuvre des résolutions du CSNU (B.), elle a ouvert une brèche dans la force monolithique de l'article 103, qui n'a eu de cesse de s'élargir depuis, sous l'effet combiné de plusieurs décisions des juridictions internes et de la Cour de Strasbourg.

⁵⁰⁷ J. Crawford, *Mr. Kadi and Article 103 (A Poem)*, disponible en ligne : <http://www.ejiltalk.org/mr-kadi-and-article-103-by-james-crawford-a-poem/>.

⁵⁰⁸ V. *supra*, pars. 222-235.

A. La neutralisation progressive de l'article 103 comme norme de conflit dans l'ordre interne

285. L'article 103 de la Charte n'est pas une norme de conflit entre les obligations de la Charte et le droit interne, hormis l'hypothèse où les règles internationales de conflit ont été incorporées d'une manière générale dans l'ordre interne, ce qui n'est le cas que pour l'ordre juridique suisse⁵⁰⁹. Par l'effet combiné du principe de primauté du droit international et de l'article 103, le Tribunal fédéral s'est prononcée en faveur d'une primauté quasi-absolue des résolutions (excepté le *jus cogens*⁵¹⁰) :

« 5.1. Les obligations des États membres conformément à la charte n'ont pas seulement une priorité sur le droit national des États membres, mais conformément à art. 103 de la charte, cette priorité s'étend aussi aux obligations découlant d'autres conventions internationales. Cela vaut, d'après la jurisprudence de la Cour internationale de justice, pour toutes les conventions bilatérales, régionales et multilatérales des (Arrêt du 26 novembre 1984, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, CIJ, Recueil 1984 P. 392 FF., en particulier P. 440 numéros de paragraphe. 107) (...).

5.2. Cette supériorité n'appartient pas seulement à la charte elle-même, mais s'applique aussi aux obligations résultant d'une résolution du conseil de sécurité obligatoire pour les États membres »⁵¹¹.

286. Cette primauté a été consacrée à la fois à l'égard des dispositions de la CvEDH⁵¹², une convention régionale donc, et du Pacte relatif au droits civils et politiques de 1966⁵¹³. En effet, si on considère les rapports entre les obligations de la Charte et les autres sources de droit international, force est d'admettre que les premières prévalent sur l'ensemble des conventions, quel qu'en soit la matière. La Cour suprême britannique a ainsi écarté sans appel l'argument du caractère spécial des conventions relatives aux droits humains :

« *Emphasis has often been laid on the special character of the European Convention as a human rights instrument. But the reference in article 103 to any other international agreement leaves no room for any excepted category, and such appears to be the consensus of learned opinion. The decisions of the International Court of Justice (...) give no warrant for drawing any distinction save where an obligation is jus cogens (...).* »⁵¹⁴

⁵⁰⁹ V. *supra*, par. 278.

⁵¹⁰ V. *supra*, par. 266. Les juges suisses ne se sont pas prononcées sur le conflit entre décisions du CSNU et les règles coutumières.

⁵¹¹ Suisse, Tribunal fédéral, *Nada c. Département d'État à l'économie*, préc., note 472, par. 5.1-5.2. Confirmé par Tribunal fédéral, 22 avr. 2008, *Ali Ghaleb Himmat*, préc., note 472.

⁵¹² *Ibid*, par. 5.5.

⁵¹³ Suisse, Tribunal fédéral, 23 janv. 2008, *Al Dulimi*, préc., note 304.

⁵¹⁴ Royaume-Uni, Chambre des Lords, 12 déc. 2007, *Al-Jedda*, préc., note 239, par. 35.

287. Les juridictions suisses sont ainsi piégées dans les jeux de la hiérarchie internationale et ne peuvent s'abriter derrière la séparation des ordres juridiques pour minimiser l'impact de l'article 103. S'il s'agit de rester dans la logique formelle et des conflits entre sources, il ne reste que l'argument de l'absence de primauté des obligations de la Charte sur les règles coutumières (étant entendu que les droits qu'on entend protéger de l'effet de l'article 103, comme le droit de propriété et le droit à un recours effectif, ne sont pas du *jus cogens*⁵¹⁵). Mais la jurisprudence internationale n'a pas résolu la question de la primauté des obligations de la Charte sur le droit coutumier et la doctrine est plus que divisée sur le sujet⁵¹⁶ ; il y a fort à parier que les juges internes seraient embarrassés à traiter le conflit en partant de ces bases incertaines. En effet c'est une chose d'affirmer que le Conseil de sécurité est tenu de respecter les obligations coutumières, dont celles relatives aux droits humains⁵¹⁷, c'en est une autre de considérer que ses décisions sont privées d'effet pour cause de contrariété avec la coutume. Sans oublier que les juridictions internes pourront toujours tirer argument des particularités de leur ordre interne – comme l'absence d'effet direct des normes coutumières qui rend impossible leur invocabilité par le requérant, ou encore du fait que dans la hiérarchie interne des normes, la coutume occupe une place inférieure aux traités – pour refuser de trancher un conflit entre des résolutions de CSNU et des normes coutumières.

288. Il faut cependant préciser que les décisions suisses précitées datent d'une époque antérieure aux condamnations par la CrEDH de la Confédération helvétique, pour violation de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mise en œuvre des sanctions ciblées du CSNU⁵¹⁸. Reste à savoir si, à la suite de ces décisions, les juridictions internes vont s'en tenir aux règles de conflit dégagées auparavant. Si tel est le cas, elles prendraient le risque de condamnations récurrentes, une hypothèse aussi insatisfaisante que banale après tout, si on considère que l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵¹⁹ rappelle que la

⁵¹⁵ *Contra*, v. E. de Wet, « The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Powers of the Security Council : A Principled View », in E. de Wet et A. Nollkaemper (dir.), *Review of the Security Council by Member States*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 19-23.

⁵¹⁶ V. J. Pauwelyn, *Conflict of norms in public international law : how WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge, CUP, 2003, pp. 340-341 ; et R. Bernhardt, « Article 103 », in B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte et A. Paulus (dir.), *The Charter of the United Nations A Commentary*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2012, pp. 2132-2133, pars. 66-69.

⁵¹⁷ V. *supra*, chapitre 5, pars. 106 et s.

⁵¹⁸ V. CrEDH, Grde. Ch., 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08 ; et 2^e sect., 26 nov. 2013, *Al Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08.

⁵¹⁹ V. art. 30, par. 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui prévoit : « 5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice (...) de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité. »

responsabilité des États peut être recherchée pour non-respect d'engagements qui demeurent valides et qui n'ont pas été respectés en raison d'un conflit de normes. Cependant, la situation devient inextricable si la responsabilité se traduit non pas par une forme d'indemnisation, mais par une obligation de remise des choses en l'état, car celle-ci équivaut à demander aux États de ne pas exécuter les décisions du CSNU⁵²⁰.

289. En revanche, les autres juridictions nationales et la CJUE ont écarté l'opérativité de l'article 103 à l'égard des normes internes. En bref, en tant que norme externe, l'article 103 de la Charte ne peut pas influencer la hiérarchie formelle de l'ordre interne. Ainsi, la Cour suprême britannique s'est-elle livrée à une interprétation de l'article 103⁵²¹ pour conclure que :

« *As article 103 is concerned only with treaty obligations between member states it says nothing about the relationship between the Charter and the rights and freedoms of individuals in domestic law.* »⁵²²

290. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la Cour a écarté l'opérativité de l'article 103 de la Charte⁵²³ : si elle envisage une hypothétique incorporation des résolutions dans l'ordre européen, elle précise que seul l'article 216, paragraphe 2, TFUE peut servir de norme de réception, ce qui, en termes hiérarchiques, signifie que « la charte des Nations unies (...) bénéficierait de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé »⁵²⁴.

291. La Cour a ainsi censuré le raisonnement du Tribunal, par lequel il avait considéré que la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique de l'Union était affectée par l'article 351, alinéa 1 TFUE (ancien article 307 TCE)⁵²⁵, qui aurait introduit par ricochet la règle de la

⁵²⁰ V. CrEDH, 2^e sect., 26 nov. 2013, *Al Dulimi*, préc., note 518.

⁵²¹ En pure logique positiviste, l'argument est surabondant et même contradictoire : en effet, la pyramide des normes relève de l'autonomie constitutionnelle. Or, dans la mesure où l'ordre britannique n'accepte pas l'incorporation automatique des obligations de la Charte, les résolutions ne sont pas intégrées dans la hiérarchie interne. *Ergo*, aucun problème de conflit ne se pose en théorie.

⁵²² Royaume-Uni, Cour suprême, 4 févr. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2 & 5, UKSC 2009/0016, par. 11 (Lord Hope, avec l'assentiment de Lord Walker et de Lady Hale).

⁵²³ L'article 103 de la Charte a été invoquée à la fois pour situer les résolutions au sommet de la hiérarchie des normes (européennes) et pour justifier l'immunité juridictionnelle des actes de mise en œuvre. Sur la portée de l'article 103 de la Charte, v. R. Liivoja, « The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter », *ICLQ*, vol. 57, n° 3, 2008 pp 583-612 ; A. Toublanc, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, vol. 108, n° 2, pp. 439-462). Sur le contournement, par la Cour, des arguments fondés sur l'article 103, v., *inter alia*, P. d'Argent, « Arrêt 'Kadi' : le droit communautaire comme droit interne », *Journal de droit européen*, 2008, p. 266).

⁵²⁴ CJCE, *Kadi I*, par. 307. L'article 216, par. 2 TFUE (ex-art. 300, par. 7 CE) prévoit que les accords conclus selon les conditions fixées à cet article lient les institutions de la Communauté et les États membres.

⁵²⁵ Cette disposition prévoie que : « Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les

primauté de la Charte. Mais l'article 351 TFUE ne saurait être considéré comme un article relatif à la hiérarchie des normes dans l'ordre européen. Comme la Cour l'a précisé dans une autre décision de Grande Chambre, l'article 351 « vise à permettre aux États membres concernés d'observer les engagements qui leur incombent en vertu d'une convention antérieure, *sans pour autant lier l'Union à l'égard des États tiers parties à cette convention* »⁵²⁶. Cette disposition n'est qu'un mécanisme conventionnel de coordination entre les obligations internationales et européennes des États membres. Par conséquent, son invocation dans l'affaire *Kadi I*⁵²⁷ à l'appui de la légalité d'un acte des institutions, et aux fins de faire prévaloir une résolution du Conseil de sécurité sur les principes généraux de droit européens, n'allait pas de soi. Comme l'observait E. Cannizzaro :

*« [W]hereas the Member States may invoke their obligation under the UN Charter in order to justify conduct inconsistent with the EC Treaty, it is highly doubtful that the EC can invoke obligations of the Member States in order to override limits on its actions established by the EC Treaty. »*⁵²⁸

Dans l'affaire *Kadi*, la Cour étant saisie d'une question de légalité d'un acte de l'Union et non pas de licéité des mesures des États membres, l'article 351 TFUE n'avait pas de rôle à jouer.

292. Mais la Cour n'a guère expliqué en quoi l'article 103 de la Charte était formellement pertinent pour l'ordre juridique de l'Union, dans la mesure où elle n'a pas abordé la question de l'effet obligatoire des résolutions à l'égard de l'UE⁵²⁹. Dès lors, l'assurance donnée qu'« un éventuel arrêt d'une juridiction communautaire par lequel il serait décidé qu'un acte communautaire visant à mettre en œuvre une telle résolution est contraire à une norme supérieure relevant de l'ordre juridique communautaire n'impliquerait pas une remise en cause de la primauté de cette résolution au plan du droit international »⁵³⁰ semble dépourvue d'objet. La Cour prêche ici une primauté de pacotille, puisque l'efficacité des résolutions ne repose pas sur une hypothétique mise en œuvre de la responsabilité internationale des États en cas de violation, mais sur leur application au quotidien par l'ordre interne. Comme l'a souligné le Tribunal dans *Kadi II*, « un tel arrêt, aux termes duquel l'acte communautaire en

dispositions des traités. ». Pour le raisonnement du Tribunal, v. 21 sept. 2005, *Kadi I*, préc., note 382, spéc. pars. 191-195.

⁵²⁶ CJUE, Grde. Ch., 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, *Rec.*, 2011, p. I-13755, par. 61.

⁵²⁷ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, pars. 301 et 304.

⁵²⁸ E. Cannizzaro, « A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law », *International Organizations Law Review*, vol. 3, n° 2, 2006, p. 189.

⁵²⁹ V. *supra*, chapitre 1, pars. 144 et s.

⁵³⁰ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, par. 288.

question serait annulé, aurait nécessairement pour conséquence de rendre cette primauté inopérante dans l'ordre juridique communautaire »⁵³¹. Il est vrai cependant que la Cour a jusqu'ici préservé l'efficacité interne des sanctions onusiennes, en mettant des obligations supplémentaires à la charge des institutions et, par ricochet, des États⁵³².

293. Il n'a pas échappé aux juridictions internes que, suivant la logique formelle, la Cour de Luxembourg pouvait aisément ne pas reconnaître d'effet à l'article 103 : « *The ECJ was not faced in Kadi v Council of the European Union with the problem that article 103 of the UN Charter gives rise to in member states in international law, as the institutions of the European Community are not party to the UN Charter* »⁵³³. Est-ce dire que du point de vue des juridictions nationales, l'obligation de mettre en œuvre les résolutions, par le biais d'actes nationaux, l'emporterait sur les obligations du droit de l'Union et autres conventions internationales ? Est-ce dire que la CJUE et la CrEDH acceptent que l'obligation de mettre en œuvre les résolutions soit, pour les États, une cause de dérogation aux obligations européennes ? La réponse positive est de moins en moins assurée, ce qui démontre l'érosion progressive de l'effet de l'article 103 de la Charte.

B. Les États piégés au cœur des relations triangulaires

294. Quel serait l'effet de l'article 351 TFUE si la CJUE était saisie de la compatibilité avec le droit de l'Union d'un acte interne de mise en œuvre des résolutions ? On pensait que la réponse avait déjà été fournie par l'affaire *Centro-Com*. Dans cette affaire, les sanctions onusiennes à l'encontre de l'ex-Yougoslavie, notamment l'embargo sur toute une série de marchandises, avaient été mises en œuvre par le biais des règlements communautaires. Cependant, les États membres continuaient à exercer une compétence résiduelle. Dans ce contexte, le Royaume-Uni avait modifié les conditions de paiement, par les banques britanniques, des exportations de matériel médical, autorisées par le comité des sanctions, en exigeant que ces exportations aient lieu à partir de son territoire du Royaume-Uni. La société *Centro-Com* ayant effectué des exportations depuis l'Italie, elle s'est vu refuser le paiement par prélèvement sur un compte yougoslave détenu par une banque britannique. C'est dans ce

⁵³¹ TPIUE, 30 sept. 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission européenne (Kadi II)*, aff. T-85/09, *Rec.*, 2010, p. II-5177, par. 118.

⁵³² V. *supra*, par. 234 et *infra*, par. 294 et s..

⁵³³ Royaume-Uni, Cour suprême, 4 févr. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 522, par. 71, v. aussi par. 203.

contexte que la cour d'appel avait posé une question préjudicielle à la CJCE sur la compatibilité de la réglementation de paiement avec le principe de libre circulation et avec le règlement communautaire de sanctions. Le juge de première instance partait du postulat que les obligations onusiennes l'emporteraient en tout cas sur le droit communautaire :

« The first matter is that of a possible conflict between Community law, as applicable in the United Kingdom, and United Nations obligations as implemented by statute in the United Kingdom. For the reasons we have given, it is our view that there is no such conflict here. However, central to our reasoning is the commitment of the United Kingdom effectively to apply both U.N. and Community sanctions through the medium of section 1 of the 1946 Act and the 1992 Order. The two regimes have much common ground. If there were a conflict between them in the circumstances of this case, it looks, save for some uncertainty about Article 30, as if the 1992 Order, as a domestic embodiment of the United Kingdom's obligations under the United Nations Charter, would prevail.

*Article 103 of the United Nations Charter provides that in the event of conflict between the Members of the United Nations under the Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the Charter are to prevail. »*⁵³⁴

295. La Cour de Justice n'avait à l'époque pas censuré cette approche, bien qu'elle l'encadrât fortement, en précisant que toute mesure contraire au droit communautaire primaire devait être strictement nécessaire à la bonne exécution des obligations onusiennes :

« Il convient d'ailleurs de rappeler que, lorsqu'une convention internationale permet à un État membre de prendre une mesure qui apparaît contraire au droit communautaire, sans toutefois l'y obliger, l'État membre doit s'abstenir d'adopter une telle mesure (...).

*Il y a donc lieu de répondre que des mesures nationales qui s'avèrent contraires à la politique commerciale commune prévue à l'article 113 du traité et aux règlements communautaires mettant en oeuvre cette politique ne sont justifiées au regard de l'article 234 du traité [actuel 351 TFUE] que si elles sont nécessaires pour assurer l'exécution par l'État membre concerné d'obligations envers des pays tiers résultant d'une convention conclue antérieurement à l'entrée en vigueur du traité ou à l'adhésion de cet État membre »*⁵³⁵.

296. La Cour ne remet pas en cause cette jurisprudence dans *Kadi I*⁵³⁶, mais la précise, en déniaut aux États membres toute possibilité de s'affranchir des PGD propres à l'ordre européen au nom du respect des résolutions⁵³⁷. L'article 351 ne signifie en effet pas qu'en cas d'annulation de l'acte européen, les États membres retrouvent une liberté d'action absolue.

⁵³⁴ Royaume-Uni, High Court of Justice, 6 sept. 1993, *Regina v. HMT ex parte Centro-Com*, 1993 WL 965816 (QBD), par. 90-91.

⁵³⁵ CJCE, 14 janv. 1997, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl c. HM Treasury et Bank of England*, aff. C-124/95, *Rec.*, p. I-81, par. 60-61.

⁵³⁶ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, préc., note 251, par. 301.

⁵³⁷ *Ibid.*, par. 304.

Dans la mesure où la mise en œuvre des sanctions ciblées est intégrée dans le champ de compétence de l'UE, les États membres sont soumis aux mêmes règles de protection des droits fondamentaux que les institutions de l'UE elles-mêmes. Par conséquent, en cas d'annulation d'un acte européen d'exécution des sanctions, au motif qu'il viole les droits fondamentaux, « les États membres ne pourraient pas adopter ces mêmes mesures sans méconnaître, pour autant que ces mesures relèvent du champ d'application du droit communautaire, les droits fondamentaux protégés par la Cour »⁵³⁸. C'est donc à ces derniers qu'il incombe d'assumer « la responsabilité de minimiser le risque de conflit entre l'ordre juridique communautaire et le droit international »⁵³⁹.

297. Dans le même esprit, la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg considère qu'il appartient aux États de trouver les moyens de concilier leur obligations onusiennes et celles relevant de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle se réfère explicitement à la décision *Kadi* de 2008, pour conclure que la mise en place d'un recours effectif ne porte pas atteinte à la primauté des résolutions, dans la mesure où il n'est pas interdit par celles-ci :

« La Cour rappelle également que la CJCE a estimé que 'les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations Unies n'impliqu[ai]ent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations Unies' (...). La Cour estime que ce raisonnement doit s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la présente affaire, plus précisément pour ce qui est du contrôle de la conformité de l'ordonnance sur les Taliban avec la Convention par les instances suisses. Elle estime de surcroît qu'aucun élément dans les résolutions du Conseil de sécurité n'empêchait les autorités suisses de mettre en place des mécanismes de vérification des mesures prises au niveau national en application de ces résolutions. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le requérant n'a eu à sa disposition aucun moyen effectif de demander la radiation de son nom de la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban et, dès lors, de faire remédier aux violations de la Convention qu'il dénonçait (...). »⁵⁴⁰

298. L'arrêt *Kadi*, comme l'arrêt *Nada*, repose un effet sur le présupposé que les États bénéficient d'une marge de manœuvre qui leur permet à la fois d'exécuter leurs obligations onusiennes et de garantir les droits fondamentaux aux personnes faisant l'objet de sanctions ciblées. Même si, dans l'état du droit au moment du prononcé de l'arrêt, la réalité de cette marge se dérobaît à l'appréhension, les institutions ont su (dû...) inventer des modalités pour

⁵³⁸ Concls. M. Poiars Maduro sous CJCE *Kadi I*, préc., note 379, par. 30.

⁵³⁹ *Ibid.*, par. 32.

⁵⁴⁰ V. CrEDH, Grde. Ch., 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, préc., note 518, pars. 212-213.

répondre aux exigences procédurales mises en évidence par les décisions des juridictions européennes. Pendant le temps de l'adaptation des procédures, les États n'en restaient pas moins en conformité avec les résolutions, soit du fait de la suspension de l'effet de l'annulation judiciaire (hypothèse dans *Kadi I*), soit simplement parce qu'au moment du prononcé de l'arrêt, les demandeurs avaient déjà été retirés des listes onusiennes (hypothèse de *Nada* et *Kadi II*). En pratique donc, ces décisions entraînent des devoirs d'agir pour les États ou les institutions de l'Union. Ce devoir d'agir se traduit souvent par un devoir de négociation avec le CSNU.

299. Cet édifice de bricoleur est encore plus ébranlé par la décision *Al Dulimi*, concernant la confiscation et le transfert de fonds d'anciens responsables irakiens au Fonds de développement pour l'Irak. La CrEDH, après avoir constaté que « la situation de l'espèce se distingue essentiellement de celle de l'affaire *Nada* (...) dans laquelle la Grande Chambre a conclu que la Suisse jouissait d'une certaine latitude dans la mise en œuvre des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité »⁵⁴¹ et accepté « l'argument du gouvernement défendeur selon lequel le refus des tribunaux internes d'examiner au fond les griefs des requérants découlant de la confiscation de leurs avoirs était inspiré par leur souci d'assurer une mise en œuvre efficace au niveau interne des obligations découlant de ladite résolution »⁵⁴², a tout de même estimé que « les requérants ont le droit, conformément à l'article 6 § 1, de le faire contrôler par un tribunal. L'impossibilité de contester la confiscation pendant des années est à peine concevable dans une société démocratique »⁵⁴³. Cela revient en pratique à imposer aux tribunaux internes de contrôler le bien-fondé d'une mesure de confiscation décidée par le Conseil de sécurité. Or jamais auparavant les juridictions n'étaient allées aussi loin, puisqu'elles s'étaient contentées d'entourer les mesures d'exécution des sanctions d'une série de garanties procédurales. *Al Dulimi* marque ainsi une étape supplémentaire dans l'érosion de la primauté des résolutions du CSNU. En effet, la Cour de Strasbourg conditionne explicitement la reconnaissance de la primauté prévue à l'article 103 de la Charte à la conformité des résolutions aux droits humains, ce qui est une interprétation parfaitement *contra legem* de cette disposition. Elle avait été annoncée par certaines décisions antérieures, dans lesquelles la Cour avait explicitement mis en rapport avec l'article 103 l'obligation

⁵⁴¹ CrEDH, 2^e sect., 26 nov. 2013, *Al Dulimi*, préc., note 518, par. 117.

⁵⁴² *Ibid.*, par. 128.

⁵⁴³ *Ibid.*, par. 131.

d'interprétation des résolutions conforme aux droits humains⁵⁴⁴. La primauté conditionnelle de l'article 103 est pleinement confirmée par la solution retenue dans *Al Dulimi*. Si les décisions du CSNU peuvent être entâchées d'une apparente violation des droits humains, alors la présomption de conformité qui les mettait à l'abri des contrôles décentralisés tombe, et l'article 103 est écarté. Il est donc évident que l'article 103 ne fonctionne plus comme une solution aux conflits de normes internationales, ni comme une excuse qui exonère les États de leurs responsabilités.

300. Certes, on pourrait arguer que c'est la Cour de Strasbourg qui mène ce raisonnement, à laquelle les résolutions ne sont pas opposables, puisque la Cour n'est pas liée par la Charte. Mais est-ce de bon aloi de se renfermer ainsi dans la tour d'ivoire du formalisme ? On en doute, car les juridictions internes sont attentives aux développements de Strasbourg et il serait irréaliste de considérer que leur jurisprudence interne n'évolue pas dans le sens suggéré par les juridictions européennes. S'agissant de la mise en œuvre des résolutions du CSNU, le dialogue des juges, célébré à tous les niveaux, a déjà pleinement produit son effet.

Conclusion du Titre 3

301. Les solutions que les juges internes apportent aux conflits potentiels entre les normes internes et les normes institutionnelles mettent en évidence les efforts constants de conciliation de l'ordre interne et de l'ordre international et soulignent la force du paradigme de la coordination des ordres juridiques. Face à des antinomies potentielles, le juge interne garde à l'esprit le devoir de participer à l'exécution des obligations internationales de l'État,

⁵⁴⁴ V. CrEDH, 3^e sect., 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica et a. c. Pays-Bas*, n° 65542/12, par. 145 : « 145. L'article 103 de la Charte des Nations unies dispose que, en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations unies en vertu de ladite Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévalent. La Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer sa position au sujet de l'effet de cette clause, et des obligations découlant de l'usage par le Conseil de sécurité des pouvoirs qu'il tire de la Charte, sur son interprétation de la Convention, dans l'arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni* ([GC], no 27021/08, § 102, CrEDH 2011) :

'(...) La Cour en conclut que, lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par les Nations unies dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme, le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les États prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme.'

Comme le confirme l'arrêt *Nada* [...], la présomption dont il est question ci-dessus est réfragable. » (nous soulignons)

ou du moins de ne pas en empêcher la réalisation. Il se doit d'éviter, autant que possible, que le jugement ne résulte pas en la violation d'une obligation internationale de l'État, en raison du risque d'engagement de la responsabilité internationale de l'État en cas de violation établie, mais aussi et surtout afin de ne pas entacher la crédibilité de l'engagement étatique sur le plan international, qu'il soit conventionnel ou institutionnel. L'État dual, où règne le pluralisme juridique, n'est pas une figure de Janus : les engagements assumés sur le plan international ne doivent pas être dissolus sur le plan interne.

302. À cette fin, la théorie de l'interprétation conforme a acquis une valeur systémique, qui transcende la traditionnelle séparation entre ordres monistes et dualistes, pour devenir un principe général régissant les rapports de systèmes. En faisant appel à cette théorie, les juges internes orientent l'interprétation et, par conséquent, l'application des normes internes dans un sens qui soit compatible avec les obligations internationales de l'État. Forcée en relation avec la source conventionnelle, l'interprétation conforme bénéficie également aux actes institutionnels obligatoires. La recherche de conformité est encore plus pressante lorsque le juge interne est saisi de l'acte interne d'incorporation d'un acte institutionnel : dans cette hypothèse, le dernier est placé comme élément du contexte d'interprétation du premier, et fournit souvent les finalités de celui-ci.

303. Plus étonnamment, cette théorie a parfois été appliquée par les juges internes en rapport avec la *soft law* institutionnelle. Cependant, en l'absence de l'obligation, l'idée de conformité perd son sens. Il serait plus approprié de parler, dans ces hypothèses, d'interprétation croisée ou d'harmonisation du droit interne avec des principes internationaux, qu'il s'agisse de droits fondamentaux ou de matières plus techniques, dans lesquelles la standardisation joue un rôle central.

304. Toutefois, l'interprétation conforme ne permet pas toujours de résoudre les antinomies. Le juge doit alors se résigner à appliquer les règles de conflits de normes. On pourrait penser que la réponse immuable à ces conflits se trouve dans la hiérarchie des normes internes. Mais, n'étant pas pourvus d'application immédiate, les actes institutionnels ne s'intègrent pas dans la hiérarchie interne des normes. Le juge ne peut dès lors pas résoudre une antinomie déclarée entre le droit interne et le droit institutionnel sur la base des principes hiérarchiques. Il peut en revanche priver d'effet les actes institutionnels dans l'ordre juridique du for (en général, par l'annulation de l'acte interne d'incorporation). Il choisit rarement cette

solution radicale, qui mettrait l'État en violation de ses obligations internationales. Pour éviter cette situation, il se prête au jeu des hiérarchies logiques et axiologiques, qui, étant fondées sur les circonstances et les jugements de valeur des juges, n'ont pas la durabilité de la hiérarchie pyramidale, mais s'avèrent de puissants vecteurs de coordination des ordres juridiques.

TITRE 4. Le contrôle juridictionnel des normes institutionnelles

1. Compte tenu de l'objet de la présente étude, qui appréhende les actes des organisations internationales dans leur dimension normative, le contrôle juridictionnel visé ici est limité au contentieux de la légalité¹, à l'exclusion du contentieux subjectif de la responsabilité des organisations internationales devant les juridictions internes². En effet, ce dernier repose sur l'identification d'un *fait juridique* internationalement illicite de l'organisation, qui résulte généralement d'une action matérielle attribuable à celle-ci, bien qu'il soit courant qu'elle ait à son origine un acte normatif de l'organisation. Certes, les deux types de contentieux peuvent soulever des questions communes. Par exemple, l'identification des normes internationales opposables à l'organisation sert à la fois le contentieux de la légalité – pour autant qu'elles fournissent les normes de référence du contrôle objectif – et le contentieux subjectif, qui repose sur l'identification de l'obligation internationale prétendument violée. Il serait toutefois erroné de confondre les normes de référence du contrôle objectif et l'élément objectif de la responsabilité : le respect de l'obligation internationale d'une organisation n'est pas nécessairement une condition de légalité de ses actes. Par exemple, il n'est guère établi que les normes coutumières opposables à l'organisation (à l'exception du *jus cogens*), certes, source de responsabilité en cas de violation, soient nécessairement source de légalité de ses actes³.

2. Le contentieux de la responsabilité soulève par ailleurs d'importantes questions d'immunité des organisations internationales, au sens premier du terme, celui d'« exemption

¹ Certains auteurs considèrent que le contrôle juridictionnel des normes institutionnelles se réfère, par définition, au contrôle de légalité. A. Tzanakopoulos écrit ainsi : « *Judicial review corresponds to the notion of internal institutional control of legality, in the sense of a judicial organ of a (corporate) entity reviewing the actions of other organs of the same entity for compliance with the entity's legal framework, namely with the 'higher' rules...* » (*Disobeying the Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, OUP, 2011, p. 95). Il faut cependant reconnaître que des questions de légalité peuvent être accessoirement soulevées dans le cadre du contentieux de la responsabilité des autorités internes, dans la mesure où l'illégalité est une condition d'engagement de leur responsabilité. Mais c'est toujours en définitive une question de légalité qui est ainsi soulevée.

² De nombreuses études ont par ailleurs été consacrées à ce sujet durant ces dernières années : P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998, 673 p. ; A. Reinisch (dir.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, OUP, 2013, 376 p. ; A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, 302 p. ; SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Journée d'études de Strasbourg des 11 et 12 avr. 2008, Paris, Pedone, 2009, 142 p. ; D. Sarooshi (dir.), *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales/Remedies and Responsibility for the Actions of International Organizations*, Académie de droit international de la Haye, Brill, Martinus Nijhoff, 2014, 752 p.

³ Pour une discussion, v. *infra*, par. 49.

faisant échapper les personnes, les engins ou les biens qui en bénéficient (...) à des procédures ou à des obligations relevant du droit commun »⁴. L'immunité est donc une protection accordée à l'organisation internationale, en tant que personne morale de droit international public, et non à ses actes normatifs. Dès lors, si l'organisation n'est pas partie au procès interne, la question de l'immunité ne doit pas se poser. Le terme « immunité juridictionnelle », quant à lui, utilisé dans le cadre du contentieux objectif, désigne généralement les arguments soulevés à l'encontre de la compétence du juge interne pour connaître de la validité d'un acte institutionnel ou même d'un acte interne d'incorporation vis-à-vis duquel l'acte institutionnel ferait écran⁵.

3. En l'absence d'une « loi internationale », le terme « légalité » n'est peut-être pas le plus approprié, il est néanmoins utilisé par défaut⁶. Parmi ses concurrents possibles, on compte « validité », « nullité », « (ir)régularité », « (il)licéité » et même « légitimité ». Joe Verhoeven a tenté d'identifier les nuances qui séparent ces différents concepts :

« si est légal ce qui est conforme au droit, serait légitime ce qui est conforme aux 'valeurs' ou 'intérêts' qui sous-tendent ce dernier. (...) Il importe ensuite de préciser quelque peu, au sein de la juridicité, les catégories de l'*illégalité*. Celle-ci paraît une notion générale visant, sans autre précision, toute contrariété au droit ; la nullité désigne en revanche la sanction objective d'un défaut de validité en application du droit, alors que l'*illicéité* paraît utilement viser la sanction subjective que constitue la

⁴ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 558.

⁵ V. par ex., TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi c. Commission et Conseil (Kadi I)*, aff. T-315/01, *Rec.*, 2005, p. II-3649, par. 288 : « En l'espèce, le Tribunal considère que la limitation du droit d'accès du requérant à un tribunal, résultant de l'*immunité de juridiction* dont bénéficient en principe, dans l'ordre juridique interne des États membres des Nations unies, les résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies... » (nous soulignons). Des formules similaires se retrouvent dans CJCE, Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351, pars. 300, 305, 321-322 ; CJUE, *Commission européenne et autres c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)* (18 juil. 2013, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, pars. 59-68.

⁶ Sur les inhibitions engendrées par l'étymologie du terme « légalité » chez les internationalistes, v. C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 50, 2004, pp. 565-566. Dans cette chronique, l'auteur critiquait le choix terminologique de la CDI, qui, dans ses travaux relatifs aux réserves aux traités, préférait le terme « licéité » à celui de « légalité ». Dans la version finale du Guide de la pratique, la CDI a finalement opté pour le terme « validité », en estimant que « le terme 'illicite' n'était, de toute manière, pas approprié pour qualifier les réserves ne remplissant pas les conditions de forme ou de fond imposées par les Conventions de Vienne. La Commission considère à cet égard qu'en droit international, un fait internationalement illicite entraîne la responsabilité de son auteur, ce qui n'est manifestement pas le cas de la formulation de réserves contraires aux dispositions du traité sur lequel elles portent ou incompatibles avec son objet ou son but » (*Rapport de la Commission du droit international*, 63^e session, 26 avr.-3 juin et 4 juil.-12 août 2011, *Documents officiels de Assemblée générale*, 66^e session, Supplément n° 10, (A/66/10/Add.1), p. 351, par. 5 du commentaire général de la directive 3 (« Validité substantielle des réserves et des déclarations interprétatives »).

mise en cause de la responsabilité de l'auteur de l'acte illégal, qu'il soit valable ou nul. »⁷

4. Les dictionnaires de droit international attestent également d'un usage du terme « légalité » déraciné de son étymologie. On remarque ainsi que « le terme est (...) fréquemment employé pour signifier conforme au droit international positif »⁸. On souligne par ailleurs le fait que « [l]'expression est plus fréquemment employée en certaines matières, comme le droit institutionnel des organisations internationales [où elle] marque un plus haut degré d'institutionnalisation et d'objectivation »⁹.

5. Ainsi, si « légalité » et « validité » partagent l'idée de conformité d'un acte avec le droit objectif, le défaut d'une de ces qualités n'engendre pas nécessairement les mêmes effets. Si la nullité de l'acte est normalement la conséquence du défaut de validité, l'illégalité est un terme suffisamment neutre pour englober des effets aussi variés que la nullité, l'inapplicabilité, l'inefficacité, voire l'inopposabilité. Dans le cadre de cette étude, on préfère réserver le terme de « *validité* » aux hypothèses où l'on souligne le fait que le contrôle juridictionnel *aboutit ou vise à une annulation* de l'acte interne d'incorporation, le plus souvent.

6. Du reste, cette différence est bien connue des ordres juridiques internes. Ainsi, en droit administratif français, on distingue, au sein du contentieux de l'excès de pouvoir, entre le *recours en annulation* et le *recours en appréciation de légalité*. Le clivage n'est pas fondé sur les normes de référence du contrôle, mais sur l'objet du recours : comme son nom l'indique, le premier tend à obtenir l'annulation de l'acte déféré au contrôle du juge, alors que le second vise à recueillir une déclaration de contrariété au droit¹⁰. Dans ce cadre, la nature des normes de référence (loi, constitution, principe général du droit) importe peu pour la qualification du type de contentieux.

⁷ J. Verhoeven, *Les nullités du droit des gens*, Paris, Pedone, 1981, pp. 14-15. J. Verhoeven avait également souligné le grand flou terminologique qui entoure la question de la validité des actes internationaux : « [Le] terme même de *nullité* est généralement peu utilisé [en droit des gens] et l'on préfère parler d'*illégalité*, d'*illégitimité*, d'*illicéité*, d'*inefficacité*, d'*inopposabilité*, d'*irrégularité*, de *défait de validité*, de *non-conformité*, ... toutes notions apparemment interchangeables et indifféremment utilisées. » (*ibid.*, p. 14). Ce flou terminologique n'est que le reflet des difficultés à préciser les effets qui s'attachent à un contrôle de conformité des actes internationaux à des normes hiérarchiquement supérieures, quand bien même le constat serait opéré dans l'ordre international. Les choses ne peuvent être qu'encore plus compliquées lorsque c'est le juge interne qui opère ce constat.

⁸ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* note 1, p. 640.

⁹ *Ibid.* L'expression ne choque d'ailleurs personne lorsqu'elle est utilisée dans « contentieux de la légalité » des actes de l'Union européenne.

¹⁰ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 218.

7. Deux paramètres se combinent pour définir le contrôle juridictionnel du droit institutionnel : sa nature se révèle à travers la mise en exergue de l'objet soumis à l'examen du juge interne, ainsi que des normes de référence qui structurent son raisonnement (Chapitre 7). Ces éléments peuvent être identifiés avec un certain degré de certitude. Il n'en va pas de même de la portée des décisions rendues dans ce cadre : les effets du contrôle de légalité des normes institutionnelles par les juges nationaux sont difficilement comparables à ceux du recours pour excès de pouvoir (*ultra vires review*) auquel sont soumis, dans les ordres internes, les actes administratifs. D'une part parce que, d'une manière générale, la transposition *aux actes internationaux* des théories de la validité forgées dans l'ordre interne emporte leur nécessaire adaptation. Il est admis que les causes et les effets de la nullité doivent être adaptés à la structure du droit international¹¹ : dès lors, les distinctions entre

¹¹ L'analyse de cette adaptation sort du cadre de la présente étude. V. cependant les analyses tout en nuances des auteurs qui se sont penchés sur la question. Les écrits portant sur la validité/légalité/ nullité des actes institutionnels ne sont pas très nombreux. Ainsi, peut-on tenter une énumération sinon exhaustive, du moins représentative : J. H. W. Verzijl, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Revue de Droit International*, t. 15, 1935, pp. 284-339 ; W. Wengler : « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux : Rapport et projet de Résolutions », *Ann. IDI*, vol. 44-I, 1952, p. 224 ; « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux : Projet révisé de Résolutions avec commentaire », *Ann. IDI*, vol. 45-I, 1954, p. 265 ; « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux : Matériel d'illustration et projet de Résolutions », *Ann. IDI*, vol. 47-I 1957, p. 5 et vol. 47-II, p. 274 ; J. E. S. Fawcett, « *Détournement de pouvoir* by International Organizations », *BYBIL*, 1957, pp. 311-317 ; H. W. Baade, « Nullity and Avoidance in Public International Law : A Preliminary Survey and a Theoretical Orientation », *Indiana Law Journal*, vol. 34, 1964, pp. 497-559 ; R. Y. Jennings, « Nullity and Effectiveness in International Law », in *Cambridge Essays in International Law : Essays in honour of Lord McNair*, Londres, Stevens & Sons, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1965, pp. 64-87 ; E. Lauterpacht, « The Legal Effect of Illegal Acts of International Organisations », in *Cambridge Essays in International Law : Essays in honour of Lord McNair*, Londres, Stevens & Sons, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1965, pp. 88-121 ; Y. Kawashima, « Aspects of Illegal Acts of International Organizations », *Osaka Univ. Law Rev.*, vol. 16, 1968, pp. 13-35 ; B. Conforti, « The Legal Effect of Non-Compliance with Rules of Procedure in the U.N. General Assembly and Security Council », *AJIL*, vol. 63, 1969, pp. 479-489 ; J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1973, spéc. chap. VI, pp. 48-100 ; D. Ciobanu, *Preliminary Objections related to the Jurisdiction of the United Nations Political Organs*, La Haye, Nijhoff, 1975, ix + 230 p. ; F. Morgenstern, « Legality in International Organizations », *BYBIL*, vol. 48, 1976-77, pp. 241-257 ; E. Osieke, « *Ultra Vires* Acts in International Organizations – the Experience of the International Labour Organization », *BYBIL*, vol. 48, 1976-77, pp. 259-280 ; J. Verhoeven, *op. cit.*, note 7 ; E. Osieke, « The Legal Validity of *Ultra Vires* Decisions of International Organizations », *AJIL*, vol. 77, 1983, pp. 239-256 ; R. Bernhardt, « *Ultra Vires* Activities of International Organizations », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International law at the Threshold of the 21st Century : Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 599-609 ; J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les États membres*, thèse, Paris II, 2000, v + 525 p. ; S. Hamamoto, *Éléments pour une théorie de la nullité en droit international public*, thèse, Paris 2, 2007, 220 p. Le thème est également abordé, d'une manière plus ou moins approfondie, par les manuels et traités consacrés aux organisations internationales ; v. par ex. C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, CUP, 2^e éd., 2005, pp. 193-216 ; Ph. Sands, *Bowett's Law of International Institutions*, Londres, Sweet & Maxwell, 6^e éd., 2009, pp. 297-302 ; E. Cannizzaro, P. Palchetti, « *Ultra vires* Acts of International Organizations », in J. A. M. Klabbers, Å Wallendahl (dir.), *Research handbook on the law of international organisations*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 365-397 ; H. Raspail, « Contrôle de validité des actes juridiques des

nullité relative et nullité absolue, annulabilité et annulation, inexistence et inopposabilité, qu'on retrouve de coutume dans les ordres juridiques internes¹², doivent être maniées avec la plus grande circonspection (d'autant plus qu'elles sont souvent déterminées par les pouvoirs respectifs que détiennent les juges à l'égard des actes soumis à leur contrôle). D'autre part, parce que les pouvoirs du juge interne à l'égard des actes qui, de par leur origine, n'appartiennent pas à son ordre juridique, est sans commune mesure avec les pouvoirs du juge international à l'égard de ces mêmes actes. Par conséquent, de par sa portée, le contrôle par les juges internes des normes institutionnelles se distingue à la fois du contrôle interne classique de l'excès pour recours de pouvoir, et du contrôle de légalité exercé par le juge international. Ce n'est qu'en situant l'office du juge interne dans les rapports de systèmes que l'on peut comprendre et éventuellement tenter de systématiser la portée du contrôle exercé (Chapitre 8).

organisations internationales », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, pp. 937-967.

¹² V. en ce sens, C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, pp. 348-350 ; ou S. Hamamoto, *Eléments pour une théorie...*, *op. cit.*, note 11, pp. 61-71.

Chapitre 7. La nature du contrôle des normes institutionnelles par les juges internes

8. Ce chapitre part d'une double intuition : le contrôle des actes institutionnels sur le plan international n'est pas le décalque exact du contrôle de validité des actes administratifs ou du contrôle de constitutionnalité des lois dans les ordres internes. Il n'est pas non plus l'*alter ego* de celui exercé par le juge international¹³. Bien sûr, on devine que ces contrôles se différencient par leurs effets. Plus encore, ils se différencient par leur objet et par leur nature mêmes. Lorsqu'on envisage le contrôle de légalité des normes institutionnelles par les juges internes, il est donc important de ne pas céder à la tentation des réflexes acquis, ce qui conduirait à autant d'analogies trompeuses, voire des impasses.

9. S'agissant de l'objet, on remarque que le juge interne ne s'estime pas compétent à l'égard de l'acte institutionnel lui-même. Le juge interne est incompetent pour exercer un contrôle *a priori*, avant l'entrée en vigueur de l'acte dans l'ordre international. Partant, tout contrôle se situe nécessairement en aval de l'entrée en vigueur et porte, en pratique, sur l'acte interne d'incorporation (Section I). Ce contrôle des actes d'incorporation donne au juge l'occasion de se prononcer indirectement sur la légalité des actes institutionnels (Section II), d'une manière timide certes, puisque son point de départ réside dans la présomption de compatibilité de celles-ci avec le droit objectif (Section III).

Section I. L'objet du contrôle : la nécessaire distinction entre le contrôle de la norme et celui de l'acte institutionnel

10. Le premier paramètre qui structure le contrôle juridictionnel concerne son objet : il convient d'envisager à la fois les hypothèses où le contrôle s'exerce à l'égard de l'acte institutionnel (*instrumentum*), mais aussi et surtout celles qui portent sur les actes internes d'incorporation. En effet, séparation des ordres juridiques oblige, les juges internes

¹³ Pourtant, parmi les études citées ci-dessus (v. note 11), nombreuses sont celles qui traitent pêle-mêle de la jurisprudence internationale et interne (v. ainsi S. Hamamoto, *Éléments pour une théorie de la nullité...* ; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional...*). Ce n'est pas que les analystes se méprennent sur la nature et les effets du contrôle exercé par les juridictions internes. C'est surtout que, vu la rareté des décisions juridictionnelles internationales sur le sujet, ils les utilisent par analogie pour construire une théorie de la validité des actes institutionnels.

s'affirment rarement compétents pour connaître directement des actes institutionnels. Comme le remarque à juste titre Jean-Paul Jacqué :

« La théorie de l'acte juridique, même si la notion est commune aux différents systèmes juridiques, ne peut être saisie *in abstracto*, elle s'insère dans un ordre juridique. (...) Pour qu'un acte juridique puisse accomplir sa fonction, il faut qu'il tire sa validité formelle et matérielle de l'ordre juridique existant. »¹⁴

Or, les juges internes ne sont pas des organes de l'ordre international : ils s'estimeront souvent sans pouvoirs à l'égard de l'acte international. Mais ils hésitent de moins en moins à examiner les actes internes d'incorporation, et par ce biais, ils peuvent contrôler la conformité des normes contenues dans ces actes à un droit considéré supérieur. C'est pour cette raison qu'il est plus adéquat de parler d'un contrôle des *normes* institutionnelles, qui sont ici portées par des sources formelles différentes¹⁵. (§ 1). Par ailleurs, l'absence d'application immédiate des actes institutionnels et leur incorporation consécutive fait qu'en pratique le juge interne est souvent saisi de l'acte interne d'incorporation par le biais duquel se réalisent les effets internes des actes institutionnels (§ 2).

§ 1. L'incompétence des juges internes pour exercer un contrôle de validité de l'acte institutionnel

11. Si l'objet du recours devant le juge interne porte sur la validité de l'acte institutionnel, en vue de son annulation, celui-ci s'estime généralement incompétent. Bien que les raisons de cette incompétence ne soient guère explicitées, on peut deviner des arguments de nature statutaire (A.), mais aussi des justifications liées à l'absence d'effet direct des actes institutionnels dans les ordres juridiques internes (B.).

A. Les arguments organiques : l'absence de pouvoir à l'égard d'une autorité d'un ordre juridique extérieur

12. La compétence statutaire des juges est une question de droit interne par excellence : elle est déterminée par les règles de procédure qui organisent l'intervention du juge, à la fois dans ses conditions et dans ses effets. Or, c'est un fait, il n'existe pas de dispositions

¹⁴ J.-P. Jacqué, « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, vol. 227, 1991-II, p. 369.

¹⁵ Dans le même sens, A. Reinisch considère naturel d'inclure dans le champ de l'étude le contrôle « *technically limited to the national act, but which in substance affects the legality of the original act of the international organization* » (« Conclusion », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations*, *op. cit.*, note 2, p. 261).

spécifiques qui prévoient la compétence du juge interne à l'égard des actes institutionnels. Ce constat réaliste repose sur des soubassements théoriques et pratiques solides : un juge est un organe de l'ordre juridique qui l'institue et on voit mal un ordre juridique soucieux de son effectivité se préoccuper d'organiser la compétence d'un de ses organes à l'égard des normes qui lui sont extérieures et généralement indifférentes. Cependant, dans la mesure où les actes institutionnels produisent des effets dans l'ordre interne, suivant leur incorporation, ces normes cessent d'être indifférentes à la mission du juge interne. Celui-ci va alors couler le contrôle des normes institutionnelles dans le moule d'une compétence façonnée pour les actes des autorités internes, tout en l'adaptant, autant que nécessaire, à l'origine internationale des normes contrôlées. Devant l'absence de dispositions en ce sens, les traditions jurisprudentielles tendent à avoir un rôle déterminant. Tout bien considéré, le contrôle juridictionnel des normes institutionnelles est une construction jurisprudentielle, largement inachevée d'ailleurs, puisque ce n'est que très récemment que les juges ont eu à s'en préoccuper d'une manière un tant soit peu systématique.

13. Ainsi, si un demandeur mal avisé soumet un acte institutionnel au contrôle direct de validité du juge administratif français, en lui demandant l'annulation, celui-ci s'estimera sans doute incompétent, puisque le juge français est un juge de l'administration française et que les actes des organisations internationales « ne constituent pas des actes d'une autorité administrative française »¹⁶. Cette même justification organique interdit au juge administratif de se prononcer sur les actes des autorités coloniales, après l'indépendance de l'ancienne colonie¹⁷.

14. Qu'il soit saisi d'une demande directe en annulation, ou qu'il soit sollicité pour se prononcer dans le cadre d'une exception d'illégalité, le juge administratif français s'estime incompétent si le requérant lui demande de déclarer l'acte international invalide. Ainsi, dans l'affaire *Cosmetto*, le juge était saisi d'une demande d'annulation d'une décision du Ministre de la Marine, qui refusait de reconnaître au requérant des droits de propriété sur un chaland. La décision ministérielle faisait application d'une décision de la commission internationale du

¹⁶ France, Conseil d'État, 23 févr. 1940, *Sieur Scholtes*, n° 62653, *Lebon*, p. 78 (un justiciable qui s'estimait lésé par la politique d'indemnisation de la Haute commission interalliée des territoires rhénans (instaurée par Arrangement rhénan du 28 juin 1919, à la suite des règlements suivant la fin de la Première Guerre mondiale), a demandé l'annulation d'une de ses ordonnances). Dans la même veine, v. Conseil d'État, 8 janv. 1959, *Baladi*, *Lebon*, p. 17 (incompétence à l'égard de l'acte du délégué général de la France au Levant dans le cadre du mandat confié à la France par la Société des Nations).

¹⁷ V. France, Conseil d'État, 3 nov. 1961, *Sieur M'Bounya*, n° 36648, *Lebon*, 1961, p. 612 et Conseil d'État, 24 janv. 1962, *Union des Populations du Cameroun*, *RDP*, 1962, p. 778.

Danube, dont le requérant contestait la valeur. Bien qu'elle soit formellement dirigée contre un acte interne, le Conseil d'État a tout de même considéré la requête irrecevable, au motif que :

« *la portée d'actes dont les premiers sont des conventions internationales, et dont le dernier n'émane pas d'une autorité administrative française, ne peut être discutée devant le Conseil d'État statuant au contentieux, par application de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 ; que, dès lors, la requête du sieur Cosmetto n'est pas recevable.* »¹⁸

15. La jurisprudence n'a guère évolué depuis ces affaires datant de la Troisième République. Il est rare que des requérants se hasardent encore à soumettre au juge administratif français des actes émanant d'organes internationaux. Ce n'est pas parce que l'une de ces organisations aurait son siège en France que le juge administratif serait pour autant compétent. Dans une affaire où un requérant demandait l'annulation de décisions de la commission de contrôle interne des fichiers de l'organisation internationale de police criminelle Interpol, le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler plus récemment sa jurisprudence constante :

« Considérant que l'organisation internationale de police criminelle 'INTERPOL' n'est pas une autorité administrative française ; que, par suite, les conclusions de M Thorel tendant à l'annulation des décisions susmentionnées ne sont pas au nombre de celles dont il appartient à la juridiction administrative de connaître. »¹⁹

16. Plus récemment, la Cour administrative d'appel de Paris, saisie d'une demande tendant à l'annulation de la décision du Secrétaire général adjoint pour les Affaires juridiques des Nations Unies par laquelle celui-ci avait rejeté les demandes d'indemnisation des requérants des préjudices subis du fait de la chute de Srebrenica, s'est déclarée manifestement incompétente, faute d'un mandat international lui reconnaissant une compétence d'annulation :

« Considérant que la juridiction administrative française est *en principe incompétente pour connaître des litiges provoqués par des actes ou des actions imputables à des organisations internationales ; qu'il n'en va autrement que lorsqu'une convention internationale lui a expressément attribué compétence à l'égard de certains de ces litiges ; que ni l'article 104 de la Charte des Nations Unies ni aucune autre stipulation d'une convention internationale n'a pour effet de conférer à la juridiction*

¹⁸ France, Conseil d'État, 19 janv. 1927, *Sieur Cosmetto*, n° 79453, *Lebon*, p. 54 (nous soulignons). Dans cette affaire, l'incompétence d'invalidation est le corollaire de la théorie selon laquelle il n'appartient pas au juge administratif d'interpréter les actes internationaux : si la décision ministérielle résulte d'une interprétation de ces actes, elle s'impose au juge (v. cependant le renversement de jurisprudence résultant de l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, n° 78519, *Lebon*, p. 171).

¹⁹ France, Conseil d'État, 29 déc. 1997, *Thorel*, n° 140325, *Lebon*, p. 650. Sur les actes et activités de l'INTERPOL devant les juges internes, v. R. S. J. Martha, « Challenging Acts of INTERPOL in Domestic Courts », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations*, *op. cit.*, note 2, pp. 206-238.

administrative française la compétence pour connaître d'un litige relatif aux conséquences d'une action menée par l'Organisation des Nations Unies et mettant en cause la responsabilité de cette institution. »²⁰

17. Les juridictions françaises ne sont pas isolées à adopter cette posture, au contraire les solutions d'incompétence dans le cadre du contentieux de l'annulation sont largement partagées par les tribunaux d'autres États. Ainsi, les juridictions belges ont-elles mis en avant ces arguments organiques pour justifier leur refus de se prononcer sur la validité des décisions du HCR :

« *The Annex to the Resolution of the General Assembly of the United Nations of 14 December 1950 provides that the United Nations High Commissioner for Refugees is elected by the General Assembly for a period of three years. This Resolution provides that the High Commissioner can appoint representatives approved by the governments of the states who agree to it. The representative of the High Commissioner in Belgium is an official of the United Nations. Although he is involved in the application of the Law of 28 March 1952 on the control of aliens, he is in no way subjected to the supervisory power of a Belgian Minister and is therefore not an administrative authority within the meaning of Article 9 of the Law of 23 December 1946 which established the Conseil d'État. The Conseil d'État cannot therefore examine the acts of this international civil servant.* »²¹

18. Cette ligne de justification a été plus récemment rappelée par le Tribunal de première instance de Bruxelles dans une affaire où étaient en cause les sanctions ciblées du CSNU :

« Attendu qu'il ne peut être contesté que le tribunal est sans juridiction pour censurer ou s'immiscer dans les décisions d'une organisation internationale (...) Qu'il appartenait audit Comité des sanctions, et à lui seul, d'inscrire ou non, sur la base de cette information, les demandeurs sur la liste litigieuse, ce qu'il a fait en l'espèce. »²²

19. Une autre série d'exemples vient des contestations des actes des tribunaux pénaux internationaux, qui peuvent être dirigées contre les actes d'accusation du TPIY – à l'égard desquels le juge croate par exemple s'est estimé incompétent²³ –, ou même à l'encontre des

²⁰ France, Cour administrative d'appel de Paris, 22 mars 2007, n° 05PA01187, *RGDIP*, vol. 112, 2008-2, pp. 430-433, note J. Matringe (nous soulignons). V. aussi l'arrêt *Dominique Ntawukulilyayo*, où la Cour de cassation confirme la solution de la chambre de l'instruction qui s'était déclarée incompétente pour vérifier la régularité procédurale d'un mandat d'arrêt du TPIR (France, Cour de cassation, Ch. criminelle, 7 mai 2008, n° 08-81541, inédit au *Bulletin* ; solution annoncée par la Cour de cassation, Ch. criminelle, 9 févr. 2000, n° 99-88054, *Bulletin criminel* 2000, n° 61, p. 165).

²¹ Belgique, Conseil d'État, 25 sept. 1970, *Karé-Mérat c. l'État belge et le représentant belge du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, 69 *ILR*, p. 205 (décision négative du HCR) (nous soulignons).

²² Belgique, Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles, 19 déc. 2005, *M. Sayadi et Mme Vinck*, texte disponible in W. Woll, *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, Thèse de doctorat : Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, déc. 2010, annexe 2, p. 270.

²³ « *The Constitutional Court of the Republic of Croatia does not have the jurisdiction to assess either the compliance or non-compliance of the general acts of the United Nations and its bodies with the Constitution of the Republic of Croatia ; nor does it have the jurisdiction to, in procedures for protection of human rights and fundamental freedoms, render decisions against any individual decisions passed by any United Nations*

résolutions du CSNU établissant ces juridictions internationales²⁴. On peut également mentionner l'absence de contrôle de validité des actes des organes instaurés par l'ONU aux fins de l'administration provisoire d'un territoire²⁵.

20. Un constat s'impose : si l'objet de la requête tend à voir prononcer la nullité d'un acte institutionnel, et que le recours interne en dépend entièrement²⁶, le juge évite généralement de s'engager dans un contrôle de validité.

21. L'incompétence d'annulation par le juge interne va de pair avec l'impossibilité pour le juge interne de conclure à la caducité des actes institutionnels, en l'absence d'abrogation expresse par l'organe compétent²⁷ :

« La résolution n° 1244 (1999) prise en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies est la base juridique de droit international public de la mission de la KFOR. Après la déclaration d'indépendance du Kosovo, elle n'a été ni abrogée ni remplacée par une nouvelle résolution. Plutôt, elle pourvoit un mandat à durée indéterminée pour la présence internationale de sécurité au Kosovo et est – au moins formellement – toujours en vigueur, puisqu'aucun consensus sur le plan Ahtisaari pour le futur du Kosovo n'a pu être trouvé au Conseil de sécurité. Le gouvernement du Kosovo ainsi que les États participant à la mission de la KFOR considèrent que la résolution n° 1244 (1999) est toujours en vigueur. La continuité formelle de la résolution n° 1244 (1999) – qui n'a pas été assortie expressément de conditions suspensives – constitue

body. » (Croatie, Cour constitutionnelle, 12 nov. 2002, *Bobetko Report*, U-X-2271/2002, *ILDC* 383 (HR 2002), par. 3 (validité de l'acte d'accusation du TPIY à l'encontre du général Bobetko).

²⁴ « *Ntakirutimana argues that the U.N. Charter does not authorize the Security Council to establish the ICTR, and that the only method for the U.N. to create an international criminal tribunal is by a multinational treaty. This issue is beyond the scope of habeas review* » (États-Unis, Court of Appeals for the Fifth Circuit, 5 août 1999, *Elizaphan Ntakirutimana c. Janet Reno Attorney General of the United States*, 184 Bd 419 1999 (sur l'arrêt v. J. d'Aspremont et C. Brölmann, « Challenging International Criminal Tribunals Before Domestic Courts », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations*, op. cit., note 2, pp. 111-136 *passim*).

²⁵ V. les nombreux exemples donnés par C. Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration*, Cambridge, CUP, 2008, pp. 603-607. Il existe cependant des exemples en sens contraire. V. not. la très célèbre affaire *Urtas Springs Ordinance* dans laquelle la Privy Council a confirmé une décision de la Cour suprême de Palestine qui avait déclaré incompatible à l'article 2 du Mandat sur la Palestine l'ordonnance du Haut-Commissaire britannique pour la Palestine (v. Royaume-Uni, Privy Council, *Jerusalem-Jaffa District Governor and another v. Suleiman Murra and Others*, LR (1926), AC 321). Pour une analyse de cette affaire et d'autres relatives au Mandat sur la Palestine, v. CDI, *Law of Treaties, Replies from Governments to Questionnaires*, UN.Doc. A/CN.4/19, *Ann. CDI*, vol. II, 1950, p. 212, § 13.

²⁶ Pour un autre exemple en ce sens, v. Australie, New South Wales Quarter Sessions Appeal Court, 6 avr. 1951, *Burns v. The King*, *ILR*, vol. 20, p. 596 : l'accusé (un journaliste accusé de sédition) avait soulevé comme principal moyen de défense l'illégalité des rés. CSNU 82, 83 et 84 (1950) qui autorisent le recours à la force en Corée au motif que l'URSS était absent au moment de vote. Le juge ne s'est pas prononcé sur l'argument.

²⁷ V. H. Kelsen : « L'abrogation ne peut avoir lieu qu'au sein d'un seul et même ordre normatif. » (in *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 165)

une indice suffisamment solide pour l'existence continue du mandat international du Conseil de sécurité [...]. »²⁸

22. La même interdiction de présumer de la caducité ou de l'abrogation des actes institutionnels est affirmée par les juges internes à l'encontre des États membres de l'organisation :

« *The detailed Resolution [687 (1991)] contained at that time numerous conditions for a formal cease-fire between Iraq and Kuwait and the UN Member States cooperating with Kuwait. [...] Although the UN Security Council in Resolution 707 (1991) established numerous breaches by Iraq against Resolution 687 (1991), it refrained from lifting the cease-fire. Nor was there any lifting of this legally effected cease-fire at a later time. The claim of some states to be able despite this to decide independently on a termination of this cease-fire consequently conflicted with this. It further conflicted with the declaration by the UN Security Council in Resolution 687 (1991) to decide on further steps in the UN Security Council itself.* »²⁹

B. Les actes institutionnels sont-ils des actes faisant grief ?

23. En France, seuls peuvent être déférés au contrôle du juge administratif les actes décisifs (ou actes qui font grief), à savoir ceux qui « affectent de manière suffisamment immédiate ou grave [l]a situation [de leur destinataire] ou l'ordonnement juridique »³⁰. Dans un article récent consacré au contrôle de validité des actes institutionnels, Hélène Raspail considère qu'il y a là une condition *sine qua non* de l'exercice d'un contrôle juridictionnel : « seuls les actes destinés à produire des effets de droit peuvent être valablement attaqués »³¹. Sont ainsi des actes susceptibles d'annulation ceux qui modifient « la situation juridique de leur destinataire ou bien, s'ils ont la signification d'une règle, l'ordonnement juridique général »³².

24. Les actes institutionnels font-ils grief ? On peut en douter : les actes institutionnels obligatoires étant dépourvus d'effet direct, ils ne modifient immédiatement ni l'ordonnement juridique objectif, ni la situation juridique d'une personne privée. Il en va *a*

²⁸ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 13 Oct. 2009, *Parliamentary Group of the Left Party v. Federal Government of Germany*, 2 BvE 4/08, ILDC 1399 (DE 2009), notre traduction.

²⁹ Allemagne, Cour fédérale supérieure administrative, 21 juin 2005, *Attorney of the Federal Armed Forces v. Anonymous (a Major of the Armed Forces) (Pfaff case)*, Final appeal, BVerwG 2 WD 12.04 ; ILDC 483 (DE 2005) (nous soulignons).

³⁰ B. Seiller, « Acte administratif – Identification », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Dalloz, 2010 (mise à jour : juin 2014), p. 43, n° 305.

³¹ H. Raspail, « Contrôle de validité... », *op. cit.*, note 11, p. 940, § 1861.

³² *Ibid.*

fortiori ainsi des actes institutionnels dépourvus de force obligatoire³³, dont les effets juridiques sont médiats à la fois dans l'ordre international et dans l'ordre interne³⁴. L'absence de modification de l'ordonnement juridique apporte une justification secondaire, nettement moins concluante que l'argument organique, au refus du juge administratif français de connaître la validité des actes institutionnels.

§ 2. Le contrôle de validité des actes internes d'incorporation

25. Lorsque les juridictions internes sont saisies d'actes imputables à une autorité interne, typiquement des actes d'incorporation des normes institutionnelles, l'argument de l'incompétence statutaire est battu en brèche. Le critère organique, qui avait servi à exclure du champ du contrôle juridictionnel les actes institutionnels, revient en force pour permettre un contrôle juridictionnel des actes internes d'incorporation (A.). Mais forme et substance ne peuvent pas toujours être disjointes. Reconnaisant l'origine internationale de la norme véhiculée par l'acte interne soumis à son contrôle et le fait que la norme elle-même est ultimement imputable à l'organisation internationale, le juge s'estime contraint de prétendre, avec plus ou moins de fortune, que les autorités internes bénéficient d'une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre interne de l'acte international, ce qui justifierait son intervention. La mise en évidence d'une marge d'appréciation – prétendue ou réelle – des autorités internes vient se superposer à la justification organique, sans que l'on puisse déterminer à ce jour quel est son poids dans l'affirmation de la compétence juridictionnelle (B.).

A. Le critère organique de l'imputation des normes institutionnelles : un sésame juridictionnel

26. L'affaire *Kadi* devant les juridictions de l'Union européenne illustre la quintessence des interrogations et des perplexités soulevées par la dualité acte institutionnel/acte interne d'incorporation. Le Tribunal de première instance avait considéré que :

« les résolutions en cause du Conseil de sécurité échappent en principe au contrôle juridictionnel du Tribunal et que celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fut-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire. (...) Le Tribunal

³³ Sur la notion d'acte faisant grief en droit administratif français (et en rapport avec la *soft law*) v. B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 370-377.

³⁴ V. *supra*, Chapitre 2.

est néanmoins habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*. »³⁵

27. À cela, la Cour de Justice a opposé un argument formel péremptoire selon lequel le contrôle juridictionnel porte uniquement sur l'acte d'incorporation, le juge étant sans pouvoir à l'égard des résolutions du CSNU :

« 286 (...) dans un contexte tel que celui de l'espèce, le *contrôle de légalité* devant ainsi être assuré par le juge communautaire *porte sur l'acte communautaire visant à mettre en œuvre l'accord international en cause*, et non sur ce dernier en tant que tel. 287. [II] n'incombe donc pas au juge communautaire, dans le cadre de la compétence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de *contrôler la légalité d'une telle résolution adoptée par cet organe international*, ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cette résolution avec le *jus cogens*. (...). 314. En l'espèce, il y a lieu de constater que *le règlement litigieux ne saurait être considéré comme constituant un acte directement imputable à l'ONU* en tant qu'action relevant de l'un des organes subsidiaires de celle-ci instaurés dans le cadre du chapitre VII de la charte des Nations unies ou se situant dans le cadre de l'exercice de pouvoirs valablement délégués par le Conseil de sécurité en application de ce même chapitre. »³⁶

28. On ne sait, à la lecture de l'arrêt, si la répétition d'un même argument relève de la méthode Coué ou si elle porte en elle-même des conséquences juridiques, mais on comprend l'attachement de la Cour au critère organique de l'imputation d'un acte normatif : est auteur de l'acte celui qui l'adopte. En l'espèce, le règlement est imputable aux institutions communautaires (Parlement, Conseil et Commission ayant été tous les trois impliqués dans l'adoption). Voici le pendant organique de la séparation des ordres juridiques que la Cour avait déjà mis en évidence à travers l'impossibilité pour les résolutions du CSNU de servir de base juridique aux actes de l'Union³⁷. De cette manière, la Cour écarte implicitement les autres critères envisageables pour l'imputation d'un acte. On pense, par exemple, au critère de la volonté à qui la norme est imputable. Un effet, si un acte unilatéral est l'expression d'une volonté créatrice d'effets juridiques³⁸, c'est bien la volonté propre de l'organisation

³⁵ TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi c. Commission et Conseil (Kadi I)*, aff. T-315/01, *Rec.*, 2005, p. II-3649, par. 225-226. Sur les critiques à l'encontre de ce raisonnement, v. *supra*, Chapitre 6, par. 222 et s.

³⁶ CJCE, Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351, par. 286, 287 et 314 (nous soulignons).

³⁷ V. *supra*, Chapitre 6, par. 227 et s.

³⁸ Le Doyen Hauriou n'écrivait-il pas que « le pouvoir propre de décision des autorités administratives est cette puissance de la volonté sur le droit que les Allemands appellent *Willensmacht* » ? (*Précis de droit administratif et de droit public général, à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 4^e éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois & des arrêts, 1900, p. 282) ; dans le même sens, le dictionnaire d'A. Lalande définit la 'décision' comme « la terminaison normale de la délibération, dans un acte volontaire », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e éd., 2010, p. 202.

internationale qui est à l'origine de la norme contestée³⁹, les actes internes d'incorporation étant la traduction d'une obligation juridique internationale de mettre en œuvre les actes institutionnels dans les ordres internes. La Cour écarte également le critère de la finalité de l'acte (ou de son domaine d'intervention) – dans le cas présent, le maintien de la paix et de la sécurité internationale. Cette dernière solution est inattaquable, tant il est difficile de déceler des domaines de compétence réservés aux organisations internationales de coopération.

29. Ainsi, à la faveur de la séparation des ordres juridiques, la même norme devient imputable à deux sujets de droit, même si l'un agit en vertu d'une obligation à l'égard de l'autre, et que sa volonté propre ne participe pas nécessairement à la formation de la règle. Si les juridictions internes sont prêtes à considérer que l'administration agit en vertu d'une compétence liée lorsqu'elle adopte des actes d'incorporation d'obligations institutionnelles⁴⁰, elles ne vont pas jusqu'à admettre que ces actes sont adoptés en vertu d'une délégation de la part de l'organe international, ni que l'acte institutionnel – sur lequel elles n'ont aucun pouvoir – fait écran à l'exercice du contrôle de validité des actes internes – à l'égard desquels elles ont une compétence de principe.

30. Ce type de raisonnement s'est prolongé dans le contentieux de la responsabilité. Ainsi, devant la CrEDH, les États avaient avancé l'argument que les mesures internes de mise en œuvre des sanctions ciblées du CSNU étaient attribuables à l'ONU. À cet égard, ils pouvaient prendre appui sur la jurisprudence *Behrami et Saramati*, dans laquelle la Grande Chambre avait considéré que :

« la MINUK est un organe subsidiaire de l'ONU instauré en vertu du chapitre VII de la Charte, et les pouvoirs que la KFOR a exercés en l'occurrence lui avaient été valablement délégués par le Conseil de sécurité en application de ce même chapitre VII. *Leurs actions sont donc directement imputables à l'ONU* en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective. »⁴¹

31. Cependant, la Cour n'a pas repris ce raisonnement dans les affaires concernant les sanctions ciblées :

« 91. En l'espèce, les mesures imposées par les résolutions du Conseil de sécurité ont été mises en œuvre au niveau interne par une ordonnance du Conseil fédéral. (...). *On se trouve donc clairement en présence d'actes nationaux d'application d'une*

³⁹ V. supra chapitre 1 pars. 34 et s.

⁴⁰ V. supra chapitre 6 pars. 198 et s.

⁴¹ CrEDH, Grde. Ch., 2 mai 2007, décision sur la recevabilité, *Behrami c. France, Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, n° 71412/01 et n° 78166/01, par. 151 (nous soulignons).

résolution du Conseil de sécurité de l'ONU (...). Les violations alléguées de la Convention sont ainsi imputables à la Suisse (...).

92. Il en découle que les mesures litigieuses ont été prises par l'État suisse dans l'exercice de sa 'juridiction' au sens de l'article 1 de la Convention. Les actes ou omissions litigieux sont donc susceptibles d'engager la responsabilité de l'État défendeur en vertu de la Convention. »⁴²

32. Il résulte de l'effet conjugué de ces jurisprudences que l'adoption d'actes internes d'incorporation des résolutions du CSNU ouvre la voie à la fois à leur contrôle de validité par le juge interne et à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État devant la juridiction de Strasbourg. Si, du point de vue de la politique judiciaire, ces solutions sont recommandables, en ce qu'elles permettent « d'éviter que les membres de l'organisation n'essaient de se cacher derrière l'accord constitutif qu'ils ont conclu (...) pour se soustraire à l'exécution de leurs obligations internationales »⁴³, le *paso doble* acte institutionnel/acte interne d'incorporation n'est pas sans embûches. En effet, comment les juges peuvent-ils s'affirmer à la fois sans pouvoir à l'égard des actes institutionnels et censurer les mesures internes de mise en œuvre ? L'explication réside dans l'existence présumée d'une marge d'appréciation – un résidu de volonté – dans le chef des autorités internes.

⁴² CrEDH, 2^e sect., 26 nov. 2013, *Al Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08, pars. 91-92 (nous soulignons). Sur les subtilités du raisonnement de la CrEDH dans ces différentes affaires, v. R. Rivier, « Les maîtres 'dualistes' et la Cour européenne des droits de l'homme, quel lien de filiation ? : à propos du dualisme des 'origines', de ses dérivés et de ses applications », in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville et J. E. Viñuales, *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 321-355, spéc. pp. 346-347. Il existe en effet des différences objectives entre les activités des États dans le cadre des OMP et les sanctions ciblées : dans le premier cas de figure, ce ne sont pas les États mais des organes d'une organisation internationale dans lesquels les États interviennent à titre militaire, jamais par l'intermédiaire de mesures internes (= étatiques) législatives ou réglementaires. Leur intervention ne se traduit pas par l'existence d'un acte national d'application des résolutions créant ces organes.

⁴³ C. Santulli, « Retour à la théorie de l'organe commun : réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas de l'ALBA et de la CELAC, comparées not. à l'Union européenne et à l'ONU », *RGDIP*, vol. 116, n° 3, 2012, p. 578. Dans le même sens, P. Jacob, « Imputation et modes informels d'institutionnalisation des relations internationales » in L. Dubin et M.-C. Runavot (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, Pedone, 2014, pp. 218 et s.

B. Les indices équivoques de la marge d'appréciation dans la jurisprudence interne⁴⁴

33. Les juges internes s'érigent rarement et à contrecœur en censeurs des activités normatives des organisations internationales (ou même des obligations internationales tout court). Ainsi, en France, la théorie de l'acte de gouvernement illustre l'hésitation traditionnelle du juge français à s'immiscer « dans la conduite des relations internationales de la France »⁴⁵. Un acte, fût-il formellement interne en vertu du critère organique, s'il relève de l'exercice de la fonction diplomatique, « échappe, par suite, à tout contrôle juridictionnel »⁴⁶. Sur ce fondement, le juge administratif se refuse à exercer un contrôle de légalité des engagements conventionnels⁴⁷, mais aussi, dans une certaine mesure, des décrets internes d'application des résolutions du CSNU.

34. Ainsi, dans l'affaire *Héli-Union* de 1997⁴⁸, le juge était saisi d'un décret d'application de l'embargo contre la Libye⁴⁹. Selon le commissaire du gouvernement Denis Piveteau, dans cette hypothèse, la qualification d'acte de gouvernement s'imposait, au risque sinon de voir le juge administratif se prononcer indirectement sur la légalité de la résolution :

« [S]i l'on s'en tient à ce qui fait le cœur du décret litigieux, il est parfaitement impossible de porter sur lui une appréciation de fond sans porter *ipso facto* un

⁴⁴ Le concept de marge d'appréciation est utilisé dans une multitude de circonstances et avec une multitude de finalités (v. en ce sens, la diversité du spectre des interventions au colloque « Le futur de la marge d'appréciation en droit international » (Colloque, PluriCourts/FMSH, 10 févr. 2014, Paris, programme disponible à l'adresse : <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/news-and-events/events/2014/margin-of-appreciation.html>). Il est donc impossible d'en fournir une définition unique, son appréciation étant intimement liée au cadre dans lequel la marge d'appréciation est invoquée.

⁴⁵ N. Questiaux, « L'application du droit international conventionnel par le juge administratif », in SFDI, *L'application du droit international par le juge français*, colloque de Grenoble, 1970, Paris, Armand Colin, 1972, p. 63.

⁴⁶ Conseil d'État, Ass., 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, n° 171277, *Lebon*, p. 347 ; 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, *Lebon*, p. 501 ; 10 avr. 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, n° 255905, *Lebon, T.*, p. 707.

⁴⁷ V. in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître en 2015, commentaires de S. Grosbon, Conseil d'État, 9 juil. 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n° 327663, *Lebon*, p. 268 ; et d'A. Pellet, Conseil d'État, Ass., 23 déc. 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, *Lebon*, p. 623, (spéc. pars. 9-10).

⁴⁸ Conseil d'État, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, *Lebon*, p. 501. Une partie de la doctrine présente toujours cet arrêt comme l'expression du droit positif français en matière de contrôle des actes internes d'application des rés. CSNU (v. J. Matringe, « Les actes unilatéraux des organisations internationales devant le juge français », in G. Cahin, F. Poirat et S. Szurek (dir.), *La France et les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2013, pp. 110-111). Une jurisprudence plus récente conduit cependant à questionner l'injusticiabilité de ces actes (v. commentaire d'A. Miron, Conseil d'État, 3 nov. 2004, *Association Secours mondial de France*, n° 262626, *Lebon, T.*, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *op. cit.*, note 47).

⁴⁹ L'embargo a été instauré par la rés. CSNU 748 (1992), du 31 mars 1992.

jugement sur le bien-fondé de la résolution du Conseil de Sécurité. Or tel est précisément le risque que veut parer la notion d'acte de gouvernement. »⁵⁰

35. Le Conseil d'État a effectivement considéré que « dans les circonstances où elle a été prise, la décision attaquée n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France et échappe, par suite, à tout contrôle juridictionnel ; que la juridiction administrative n'est, dès lors, pas compétente pour connaître de la requête de la société Héli-Union tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision »⁵¹. Cependant, comme à l'accoutumée, l'arrêt n'explique pas en quoi le décret n'était pas détachable de la conduite des relations internationales. Par conséquent, on ne peut savoir si c'est en raison de son objet même – la mise en œuvre d'une résolution du CSNU prise en vertu du chapitre VII – que le décret s'est vu qualifié d'acte de gouvernement. Dans ses conclusions, Denis Piveteau se garde bien de créer un lien automatique entre le fait qu'un décret mette en œuvre une décision internationale et la qualification qui voue l'acte à l'immunité juridictionnelle. Au contraire, il insiste et analyse la marge d'appréciation dont bénéficie l'autorité interne, il conclut qu'elle est quasi-nulle et qualifie dès lors le décret d'incorporation d'acte de gouvernement.

36. En matière d'acte de gouvernement, le concept de marge d'appréciation permet en effet de distinguer entre l'« acte non détachable » et « l'acte détachable » de la conduite des relations internationales : le premier contient les « mesures qui sont des *conséquences directes, inéluctables et automatiques* des stipulations de l'accord international »⁵², alors que le second « laisse à l'État français une *certaine marge de liberté et d'autonomie dans l'initiative de l'exécution et les choix des moyens* »⁵³. Dans ses conclusions précitées, Denis Piveteau s'est référé à ces critères pour souligner que le caractère non détachable du décret était mis en évidence par la quasi-identité substantielle entre celui-ci et la résolution du CSNU :

« On peut cependant revenir à la charge, dans le sens de la 'détachabilité', en remarquant que le décret comporte plusieurs articles, dont certains reprennent effectivement les termes de la résolution 748, mais dont d'autres manifestent ce que le Président Odent appelait, dans ses conclusions sous l'arrêt 'Radiofusion française', le

⁵⁰ Concls. D. Piveteau sous Conseil d'État, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, non publiées.

⁵¹ Conseil d'État, *Société Héli-Union*, préc., note 48 (nous soulignons).

⁵² Concls. du Commissaire du gouvernement Alain Bacquet sous Conseil d'État, 13 juil. 1979, *SA Coparex*, *AJDA* 1980, p. 371 (nous soulignons).

⁵³ *Ibid.*

‘choix des procédés’^[54]. Les dispositions essentielles du décret (...) sont, elles, un décalque de la résolution des Nations-Unies. »⁵⁵

- *Indice 1 : L’absence d’identité matérielle entre l’acte international et l’acte interne est ainsi un premier indice de la marge d’appréciation.*

37. De l’avis du juge administratif, l’affaire *Association Secours mondial de France* représentait un autre cas de figure, qui justifiait l’exercice d’un contrôle sur l’acte interne assurant la mise en œuvre des sanctions ciblées à l’encontre d’entités suspectées d’association avec la mouvance Al Qaida (résolutions CSNU 1267 du 15 octobre 1999 et 1390 du 16 janvier 2002). La demande d’annulation présentée par l’association était dirigée contre un décret du 19 octobre 2002, qui l’inscrivait à l’annexe du décret du 25 septembre 2001 réglementant les relations financières avec certaines personnes ou entités. Cependant, le décret français avait *précédé* de trois jours l’inscription, sur la liste du comité des sanctions du Conseil de sécurité, d’un groupe d’associations auxquelles Secours mondial de France était affiliée. Le décret n’apparaissait donc pas formellement comme un acte de mise en œuvre de la résolution, du moins pas à la date de son édicition.

38. Le juge excipe en premier lieu des circonstances d’adoption du décret, en particulier de sa date, qui est antérieure, bien que de trois jours seulement, à la date de la résolution : « *eu égard à sa date de publication* et en tout état de cause, le décret attaqué ne se borne pas (...) à tirer les conséquences d’une résolution du conseil de sécurité des Nations-Unies ». C’est ce qui fait dire au Commissaire du gouvernement, Francis Donnat, que « la France conservait [en l’espèce] *une certaine latitude d’initiative* »⁵⁶. Le jour où le décret a été adopté, aucune obligation d’agir ne pesait sur le gouvernement – pas encore, car, trois jours après, la situation juridique était complètement différente. Faute d’impératif juridique, le gouvernement garde toute sa marge d’appréciation. C’est pour cette même raison que lorsqu’on se trouve en présence d’actes institutionnels non obligatoires, les autorités internes sont présumées garder

⁵⁴ D. Piveteau renvoie ici à la problématique suivante : « une activité ou une décision administrative française qui n’est pas la *conséquence directe, nécessaire, inéluctable* d’une convention diplomatique, qui ne *se confond* pas avec une telle convention [...]. Il y a acte détachable et non pas acte de gouvernement dès l’instant que les autorités françaises jouissent d’une certaine *indépendance* dans le choix des procédés par lesquels elles exécutent leurs obligations internationales, qu’elles ont l’initiative des moyens grâce auxquels elles se conforment auxdites obligations » (Concl. Odent sous TC, 2 févr. 1950, *Soc. Radio-Andorre*, RD publ. 1950, p. 427)

⁵⁵ Concls. D. Piveteau sous Conseil d’État, 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, non publiées.

⁵⁶ Concls. non publiées de F. Donnat sous Conseil d’État, 3 nov. 2004, *Association Secours mondial de France*, préc., note 48, p. 548 (nous soulignons). Ce critère rappelle celui de « l’autonomie dans l’initiative de l’exécution » du Commissaire du gouvernement A. Bacquet, préc., note 52 (v. *supra*, par. 36).

toute leur marge d'appréciation, ce qui justifie un contrôle inconditionnel de validité des actes internes d'incorporation.

- *Indice 2 : L'absence d'une obligation juridique sur le plan international révèle la marge d'appréciation des autorités internes.*

39. Devant les juridictions de l'Union européenne, le concept de marge d'appréciation avait servi à distinguer des situations où les autorités internes déterminaient le champ d'application *ratione personae* d'un régime de sanction général⁵⁷ :

« 149. Dans la présente affaire, en revanche, s'il est vrai que la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité dispose notamment, en son paragraphe 1, sous c), que tous les États gèlent sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées par elles, et des personnes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes et entités, *c'est sans aucune détermination individuelle des personnes, groupes et entités qui doivent faire l'objet de ces mesures.* (...).

150. Ainsi, dans le contexte de la résolution 1373 (2001), il incombe aux États membres de l'Organisation des Nations unies (ONU) – et, en l'occurrence, à la Communauté, par l'intermédiaire de laquelle ses États membres ont décidé d'agir – *d'identifier concrètement quels sont les personnes, groupes et entités dont les fonds doivent être gelés en application de cette résolution, en se conformant aux normes de leur propre ordre juridique.* »⁵⁸

- *Indice 3 : La possibilité pour les autorités internes de déterminer le champ d'application ratione materiae ou ratione personae d'une norme révèle la marge d'appréciation.*

40. La Cour de Strasbourg a également mis en évidence la marge d'appréciation dont bénéficiait l'État pour justifier, en première instance, la reconnaissance de la responsabilité de la Suisse dans l'affaire *Nada* :

« La Cour doit donc examiner au préalable ces résolutions pour déterminer si elles laissent aux États *une certaine liberté dans leur mise en œuvre* et, en particulier, si elles permettaient en l'espèce aux autorités de prendre en compte le caractère très spécial de la situation du requérant et, dès lors, de se conformer aux exigences de l'article 8 de la Convention. »⁵⁹

⁵⁷ Sur la distinction entre le régime de sanction général imposé par la rés. 1373 du CSNU et les régimes plus spécifiques (pour l'exemple du régime instauré par la résolution 1267 (1999), v. U. Candaş et A. Miron, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, n° 3, 2011, spéc. pp. 770-771).

⁵⁸ TPICE, 11 juil. 2007, *Jose Maria Sison c. Conseil*, T-47/03, *Rec.*, 2009, p. II-1483, pars. 149-150 (nous soulignons).

⁵⁹ CrEDH, Grde. Ch., 12 sept. 2002, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, par. 175.

41. L'arrêt se poursuit par une interprétation fouillée des résolutions pertinentes du CSNU pour déterminer quelle était la marge d'appréciation (la « latitude », selon l'arrêt) laissée par le Conseil aux États membres, pour conclure :

« Compte tenu de [cette analyse], la Cour estime que la Suisse *jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle*, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité. »⁶⁰

42. De la même manière, lorsque les autorités internes sont investies, par les résolutions elles-mêmes, du pouvoir de prévoir des exceptions à des fins humanitaires⁶¹, ou de déroger autrement au régime strict des sanctions⁶², c'est qu'elles bénéficient du pouvoir de moduler leurs obligations institutionnelles.

– *Indice 4 : La marge d'interprétation des actes institutionnels est également une marge d'appréciation qui oblige les autorités internes à choisir l'interprétation conforme à d'autres obligations, notamment en matière de droits humains*⁶³.

43. Ces quatre premiers indices semblent logiques. Ils sont d'ailleurs un corollaire solide de l'absence de complétude normative, qui est un des critères matériels pour l'établissement de l'effet direct⁶⁴. C'est le dernier indice de la marge qui laisse perplexe. Selon la Cour de Luxembourg :

« 298 Il y a toutefois lieu de relever que la charte des Nations unies n'impose pas le choix d'un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de cette charte, cette mise en œuvre devant intervenir conformément aux modalités applicables à cet égard dans l'ordre juridique interne de chaque membre de l'ONU. En effet, la charte des Nations unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions. »⁶⁵

À sa suite, la Cour de Strasbourg a également estimé que :

⁶⁰ *Ibid.*, par. 180. L'étendue de cette marge de manœuvre avait été mise en exergue avec beaucoup de précision par le Tribunal fédéral suisse, dans la même affaire *Nada* (Suisse, Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour de droit public, 14 nov. 2007, *Nada c. Secrétariat d'État à l'économie*, BGE n° 133, vol. II, p. 450) (v. le compte-rendu et la traduction de l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Nada* CrEDH, préc., note 59, spéc. pars. 50-52).

⁶¹ Royaume-Uni, The High Court of Justice, 9 avr. 2008, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2008] EWHC 869 (Admin) ; Cour d'appel, 30 oct. 2008, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2008] EWCA Civ 1187 ; Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2 ; CJUE, 29 avr. 2010, *The Queen, à la demande de M e.a. c. Her Majesty's Treasury*, aff. C-340/08, *Rec.*, 2010, p. I-3913. V. égal. High Court of Justice, 22 mai 2009, *Khaled v Her Majesty's Treasury* [2009] EWHC 1643 (Admin).

⁶² Canada, Cour fédérale, Ottawa, 4 juin 2009, *Abousfian Abdelrazik c. le Ministre des affaires étrangères et le Procureur général du Canada*, 2009 CF [580] : dérogation à l'interdiction de voyager pur permettre aux personnes visées de rejoindre leur pays de nationalité.

⁶³ V. aussi supra, chapitre 5, pars. 17 et s.

⁶⁴ V. supra, chapitre 3, pars. 84 et s.

⁶⁵ CJCE, *Kadi I* (2008), préc., note 36.

« la Charte des Nations Unies n'impose pas aux États un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de cette Charte. Sans préjudice de la nature contraignante de ces résolutions, *la Charte laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions.* Ainsi, elle impose aux États une obligation de résultat, leur laissant le libre choix des moyens pour se conformer aux résolutions. »⁶⁶

44. Dans le même esprit, la solution de l'arrêt *Association Secours mondial de France*⁶⁷ n'est pas justifiée uniquement sur le fondement de l'absence d'obligation juridique à la date d'adoption du décret. Le Conseil d'État s'est en effet ménagé un argument alternatif, pour des situations où cette circonstance temporelle particulière serait absente. Cette échappatoire est révélée par l'expression : « *en tout état de cause (...)* le décret attaqué ne se borne pas (...) à tirer les conséquences d'une résolution ». L'expression renvoie implicitement à d'autres justifications susceptibles d'écarter l'acte de gouvernement. Celles-ci sont identifiées dans les conclusions du Commissaire du gouvernement, Francis Donnat. L'une tient à *l'objet* de l'acte, « entièrement tourné vers l'ordre interne. Il s'agit d'une mesure de police tendant à contrôler sur notre sol un groupe dont il est dit qu'il présente des risques pour l'ordre public, et cela reste une mesure essentiellement nationale »⁶⁸. Une autre vient du fait que « la France conservait (...) [*le*] *choix des moyens* grâce auxquels elle a entendu se conformer à cette obligation »⁶⁹. Ainsi, plus que dans le contenu de l'acte, c'est dans les modalités de son adoption que se révèle la marge d'appréciation.

45. Dans des situations où les autorités internes n'ont aucun pouvoir pour déterminer le contenu des actes d'incorporation (ni *ratione materiae*, ni *ratione personae*), il peut être difficile de saisir d'emblée l'étendue de leur marge d'appréciation⁷⁰. Cependant, les juges internes considèrent que la présence même d'un acte d'incorporation traduit l'existence d'une marge d'appréciation. Selon cette logique, il ne faut donc plus identifier la marge d'appréciation dans le contenu de la norme, mais dans le contexte juridique interne de l'adoption de l'acte interne. Certes, l'ordre international laisse aux États le libre le choix des moyens (ou des procédés) de mise en œuvre interne des actes institutionnels : c'est la

⁶⁶ CrEDH, *Nada*, préc., note 59, pars. 176, 178 et 180.

⁶⁷ *Supra*, pars. 37-38.

⁶⁸ Concls. F. Donnat, préc., note 56, p. 548.

⁶⁹ *Ibid.* (nous soulignons).

⁷⁰ La Cour de Strasbourg l'a elle-même souligné dans l'affaire *Al-Dulimi*, préc., note 42 (par. 117) ; v. aussi, même affaire, l'opinion dissidente du juge Lorenzen à laquelle se rallient les juges Raimondi et Jočiené.

définition même du principe d'autonomie constitutionnelle⁷¹. Cependant, l'autorité interne est sans pouvoir à la fois sur le premier et sur le second : le contenu de l'acte à adopter s'impose à elle en raison de la décision institutionnelle (obligatoire), alors que le contexte juridique interne est une donnée immanente. Il appartient dès lors aux autorités internes de choisir, voire d'inventer, les modalités qui assurent une exécution des obligations institutionnelles compatibles avec les droits humains⁷². Exciper dans ces cas de la marge d'appréciation relève d'un artifice dont le but est de justifier la compétence juridictionnelle des juges internes à l'égard des normes d'origine institutionnelle⁷³.

- *Indice 5 : L'absence d'effet direct des actes institutionnels – entendue comme absence d'application immédiate dans les ordres internes – permet de postuler, ipso facto, l'existence d'une marge d'appréciation pour les États et d'ouvrir ainsi la porte à un contrôle juridictionnel inconditionnel.*

Section II. Les normes de référence du contrôle juridictionnel exercé à l'égard des normes institutionnelles

46. Par contrôle juridictionnel, on entend la confrontation de la norme institutionnelle à une norme de référence, le juge interne étant l'auteur de l'opération pour la présente hypothèse d'étude. Celui-ci vérifie l'absence de contrariété de la norme institutionnelle à une norme supérieure. Les normes de références sont en effet la traduction contentieuse des relations hiérarchiques étudiées au chapitre 6. On constate ainsi que le dédoublement des sources formelles pour la même norme matérielle s'accompagne d'un dédoublement du corpus des normes de référence : si l'objet du contrôle portait sur l'acte institutionnel – mais, on l'a vu, c'est une hypothèse d'école – la norme de référence devrait appartenir à la hiérarchie formelle internationale, tandis que si le contrôle de validité porte sur l'acte interne d'incorporation, la norme de référence relève en principe de la hiérarchie formelle interne. Dans le cadre de l'appréciation de validité, la norme de référence est toujours déterminée par l'ordre juridique d'appartenance de l'acte objet du contrôle juridictionnel (§ 1). Cependant, l'origine internationale de la norme matérielle contrôlée, ainsi que l'enracinement d'autres formes de hiérarchies, distinctes de la hiérarchie pyramidale formelle, viennent troubler le

⁷¹ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 4 et s.

⁷² V. aussi *supra*, chapitre 6, pars. 234 et s.

⁷³ V. aussi, dans ce sens, J.-M. Thouvenin, « La déclaration d'autonomie de l'ordre juridique communautaire dans l'arrêt *Kadi* », *Chronique de droit européen et comparé* n° XXV, *Petites affiches*, n° 22, 1 févr. 2010, p. 11 spéc. par. 8.

cartésianisme heureux de cette approche, permettant d'envisager des contrôles indirects des normes institutionnelles (§ 2).

§ 1. Les normes de référence : le lien indissoluble entre contrôle de validité et hiérarchie formelle

47. Le Chapitre 6 de la présente étude a mis en exergue le lien indissoluble qui existe entre les conditions de validité et la hiérarchie formelle⁷⁴ : une norme ne peut constituer une condition de validité d'un acte que si elle fait partie des règles qui confèrent un pouvoir à l'auteur de l'acte, en le restreignant en même temps. Les règles qui confèrent des pouvoirs (ou « règles d'habilitation » dans la terminologie hartienne) sont ainsi à la fois des conditions de validité des actes et des normes de référence du contrôle juridictionnel éponyme⁷⁵. Dès lors, si le contrôle vise à confirmer ou à infirmer la validité d'un acte institutionnel, il faut au préalable établir que la norme de référence est non seulement opposable à l'organe institutionnel, mais qu'en outre elle constitue une condition posée à sa validité. Il est par conséquent logique que le contrôle de validité ne s'exerce qu'au regard des normes supérieures appartenant au même ordre juridique. *Ergo*, pour un acte institutionnel, un véritable contrôle de validité – qu'il soit effectué par le juge international ou par le juge interne – ne peut prendre comme norme de référence que des règles internationales (et non pas des règles internes, fussent-elles de valeur constitutionnelle)⁷⁶.

48. La question se pose dès lors de savoir quelles sont les règles de l'ordre international susceptibles d'être qualifiées de conditions de validité des actes institutionnels. La charte constitutive de l'organisation est le premier ensemble normatif qui vient à l'esprit : elle délimite le domaine de compétence de l'organisation et prévoit les modalités d'exercice de son activité normative, qui sont autant de conditions de validité des actes institutionnels. Or, le juge interne n'opère pas un contrôle de validité par rapport au traité constitutif. Le *jus cogens* est le second ensemble normatif de référence : si des juridictions internes ont

⁷⁴ V. *supra*, Introduction du Chapitre 6, pars. 133-144.

⁷⁵ V. H. L. A., Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, pp. 46-60 ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, facsimilé, coll. « Les introuvables », 1999, p. 339 ; M. Troper, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 857, 2003, p. 67 ; J. Combacau utilise l'expression « les règles qui gouvernent la production de l'acte » (*in* « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 98)

⁷⁶ Le raisonnement qui suit est purement théorique, puisque l'objet du contrôle de validité ne porte pas sur l'acte en tant que tel, comme il vient d'être démontré.

manifesté une certaine ouverture vers ce type de contrôle, force est de constater que ces tentatives ont été singulièrement découragées⁷⁷.

49. En revanche, suivant la bonne logique kelsenienne⁷⁸, on est tenté d'affirmer que ne constituent pas des conditions de validité des actes institutionnels les normes internationales qui ne dérivent pas de sources supérieures au sens de la hiérarchie formelle. Même si elles sont obligatoires à l'égard de l'organisation, les obligations conventionnelles et les normes coutumières qui lui sont opposables⁷⁹ n'engendrent pas des rapports de validité, mais uniquement la responsabilité en cas de violation⁸⁰.

50. Le droit interne pourrait-il fournir une norme de référence pour apprécier la validité des actes institutionnels ? Selon l'approche formelle, la réponse négative s'impose : le droit interne ne lie pas les organisations internationales. Par conséquent, il ne pourrait, d'une manière générale, être une condition de validité de leurs actes.

⁷⁷ V. *supra*, chapitre 6, pars. 263 et s.

⁷⁸ Comme l'observait E. Millard, « La théorie de Kelsen est une théorie formelle. Elle considère que la validité est la modalité spécifique d'existence d'une norme et que les conditions de la validité sont identiques aux règles de production de la norme (dans sa version dynamique). De ce point de vue, une norme est valide si elle a été produite conformément à une norme, dite supérieure, elle-même valide. » (« La hiérarchie des normes », *Revus* [Online], en ligne depuis 1^{er} déc. 2013, <http://revus.revues.org/2681>, p. 166).

⁷⁹ Ce n'est d'ailleurs pas un mince affaire que d'identifier les normes coutumières opposables à l'organisation (v. par ex. M. Forteau, « Organisations internationales et sources du droit », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, pp. 272-276, §§ 540-548).

⁸⁰ C'est une conclusion à la fois provisoire et mal assurée. En effet, même en laissant de côté les hypothèses où le droit coutumier est attrait, par la magie du renvoi, sous l'empire de la charte constitutive, on peut également considérer que les normes coutumières générales, qui lient l'ensemble des États membres, sont également des conditions de validité des actes institutionnels. En effet, les organisations internationales sont des sujets dérivés, qui bénéficient de compétences attribuées par les États. Or, pour reprendre la prémisse énoncée par E. Cannizzaro et P. Palchetti, « *it seems reasonable to presume that the powers conferred to international organizations do not include the power to violate international law. (...) Thus, absent a clear indication to the contrary, one might presume that respect for international law constitutes a limit to the scope of the international organization.* » (*op. cit.*, note 11, pp. 369-370 ; les deux auteurs soulignent cependant le caractère spéculatif de leur raisonnement). Dans le cadre de la présente étude, il n'est pas possible d'aller plus loin : l'ordre international n'a pas tranché cette épineuse question, et les juges internes ne s'aventurent même pas à l'aborder. On remarque toutefois, d'une manière incidente, que le tribunal arbitral dans l'affaire de la Banque des règlements internationaux a examiné la question de la compatibilité des actes de la Banque avec les principes généraux du droit international sous l'angle de la responsabilité, et non pas de la légalité des actes : « *Mr. Mathieu contended that (...), the Bank's action was unlawful because it violated two of international law's cardinal requirements for a lawful expropriation : that the taking be in the public interest and that it be non-discriminatory. The question arises as to whether the Bank's recall of privately held shares in 2001 is to be examined either under the law of State Responsibility (...).* » (v. sentence arbitrale, 22 nov. 2002, *Sentence partielle concernant la licéité de la reprise des actions détenues par des personnes privées décidée le 8 janvier 2001 et les normes applicables à l'évaluation des dites actions*, RSA, vol. XXIII, p. 225, par. 149).

51. Il n'en va différemment que si on considère que les conditions de reconnaissance des normes institutionnelles par les ordres juridiques internes constituent autant de « conditions de validité ». Cette conception perspectiviste de la « validité » est parfois mise en avant. Ainsi, François Ost et Michel van de Kerchove soulignent-ils :

« Si la validité de la norme juridique est définie comme son appartenance à un système juridique, il apparaît que cette appartenance peut être déterminée au moins partiellement par des règles appartenant à un autre système. »⁸¹

52. Avec cette théorie en toile de fond, Hélène Raspail se fait le héraut d'un contrôle de validité axé sur les normes de référence de l'ordre juridique du for :

« Le contrôle ayant lieu dans l'ordre interne, les motifs invoqués par les requérants tendant à mettre en cause les actes institutionnels dont ils sont les destinataires devront alors être issus de règles primant ces actes internationaux dans cet ordre juridique. Ils sont donc fonction de ce que décide chaque constitution étatique à ce sujet. »⁸²

53. L'argument est difficilement défendable, et ce pour plusieurs raisons : d'abord, parce que la théorie sous-jacente conduit à une confusion entre les règles régissant l'efficacité interne des actes institutionnels – qui sont relatives et déterminées par les ordres juridiques internes – et celles régissant la validité des actes – qui sont uniques, parce que précisées par l'ordre juridique international⁸³. En outre, puisque les actes institutionnels sont dépourvus d'effet direct, ils ne s'insèrent en principe pas dans la hiérarchie formelle interne⁸⁴. Que se passerait-il si, d'aventure, un juge interne arrivait à la conclusion opposée⁸⁵ ? On peut raisonner par analogie avec le cas des traités d'effet direct qui, en France, sont intégrés dans la pyramide des normes, avec un rang supérieur à la loi, mais infra-constitutionnel. Le juge administratif français opère aujourd'hui un contrôle de constitutionnalité du décret de publication du traité⁸⁶. Cependant, il ne faut pas se méprendre sur la nature d'un tel contrôle : c'est le respect par les autorités internes des règles constitutionnelles relatives à la conclusion des traités qui est ainsi contrôlé et non pas la compatibilité du traité avec les normes

⁸¹ F. Ost et M. de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 200.

⁸² H. Raspail, « Contrôle de validité... », *op. cit.*, note 11, p. 962, § 1903.

⁸³ C'est pour cette raison que dans le cadre de cette étude, le terme « efficacité » a été d'ailleurs préféré pour désigner la mesure de la reconnaissance des actes institutionnels par les ordres juridiques internes : v. *supra*, introduction du Titre 2.

⁸⁴ V. *supra*, chapitre 6, pars. 146 et s.

⁸⁵ C'est le cas du juge suisse, qui réfléchit dès lors dans le cadre des hiérarchies établies du droit international : v. *supra*, chap. 6, pars. 172-173.

⁸⁶ France, Conseil d'État, Ass., 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, n° 181249, *Lebon*, p. 484 ; 8 juil. 2002, *Commune de Porta*, n° 239366, *Lebon*, p. 260 ; 9 juil. 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, préc., note 47. Ces décisions ont été commentées in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, *op. cit.*, note 47.

substantielles à valeur constitutionnelle. Comme le souligne le Commissaire du gouvernement, Rémi Keller, dans ses conclusions sous l'arrêt *Fédération nationale de la libre pensée* :

« Bien que vous ayez progressivement élargi votre contrôle de la procédure d'insertion des accords internationaux dans le droit interne, vous n'avez encore jamais vérifié la conformité à la Constitution du contenu d'un engagement international lorsque vous étiez saisi du décret procédant à sa publication. La présente affaire pose la question de savoir si vous devez franchir ce pas. »⁸⁷

54. En l'espèce, le Conseil d'État a considéré que le temps n'était pas venu de franchir ce pas⁸⁸ : les juridictions internes françaises n'ont donc pas à effectuer un contrôle de validité substantielle des traités incorporés dans l'ordre interne. Elles continuent à exercer un contrôle de régularité de la ratification du traité, qui peut conduire le Gouvernement à refaire le chemin de la procédure interne de ratification⁸⁹, mais elles ne procèdent pas à un contrôle substantiel, dont l'effet ne peut être que la dénonciation du traité. Les irrégularités procédurales peuvent être corrigées, ce qui n'est pas le cas des irrégularités substantielles, qui nécessitent la renégociation du traité. Cette solution s'impose *a fortiori* à l'égard des actes institutionnels : leur force obligatoire ne dérive pas de la volonté étatique, et l'opposition des États à leur égard est sans effet sur l'opposabilité de l'acte à celui-ci, à moins que les effets d'une telle opposition ne soient organisés par le traité constitutif, à travers les mécanismes d'*opting out*⁹⁰.

55. Bien évidemment, lorsque le juge est saisi de l'acte interne d'incorporation, les préceptes de la hiérarchie formelle interne s'imposent avec une égale force : l'acte subit un contrôle de validité par référence aux normes internes supérieures. Il n'en reste pas moins qu'en raison de l'existence d'autres formes de hiérarchie, la pureté des préceptes de la hiérarchie formelle est atteinte⁹¹, ce qui ne manque pas de troubler la compréhension des décisions internes qui ont abordé la question de la légalité des normes institutionnelles.

⁸⁷ R. Keller, « Le contrôle de l'accord entre la France et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et diplômes », concls. sous Conseil d'État, 9 juil. 2010, n° 327663, *Fédération nationale de la libre pensée*, *RFDA* 2010, p. 983.

⁸⁸ Même s'il a procédé à une interprétation restrictive du traité, conforme au principe constitutionnel de laïcité qui avait été invoqué par les requérants (v. commentaire S. Grosbon, *op. cit.*, note 47).

⁸⁹ V. A. Miron et A. Pellet, « 'Nationalisation' du droit international et particularismes constitutionnels français », in *Mélanges Verhoeven*, 2015, à paraître, p. 361.

⁹⁰ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 77 et s.

⁹¹ V. *supra*, Chapitre 6.

§ 2. *Les contrôles indirects de légalité des normes institutionnelles*

56. On appelle contrôles indirects de légalité les instances où le juge interne se prononce sur la conformité des normes institutionnelles avec le droit objectif, sans que le constat de la non-conformité se solde par la nullité de l'acte contrôlé. Dans ce contexte, le juge se montre beaucoup moins attentif à la fois à l'objet de son contrôle – dans la mesure où il se prononce sur la substance, l'acte contrôlé importe peu – et aux normes de référence : il se réfère pêle-mêle aux principes constitutionnels, aux normes conventionnelles, voire coutumières internationales, transgressant ainsi la séparation formelle des ordres juridiques. Ces exercices mettent à mal le paradigme pyramidal, qui ne s' imagine qu'au sein d'un seul ordre juridique auxquelles appartiennent toutes les normes de référence du contrôle juridictionnel. Il est impossible de dresser un tableau exhaustif des situations où un tel contrôle est décelable. À partir des analyses menées dans les chapitres précédents, on peut tenter quelques constats conclusifs centrés cette fois non pas sur la description des conflits de normes, mais sur le contrôle juridictionnel.

A. Des contrôles indirects menés sous couvert d'interprétation conforme

57. L'acte d'interprétation est le puissant levier d'un contrôle de légalité qui ne dit pas son nom : en effet, c'est après avoir constaté qu'il existe un risque de collision entre deux normes que le juge précise le sens de l'une d'entre elles, ce qui permet de sauvegarder sa légalité. L'acte d'interprétation a pour objectif d'éviter une confrontation latente de légalité. La théorie de l'interprétation conforme est, de ce point de vue, une alternative, souvent faite de mieux, au contrôle de légalité. Dans « interprétation conforme », il y a « conformité », terme qui traduit nécessairement un rapport non de soumission hiérarchique, mais de convenance.

58. On a déjà constaté que le juge interne, sous couvert d'interprétation conforme des actes internes d'incorporation, détermine la portée de l'acte interne par rapport à celle de l'acte international⁹². C'est ainsi que l'acte institutionnel devient une norme de référence pour le juge interne. Lorsque l'interprétation conforme a l'acte national pour objet et les normes internationales pour référence, elle repose sur la présomption que les organes étatiques (le Parlement, mais aussi l'Exécutif) sont tenus de respecter le droit international, lorsqu'ils exercent leurs compétences normatives. Vue sous cet angle, cette théorie permet d'encadrer

⁹² V. *supra*, Chapitre 5, pars. 26 et s.

l'exercice de ces compétences, bien que ce soit un encadrement *a posteriori* des effets de la législation et non pas de son adoption, sans conséquence immédiate sur sa validité. C'est par conséquent une technique d'encadrement de la compétence normative. Mais cette logique s'est prolongée à l'égard des actes institutionnels eux-mêmes : les juridictions internationales ou nationales mettent ainsi en avant une obligation pour les institutions internationales de respecter certaines normes, en particulier celles relatives aux droits humains, lorsqu'elles exercent leurs compétences normatives. Le fondement d'une telle obligation est rarement précisé, mais le raisonnement comporte des similitudes prononcées avec la théorie de l'interprétation conforme, telle qu'elle est connue des ordres internes⁹³.

59. La question s'est posée récemment, à l'égard des résolutions obligatoires du Conseil du sécurité, au sujet desquelles Ben Emmerson, Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soulignait :

« Compte tenu de la présomption, en droit international, d'absence de conflits normatifs, les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont mis au point une règle d'interprétation visant à ce que les résolutions du Conseil soient interprétées en partant de l'hypothèse qu'il n'est pas dans l'intention du Conseil de violer les droits fondamentaux. »⁹⁴

60. Les décisions les plus emblématiques viennent de la Cour européenne des droits de l'homme. La première affirmation explicite de cette présomption se trouve dans l'arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, de 2011, dans une affaire qui concernait la détention illimitée, et sans procès, d'un prisonnier par les forces britanniques stationnées en Irak :

« La Cour en conclut que, lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. »⁹⁵

61. Le cœur de la théorie a ainsi été résumé en 2012, dans l'affaire *Nada c. Suisse*, qui porte sur la compatibilité des sanctions ciblées du CSNU avec les normes internationales relatives aux droits humains :

« Quand plusieurs instruments apparemment contradictoires sont simultanément applicables, la jurisprudence et la doctrine internationales s'efforcent de les interpréter de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux. Il en

⁹³ V. sa description dans le Chapitre 5, pars. 18 et s.).

⁹⁴ Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies du 26 sept. 2012 sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme, doc. ONU A/67/396, par. 17, notes de bas de page omises.

⁹⁵ CrEDH, Grde. Ch., 7 juil. 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, n° 27021/08, par. 102 (nous soulignons).

découle que deux engagements divergents doivent être autant que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur. »⁹⁶

62. En 2013, la Cour a réitéré ce principe dans l'affaire *Stichting 'Mothers of Srebrenica' c. Pays-Bas*, qui concernait le génocide de Srebrenica et la compatibilité de l'immunité de juridiction reconnue aux Nations Unies par les tribunaux néerlandais avec les droits protégés par la CESDH :

« Comme elle l'a fait pour les résolutions du Conseil de sécurité, la Cour interprétera la Charte des Nations unies et les autres instruments régissant le fonctionnement des Nations unies autant que faire se peut en conformité avec les obligations incombant aux États au titre du droit international des droits de l'homme. »⁹⁷

63. La Cour a eu le plus grand mal à préciser sur quel fondement elle basait cette présomption interprétative. Bien qu'elle renvoie expressément au principe de l'interprétation systémique de l'article 31(3)(c) de la CVDT, l'argument ne convainc pas :

« Par ailleurs, la Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de 'toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties', en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme. »⁹⁸

64. En effet, on est devant un raisonnement circulaire : la Cour rappelle que la CvEDH doit être interprétée à la lumière des autres règles du droit international. Rien à redire sur ce point. Elle enchaîne sur l'article 31(3)(c), pour conclure que tout traité doit être interprété à la lumière des règles pertinentes pour son application. Si l'on suit le syllogisme à son terme, cet enchaînement argumentatif signifie que la Cour se fonde sur l'article 31(3)(c) pour conclure que la CvEDH doit être interprétée à la lumière des règles internationales relatives aux droits humains. Mais ce ne fut pas la conclusion de la Cour. En réalité, elle en infère l'existence d'une présomption selon laquelle le Conseil de sécurité n'a pas entendu imposer des obligations contraires aux droits humains⁹⁹. La conclusion ne résulte donc pas des prémisses énoncées.

⁹⁶ CrEDH, Grde. Ch., 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, par. 170.

⁹⁷ CrEDH, 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica et a. c. Pays-Bas*, n° 65542/12.

⁹⁸ CrEDH, *Nada c. Suisse*, préc., note 96, par. 169.

⁹⁹ V. *supra* par. 60. La citation de l'arrêt *Al-Jedda* (préc., note 95) a été reprise dans la décision *Nada* (préc., note 96.), au par. 171 de l'arrêt.

65. En substance, la Cour invoque une nécessité générale de mise en cohérence systémique¹⁰⁰. Son renvoi aux précédents concernant l'interprétation systémique de la CvEDH n'est qu'un prétexte pour opposer l'impératif de cohérence à d'autres normes internationales (ici, les résolutions du CSNU). Jusqu'à ces décisions relatives aux sanctions, la Convention demeurerait cependant l'objet de l'action interprétative de la Cour, celle-ci étant appelée à peser les obligations des États issues de la CvEDH à la lumière de leurs autres obligations internationales. Dans la nouvelle architecture, l'objet de l'interprétation change : ce sont les résolutions elles-mêmes qui sont confrontées aux droits humains, notamment à ceux prévus dans la Convention de 1950. Les obligations imposées aux États par les résolutions CSNU sont mitigées par leurs obligations relatives aux droits humains. Évidemment, le Conseil de sécurité n'est pas formellement lié par la Convention de 1950, comme il ne l'est par aucun des instruments conventionnels majeurs de protection des droits humains (la question se pose cependant pour les normes coutumières, que ces conventions codifient pour la plupart). Mais les États le sont, et c'est en se prononçant sur les contraintes normatives apparemment contradictoires qui pèsent sur eux que les juridictions internes en viennent à limiter *a posteriori* l'exercice par le CSNU de ses compétences.

66. Pour l'affirmation d'un principe général d'interprétation conforme des résolutions du CSNU, la Cour de Strasbourg s'appuie également sur des décisions internes, notamment une de la Cour suprême britannique, qu'elle cite et dont elle endosse expressément les conclusions :

« 171. En ce qui concerne plus particulièrement la question du rapport entre la Convention et les résolutions du Conseil de sécurité, dans l'affaire *Al-Jedda* (...), la Cour s'est prononcée comme suit :

‘101. L'article 103 de la Charte dispose que les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la Charte prévaudront en cas de conflit avec leurs obligations en vertu de tout autre accord international. *Avant de rechercher si l'article 103 trouvait une quelconque application en l'espèce, la Cour doit déterminer s'il existait un conflit entre les obligations que la Résolution 1546 du Conseil de sécurité faisait peser sur le Royaume-Uni et les obligations découlant pour lui de l'article 5 § 1. Autrement dit, la question essentielle est de savoir si la Résolution 1546 obligeait le Royaume-Uni à interner le requérant.*' (...)

172. *La Grande Chambre confirme ces principes.* »¹⁰¹

¹⁰⁰ V. *supra*, par. 61.

¹⁰¹ CrEDH, *Nada c. Suisse*, préc., note 96, pars. 170-171 (nous soulignons).

67. D'ailleurs, le juge suisse, dont les décisions étaient contestées devant la Grande Chambre, avait eu une méthode identique : avant même de rechercher la règle de conflit, il s'était plié à son devoir de concilier les résolutions et les droits fondamentaux :

« En revanche, [le Tribunal fédéral] observa que l'article 190 de la Constitution ne prévoyait pas de règle permettant de résoudre d'éventuels conflits entre différentes normes du droit international juridiquement contraignantes pour la Suisse, et qu'il y avait en l'espèce un conflit entre, d'une part, des décisions du Conseil de sécurité et, d'autre part, des garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il estima que si les règles sur l'interprétation des traités ne permettaient pas de résoudre ce conflit, il convenait, pour trancher la question, de se fonder sur la hiérarchie des normes internationales, en vertu de laquelle les obligations découlant de la Charte des Nations Unies primaient selon lui sur l'ensemble des obligations dérivant de tout autre accord international (article 103 de la Charte combiné avec l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). »¹⁰²

68. Dans *Nada c. Suisse*, le conflit normatif n'a pas été complètement évité, mais il a été grandement minimisé à travers l'interprétation de la résolution elle-même, et des dérogations humanitaires au principe d'interdiction de voyage et de transit faisant partie des prérogatives des États.

69. Les juridictions internes ont repris la jurisprudence strasbourgeoise¹⁰³, en utilisant explicitement à leur tour la solution ainsi dégagée, comme le montre un arrêt très récent de la *High Court* de Londres, dans une affaire qui concernait la détention sans procès d'un Afghan par les forces militaires britanniques :

« *Nor can I see any reason to interpret that authorisation as permitting detention by ISAF which violated international human rights law. In ascertaining the scope of the relevant authority, it seems to me that I must take into account the principles endorsed by the European Court in Al-Jedda v United Kingdom* (2011) 53 EHRR 23. (...). As mentioned, the European Court considered there to be a presumption that, unless it uses clear and unambiguous language to the contrary, the Security Council does not intend states to take measures which could conflict with their obligations under international human rights law. (...) As indicated, I do not consider that the UNSCRs

¹⁰² *Ibid.*, par. 45.

¹⁰³ On peut également estimer que des décisions internes ont annoncé les solutions retenues à Strasbourg. Ainsi dans *R (Othman) v Secretary of State for Work and Pensions* (High Court of Justice, 28 novembre 2001, [2001] EWHC Admin 1022), le juge britannique a-t-il considéré que le régime de sanctions ciblées contre Al Qaida et les Taliban (1267) prévoyait des dérogations humanitaires au gel des fonds, lorsque la vie ou la santé des personnes se trouvait en danger. Or cette décision, qui concernait les aides sociales pour l'épouse et les enfants des personnes ciblées, a été rendue le 28 nov. 2001, un an avant que des exceptions humanitaires soient effectivement prévues par le CSNU par la rés. 1452 du CSNU du 20 déc. 2002 (v. en ce sens A. Tzanakopoulos, *op. cit.*, note 1, p. 66).

are properly to be interpreted as authorising the UK government to violate the Convention. »¹⁰⁴

70. On constate dans ces hypothèses que le juge ne se prononce pas ouvertement sur la légalité des résolutions du CSNU. Il n'en reste pas moins qu'il en restreint les effets, en prenant pour référence les obligations internationales en matière de droits fondamentaux. L'interprétation conforme est ainsi un contrôle de légalité qui ne dit pas son nom : il permet de sauvegarder la légalité des actes institutionnels en conditionnant leur interprétation, et par conséquent, leur application par rapport à d'autres normes internationales. La technique n'est pas sans rappeler celle des réserves d'interprétations utilisées par les juges internes¹⁰⁵.

71. En général, c'est parce que les juges ne sont pas compétents pour exercer des contrôles directs sur certaines catégories d'actes, ou bien qu'ils ne peuvent prendre d'autres actes comme des normes de référence – faute d'incorporation à l'ordre interne – qu'ils ont recours à la théorie de l'interprétation conforme. Ceci explique d'ailleurs la place de plus en plus importante qu'elle occupe dans les rapports de systèmes.

B. Un contrôle de la substance de l'acte international ?

72. Pour autant que la substance de l'acte interne et de l'acte institutionnel soit la même, le juge interne peut difficilement se prononcer sur la conformité du premier avec des règles et des principes supérieurs sans porter de jugement substantiel sur le second¹⁰⁶. C'est le cas des

¹⁰⁴ Royaume-Uni, High Court of Justice, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB), pars. 221 et 226 (nous soulignons).

¹⁰⁵ Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, « [l]a technique des réserves d'interprétation permet au juge de s'évader de l'alternative conforme/non conforme en déclarant une disposition conforme à condition qu'elle soit interprétée (ou appliquée) de la façon indiquée par lui. » (Anonyme, « Portée des décisions du Conseil constitutionnel », disponible sur le site du CC : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf).

¹⁰⁶ La situation est similaire pour le contrôle des lois ou décrets de transposition des directives européennes. Formellement, l'acte soumis à un examen de constitutionnalité est un acte de droit interne ; mais, matériellement, la norme qu'il contient, s'avère être du droit communautaire. Le Commissaire du gouvernement, M. Guyomar, soulignait toute l'acrobatie de l'exercice : « Dès lors que le contenu de l'acte réglementaire de transposition épouse exactement, comme il se doit de le faire, celui de la directive transposée, le débat contentieux porte, sous couvert de la contestation de la légalité interne de l'acte de droit interne, sur la substance même de l'acte communautaire. Ce n'est que dans une telle hypothèse de parfaite coïncidence entre le décret et le droit dérivé que votre contrôle appelle des modalités particulières. » (« Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Concls. sous Conseil d'État, Ass., 8 févr. 2007, *Société Arcelor Atlantique Lorraine et autres* », *RFDA*, n° 2, 2007, p. 392).

affaires *Kadi*¹⁰⁷, *Abdelrazik*¹⁰⁸, *Ahmed*¹⁰⁹, *Nada*¹¹⁰ et *Al-Dulimi*¹¹¹, pour ne citer que les plus emblématiques. Ces affaires ne partagent ni l'objet du contrôle juridictionnel (des règlements UE dans *Kadi*, un refus d'agir du Gouvernement canadien dans *Abdelrazik*, des décrets de l'Exécutif britannique dans *Ahmed*, des décrets de l'Exécutif suisse dans *Nada* et *Al-Dulimi*), ni les normes de référence (essentiellement des principes constitutionnels dans *Kadi*, *Abdelrazik* et *Ahmed*, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte relatif aux droits civils et politiques dans *Nada* et *Al-Dulimi*). Pourtant, l'impression généralement répandue est qu'elles font le procès, pour manquement aux droits fondamentaux, des résolutions du CSNU qui sont à la source des normes internes. Même si les juges internes se gardent bien d'examiner les résolutions du CSNU, ils n'en portent pas moins des appréciations de légalité à leur égard, pas tant sur le bien-fondé des normes institutionnelles que sur les modalités de leur adoption et les carences constatées en matière de respect des droits fondamentaux.

73. Cependant, on peut se demander si c'est réellement la substance de la norme institutionnelle qui est ainsi remise en cause. En effet, à considérer de plus près la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne, on comprend qu'elles n'entendent pas interférer avec le pouvoir d'appréciation du Conseil de sécurité pour qualifier ce qui constitue une menace à la paix et à la sécurité internationale et pour choisir les mesures pour y répondre :

« [La] Communauté se doit en effet d'attacher une importance particulière au fait que, conformément à l'article 24 de la charte des Nations unies, l'adoption, par le Conseil de sécurité, de résolutions au titre du chapitre VII de cette charte constitue l'exercice de la responsabilité principale dont est investi cet organe international pour maintenir, à l'échelle mondiale, la paix et la sécurité, responsabilité qui, dans le cadre dudit chapitre VII, *inclut le pouvoir de déterminer ce qui constitue une menace contre la paix et la sécurité internationales ainsi que de prendre les mesures nécessaires pour les maintenir ou les rétablir.* »¹¹²

Dans *Kadi II*, la CJUE a réitéré ce constat en termes encore plus fermes :

« [II] appartient à cet organe international de déterminer ce qui constitue une menace contre ces valeurs et de prendre, par l'adoption de résolutions au titre du chapitre VII

¹⁰⁷ CJCE, *Kadi I* (2008), préc., note 36 ; CJUE, Grde. Ch., 18 juil. 2013, *Commission européenne et autres c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P.

¹⁰⁸ Canada, Cour fédérale d'Ottawa, 4 juin 2009, *Abousfian Abdelrazik*, préc., note 62.

¹⁰⁹ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others*, préc., note 61.

¹¹⁰ Suisse, Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour de droit public, 14 nov. 2007, *Nada*, préc., note 60.

¹¹¹ Suisse, Tribunal fédéral, 2^e Cour de droit public, 23 janv. 2008, *Al Dulimi c. Département fédéral de l'économie*, n° 2A.784/2006.

¹¹² CJCE, *Kadi I* (2008), préc., note 36, par. 294.

de cette charte, les mesures nécessaires pour les maintenir ou les rétablir, en conformité avec les buts et les principes des Nations unies, notamment, avec le respect des droits de l'homme. »¹¹³

74. Elle s'est bien gardée de tirer des conclusions précises en ce qui a trait au contrôle juridictionnel, mais on peut supposer que cela implique que le juge ne s'immisce pas dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire¹¹⁴. Dès lors, il s'interdit d'apprécier si des situations sont constitutives d'une menace à la paix et à la sécurité internationale, ou si les mesures adoptées pour y répondre sont appropriées aux buts poursuivis.

75. D'autre part, force est d'admettre que, dans *Kadi II*, la CJUE s'est bien prononcé sur le bien-fondé de l'inscription de M. Kadi sur les listes du Comité 1267, donc sur le bien-fondé d'un acte individuel. Après avoir obtenu les motifs ayant conduit à l'inscription sur la liste, la Cour a conclu, sur la base de leur analyse, qu'il appartenait aux juges internes de procéder à :

« une vérification des faits allégués dans l'exposé des motifs qui sous-tend ladite décision (...), de sorte que le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués, mais porte sur le *point de savoir si ces motifs, ou, à tout le moins, l'un d'eux considéré comme suffisant en soi pour soutenir cette même décision*, sont étayés. (...) Si, par contre, l'autorité compétente de l'Union fournit des informations ou des éléments de preuve pertinents, le juge de l'Union doit vérifier *l'exactitude matérielle des faits allégués* au regard de ces informations ou éléments et *apprécier la force probante de ces derniers* en fonction des circonstances de l'espèce et à la lumière des éventuelles observations présentées, notamment, par la personne concernée à leur sujet. »¹¹⁵

76. L'application de ce standard de contrôle a ainsi conduit la Cour de Luxembourg à conclure qu'en l'espèce, les motifs allégués ne justifiaient pas l'inscription :

¹¹³ CJUE, *Kadi II* (2013), préc., note 107, par. 104. Dans le même sens, la Cour suprême britannique a considéré que : « *Although previous practice did not go that far, it has not been suggested that it lay outside the powers of the Security Council under article 41 to direct the taking of collective measures at an international level against individuals. The drafting history indicates the contrary.* » (*Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 61, par. 18 (Lord Hope)).

¹¹⁴ On ne saurait douter que le CSNU en bénéficie : « Ce n'est pas à dire que le Conseil de sécurité peut agir à sa guise, libre de toute contrainte légale, mais seulement que le pouvoir d'appréciation judiciaire de la Cour est limité. On ne saurait guère mettre en doute que la Cour a un tel pouvoir mais, de même, il n'est pas douteux non plus que ce pouvoir ne comporte pas le droit pour la Cour de substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du Conseil de sécurité pour déterminer l'existence d'une menace à la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression ou les mesures politiques à prendre à la suite d'une telle décision. Mais, en tant qu'organe judiciaire principal de l'organisation des Nations Unies, la Cour a le droit et est même tenue de garantir la primauté du droit au sein du système des Nations Unies et, dans le cadre des affaires dont elle est régulièrement saisie, d'insister pour que tous les organes des Nations Unies obéissent aux règles qui régissent leur fonctionnement. » (CIJ, 13 sept. 1993, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, ord. en indication de mesures conservatoires, Opinion individuelle de Sir Elihu Lauterpacht, *Rec.*, 1993, p. 439, par. 99). V. égal. l'analyse du lien entre pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel, par G. Cahin, « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, t. 107, 2003, pp. 535-600.

¹¹⁵ CJUE, *Kadi II* (2013), préc., note 107, pars. 119 et 124.

« aucune des allégations formulées à l'encontre de M. Kadi dans l'exposé fourni par le comité des sanctions n'est de nature à justifier l'adoption, au niveau de l'Union, de mesures restrictives à l'encontre de celui-ci, et ce en raison soit d'une insuffisance de motivation, soit de l'absence d'éléments d'information ou de preuve qui viennent étayer le motif concerné face aux dénégations circonstanciées de l'intéressé. »¹¹⁶

77. Du reste, ce n'est pas tant le contenu de la norme qui est jugé inapproprié par le juge, mais le contexte de son adoption, ainsi que le manque de garanties systémiques lors de sa mise en œuvre, notamment la possibilité d'un recours juridictionnel. Par voie de conséquence, le seul remède possible réside non pas dans la modification de la norme elle-même, mais du système dans lequel elle s'insère. Ce ne sont donc pas les normes institutionnelles en tant que telles qui se retrouvent en procès, mais le système auquel elles appartiennent. C'est ce qui explique l'essor de la théorie de la protection équivalente (ou *Solange*)¹¹⁷ en relation avec le contrôle juridictionnel des actes d'incorporation : les juges internes laissent ouverte la possibilité de s'abstenir du, ou de moduler le, contrôle des actes d'incorporation si l'organisation internationale prévoit des garanties systémiques en ce sens. En attendant, le contrôle juridictionnel des normes internes d'incorporation vise à remédier aux carences systémiques constatées au niveau international.

C. Un contrôle de l'excès de pouvoir des organes internes

78. Le contrôle de l'excès de pouvoir (ou l'*ultra vires*), qui est une cause de nullité bien connue des ordres juridiques internes¹¹⁸, s'applique, dans l'ordre international, également aux actes des organisations internationales. La Cour internationale de Justice a toutefois laissé entendre qu'en droit international, le concept est dissociable du respect des règles procédurales relatives à l'adoption des actes, mais est étroitement lié à la compétence

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 163.

¹¹⁷ V. *infra*, Chapitre 8, pars. 152 et s..

¹¹⁸ En droit administratif français, l'excès de pouvoir est une notion englobant toute forme de transgression de la légalité, indifféremment de la nature substantielle ou procédurale des normes prétendument violées. Selon la célèbre définition de l'arrêt *Dame Lamotte*, le recours pour excès de pouvoir « est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et (...) a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité » (Conseil d'État, Ass., 17 févr. 1950, n° 86949, *Lebon*, p. 110, M. Long, P. Weil, G. Braibant †, P. Delvolvé, B. Genevois (dir.), *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e éd., Paris, Dalloz, p. 394). Il n'est pas anodin de rappeler, dans le cadre de cette étude, la portée particulière de l'arrêt *Dame Lamotte* : le Conseil d'État avait en l'espèce confirmé que la possibilité d'attaquer en justice un acte de l'administration était une garantie essentielle de l'état de droit. La décision avait été prise contre la volonté expresse du Parlement, qui avait, par disposition législative, soustrait au contrôle juridictionnel les arrêtés de concession d'exploitations agricoles (en cause dans l'affaire). Comme le souligne le commentaire du *GAJA*, « il semble possible d'affirmer qu'une disposition législative qui viendrait à soustraire un acte administratif à tout contrôle juridictionnel heurterait aussi bien la norme internationale que la norme constitutionnelle » (p. 396).

d'attribution des organisations internationales¹¹⁹, telle que définie par le traité constitutif et sous réserve d'application de la théorie des pouvoirs implicites¹²⁰ :

« On a ainsi fait valoir que, la résolution WHA46.40 de l'Assemblée mondiale de la Santé ayant été adoptée à la majorité requise, elle devait 'être présumée valable' (...). La Cour observera à cet égard que la question de savoir si une résolution a été régulièrement adoptée d'un point de vue procédural et la question de savoir si cette résolution a été adoptée *intra vires* sont deux questions différentes. Le simple fait, pour une majorité d'États, d'avoir voté une résolution en respectant toutes les règles de forme pertinentes ne saurait, en soi, suffire à apurer les éventuels vices de fond qui, tel l'excès de pouvoir, l'entacheraient. »¹²¹

79. Les juridictions internes peuvent-elles opérer un contrôle de l'excès de pouvoir au sens préalablement défini, alors qu'elles se disent incompétentes à l'égard des actes institutionnels et que les normes qui sont supérieures à celui-ci n'appartiennent pas par nature à l'ordre juridique interne? Au regard de la jurisprudence examinée, on peut répondre par un oui, mal assuré cependant. En effet, le contrôle du dépassement des compétences statutaires par l'organisation internationale est à la fois marqué par la déférence à l'appréciation par l'organisation internationale de l'étendue de sa propre compétence et dissimulé par un contrôle du respect de la séparation des pouvoirs dans l'ordre interne, et de la défense (par le juge) des pouvoirs constitutionnels du Parlement.

¹¹⁹ V. CPJI, avis consultatif, 12 août 1992, *Compétence de l'OIT pour l'examen de proposition tendant à l'organisation et à développer les moyens de production agricole*, Série B n° 03, pp. 53-54 ; CPJI, avis consultatif, 8 déc. 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, Série B n° 14, p. 63 ; CIJ, 11 avr. 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Rec.*, 1949, p. 180 ; CIJ, avis consultatif, 8 juil. 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé (OMS)*, *Rec.*, 1996, par. 25, pp. 78-79.

¹²⁰ La CIJ a rappelé la teneur de cette théorie : « Les compétences conférées aux organisations internationales font normalement l'objet d'une formulation expresse dans leur acte constitutif. Néanmoins, les exigences de la vie internationale peuvent mettre en lumière la nécessité pour les organisations de disposer, aux fins d'atteindre leurs buts, de compétences subsidiaires non expressément prévues dans les textes fondamentaux qui gouvernent leur activité. Il est généralement admis que les organisations internationales peuvent exercer de tels pouvoirs dits 'implicites' » (avis *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires (OMS)*, *ibid.*, p. 79, par. 25). Il convient de rappeler que les juges internes se sont montrés ouverts à ce type d'extension des compétences expresses (v. *supra*, chapitre 2, pars. 238 et s.).

¹²¹ CIJ, avis *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires (OMS)*, *ibid.*, p. 82, par. 29. V. aussi, dans le même sens, avis consultatif, 20 juil. 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, *Rec.*, 1962, p. 168 ; avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *Rec.*, 1971, p. 22, par. 20. À partir de là, les analystes considèrent que : « *The Court drew a distinction between acts which are ultra vires for the organization and acts which, while falling within the competence of the international organization, are outside the competence of the acting organ. The Court found that the consequence attaching to the latter category of illegal acts is that they are to be considered 'irregular' as a matter of the internal structure of the organization* » (E. Cannizzaro et P. Palchetti, *op. cit.*, note 11, p. 377). Sont moins claires en revanche les conséquences de cette distinction. Sir E. Lauterpacht estime que l'irrégularité procédurale entraîne la nullité relative, alors que l'excès de pouvoir, la nullité absolue (« *The Legal Effect of Illegal Acts...* », *op. cit.*, note 11, p. 111).

1. *L'exclusion des mécanismes de contrôle a priori*

80. À la différence des traités, l'entrée en vigueur de l'acte institutionnel n'est pas conditionnée par le respect d'une procédure sur le plan interne. Il n'existe dès lors aucun acte interne, préalable à l'entrée en vigueur de l'acte institutionnel, auquel le juge interne puisse accrocher son contrôle. En effet, l'approbation législative préalable est sans effet sur le plan international si l'engagement de l'État n'est pas conditionné par son consentement spécifique.

81. En France, l'exemple topique de l'absence d'un tel contrôle est constitué par la décision du Conseil constitutionnel, du 29 avr. 1978, *Loi autorisant l'augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international*. Le Conseil constitutionnel a estimé que les amendements aux Statuts du FMI, bien qu'adoptés à la majorité, s'imposent « à la France, même en l'absence de toute procédure d'approbation sur autorisation législative dans les conditions prévues par l'article 53 de la Constitution, en vertu des engagements qu'elle a souscrits en adhérant régulièrement, à la suite de la loi du 26 décembre 1945, à l'accord relatif au Fonds monétaire international »¹²². Du point de vue de l'ordre interne, la ratification originelle prévoit un fondement continu à l'engagement international de l'État. Il en résulte que le contrôle de constitutionnalité *a priori* est exclu, même si les actes institutionnels interviennent dans le domaine des compétences parlementaires, ou même s'ils rentrent en conflit avec les normes substantielles de valeur constitutionnelle.

82. Pour conclure à son opposabilité à la France, le Conseil constitutionnel a néanmoins relevé que les conditions internationales d'adoption de l'acte institutionnel ont été respectées :

« 3. Considérant, d'autre part, qu'en vertu de l'article XVII des statuts initiaux du Fonds monétaire international, un amendement adopté par le Conseil des Gouverneurs entre en vigueur à l'égard de tous les membres lorsqu'il a été accepté par les trois cinquièmes de ceux-ci disposant des quatre cinquièmes de la totalité des voix ; qu'il n'est apporté de dérogation à cette règle de majorité pour y substituer celle de l'unanimité que dans trois cas énumérés à l'alinéa b) de l'article XVII et, notamment, dans celui où il s'agit d'un amendement concernant 'la disposition selon laquelle la parité de la monnaie d'un membre ne peut être modifiée que sur la proposition de l'intéressé' ; (...)

6. Considérant qu'il est constant que le second amendement a recueilli les conditions de majorité exigées par l'article XVII et qu'il est, par suite, entré en vigueur le 1^{er} avril 1978 à l'égard de tous les États (...). »¹²³

¹²² France, Conseil constitutionnel, 29 avr. 1978, *Quote-part de la France au FMI*, *Rec.*, p. 23, par. 6 ; v. aussi le commentaire par B. Samson, A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître en 2015.

¹²³ *Ibid.*, pars. 3 et 6.

83. On remarque ici un déplacement de la norme de référence : il ne s'agit plus de la Constitution (celle-ci ne prévoit rien au sujet de l'adoption des amendements au Statuts du FMI...), mais du traité constitutif lui-même. Le Conseil Constitutionnel exerce-t-il un contrôle de la régularité formelle de l'adoption des actes institutionnels (qui est à distinguer, par ailleurs, du contrôle *intra vires*¹²⁴) ? Ce contrôle n'a pas manqué de soulever l'opprobre de la doctrine, qui a considéré que le Conseil n'avait « aucun pouvoir pour apprécier la légalité internationale d'une décision prise par une institution internationale »¹²⁵.

84. La portée de cette décision n'est pas facile à apprécier : il faut se rappeler que le Conseil constitutionnel ne se prononçait pas sur la condition de ratification de l'article 55, mais sur les conditions internes accompagnant l'engagement international de la France, posées par l'article 53 de la Constitution et par le principe de la souveraineté nationale. Une première difficulté vient du fait que le Conseil constitutionnel a substitué les dispositions conventionnelles relatives à l'adoption des amendements aux conditions constitutionnelles qui constituent ses normes de référence. Par ailleurs, il n'est pas facile de deviner quelles seraient les conséquences qui pourraient s'ensuivre si une irrégularité était constatée : le juge constitutionnel n'a esquissé aucune piste, et a même confirmé que, sur le plan international, la France est liée dès l'adoption de l'acte. Selon Valérie Goesel-Le Bihan,

« l'absence de saisine parlementaire ne peut être sanctionnée après l'entrée en vigueur de l'engagement international. Dès lors que le traité constitutif a été introduit dans l'ordre juridique interne, l'engagement édicté régulièrement sur sa base s'impose aux pouvoirs publics en vertu de l'article 55 de la Constitution. »¹²⁶

Vu le caractère fortement hypothétique et passablement alambiqué du raisonnement, on peut simplement conclure que la transposition de la règle de la ratification régulière au droit institutionnel est source de complications inextricables.

85. On note cependant que, dans une circonstance similaire, le Conseil d'État luxembourgeois a voulu vérifier le respect des conditions d'adoption des amendements établies par les Statuts du FMI, mais qu'il ne pouvait exercer un tel contrôle, faute

¹²⁴ Cf. CIJ, *supra*, par. 78.

¹²⁵ Note de D. Carreau, *RGDIP* 1979, p. 215.

¹²⁶ V. Goesel-Le Bihan, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la V^e République*, Paris, Pedone, 1995, p. 183.

d'information à ce sujet dans le dossier qui lui était soumis¹²⁷. Le Conseil d'État a dès lors intimé au Gouvernement de permettre au Parlement de vérifier le respect de la procédure internationale d'adoption :

« Le Conseil d'État se doit de constater que la version de la résolution n° 66-2 soumise à l'approbation du législateur ne fait pas état de son acceptation par le conseil des gouverneurs, alors qu'en sous-titre de l'intitulé du texte à la disposition du Conseil d'État il est simplement précisé que la résolution en question '*was submitted to the Governors ... for a vote...*'. De l'avis du Conseil d'État, il échet de documenter formellement vis-à-vis de la Chambre des députés que ce vote a eu lieu et quel en a été le résultat. Le document à approuver par la Chambre des députés et à faire figurer en annexe du texte de loi à publier au Mémorial devra en tout état de cause révéler le caractère définitif et formel de la décision intervenue au FMI. »¹²⁸

2. *Le contrôle a posteriori exercé à l'égard des actes d'incorporation*

86. Eu égard à la rareté des hypothèses où un contrôle juridictionnel du respect de la séparation des pouvoirs peut s'exercer avant l'entrée en vigueur de l'acte, il n'est que très naturel de le voir resurgir *a posteriori*, lors de la phase de mise en œuvre de l'acte institutionnel dans l'ordre interne. Le raisonnement se bâtit en plusieurs étapes. La ratification du traité constitutif par le Parlement vaut également délégation à l'Exécutif pour la mise en œuvre des obligations institutionnelles dans l'ordre juridique interne. Dans le cadre de cette mission, l'Exécutif doit rester dans les limites de cette délégation. Le contrôle exercé à ce titre par le juge interne est à double détente. D'une part, il implique que le Gouvernement ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour mettre en œuvre les obligations institutionnelles. On a vu que le juge interne peut confronter l'acte d'incorporation à l'acte institutionnel, pour déterminer si celui-là ne va pas au-delà de celui-ci. L'acte institutionnel est alors la norme de référence¹²⁹.

87. Mais il arrive, même dans le cadre du contrôle *a posteriori*, que la norme de référence soit le traité constitutif lui-même. Puisqu'il est à la fois le fondement de la compétence institutionnelle et celui de la compétence correspondante de l'Exécutif pour incorporer le droit

¹²⁷ L'affaire n'est pas identique à celle examinée par le Conseil constitutionnel français, car la juridiction luxembourgeoise était saisi d'un projet de modification des quotes-parts, qui lui, est soumis au consentement de l'État concerné et qui passe souvent par une procédure interne de ratification, qui se superpose à la procédure internationale d'adoption par vote.

¹²⁸ Luxembourg, Conseil d'État, avis, 25 sept. 2012, n° 49.810, *Projet de loi - autorisant le Gouvernement à participer à la révision générale des quotes-parts des pays membres du Fonds monétaire international approuvée par la résolution N° 66- 2 du conseil des gouverneurs en date du 15 décembre 2010*, disponible en ligne : http://www.conseil-etat.public.lu/fr/avis/2012/08/49_810/49810.pdf.

¹²⁹ V. *supra*, pars. 43 et s.

dérivé, si l'organisation dépasse ses compétences statutaires, l'Exécutif dépasse lui aussi le cadre de la délégation initiale. Lorsque les organisations internationales vont au-delà de la lettre du traité constitutif, cela crée des tensions. Est ainsi instructive la comparaison entre la jurisprudence allemande relative au Concept stratégique de l'OTAN et la jurisprudence britannique au sujet des sanctions du CSNU contre Al-Qaida et les Taliban (aussi connues comme le « régime de la résolution 1267 (2001) »¹³⁰). Dans le premier cas, la délégation de compétence au bénéfice de l'Exécutif a été admise ; elle ne l'a pas été dans le second.

88. La Cour de Karlsruhe établit donc une correspondance entre l'exercice *intra vires* par les organes de l'ONU et l'exercice *intra vires* par les autorités internes :

*« Where the competent UN bodies exercise functions, competences and rights, as outlined in the Charter, any integration implemented in accordance with Article 24(2) GG equally provides the constitutional basis for participation of German armed forces in UN peace-keeping operations authorized by Security Council resolutions. This is the case for the mandate granted by the Security Council in respect of UNOSOM II, even where this mandate combines organizational forms and authorizations to act which are based on Chapter VI of the UN Charter. »*¹³¹

Si l'ONU dépasse les compétences octroyées dans la Charte, les autorités internes dépassent d'autant le cadre de l'habilitation constitutionnelle initiale. Cette habilitation donc est une couverture sur un lit de Procuste.

89. La Cour a ultérieurement clarifié la *ratio legis* d'un tel contrôle, qui réside essentiellement dans la protection des droits constitutionnels du Parlement :

« The parliament's legal and political responsibility is not limited to a single act of approval, it also extends to the further execution of the treaty. On the domestic level, the parliament's approval of the treaty empowers the government to further develop this treaty in the forms of action of international law. The Act that is the basis of the ratification of the treaty also contains the order to implement, on the domestic level,

¹³⁰ V. le site du Comité des sanctions établi par cette rés. : <http://www.un.org/french/sc/committees/1267/index.shtml>.

¹³¹ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 12 juil. 1994, *International Military Operations (German Participation)*, 2 BVE 3/92, *ILR*, vol. 106, p. 331. Pour un exemple plus ancien du même raisonnement, v. Allemagne, Fourth Senate of the German Reichfinanzhof, 7 déc. 1926 : « *Articles 7 and 8 of the Ordinance I relating to the legislative power went beyond Art 3 of the Rhineland Agreement, and were without legal force. (...) Accordingly, the ordinances of the Rhineland Commission could acquire the force of German municipal law only within the limits of Article 3(a) of the Rhineland Agreement which alone had become part of German municipal law.* » (*Rhineland Ordinances case, Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, p. 10 – *au sujet des ordonnances de la Haute commission interalliée des territoires rhénans, mise en place à la suite du Traité de Versailles, par l'Arrangement rhénan du 1919 : un exemple d'administration territoriale internationale avant la lettre*). Dans la même veine : « *Ordinances which went beyond the authorisation had no binding force as far as German Courts were concerned* » (Reichsgericht, 9 mars 1929, *Devisen Legislation case, Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 5, p. 78). La doctrine partage ce point de vue : v. en ce sens, K. Schmalenbach, « *International Organizations or Institutions. Legal Remedies against Acts of Organs* », *MPEPIL*, 2006, édition en ligne.

the decisions under international law that were taken on the basis of the treaty. Therefore, the Bundestag's right to participate in the exercise of foreign power is violated if the Federal Government pursues NATO's further development *ultra vires*, i.e., beyond the authorisation that it has been granted. »¹³²

90. De son côté, la Cour suprême britannique, dans l'affaire *Ahmed v. HM Treasury*¹³³, a cependant considéré qu'en cas de dépassement du cadre exprès de la Charte par l'interprétation dynamique de ses dispositions par le Conseil de sécurité, la délégation initiale au bénéfice de l'Exécutif était insuffisante, mais elle n'a pas remis en cause pour autant le caractère *intra vires* des résolutions. Certes, l'*United Nations Act* de 1946 avait été adopté par le Parlement britannique pour donner au Gouvernement les moyens de l'exécution prompte des mesures prises par le CSNU en vertu du chapitre VII de la Charte. Il n'en reste pas moins que les juges britanniques ont annulé les mesures internes d'exécution des résolutions du CSNU. Parmi les raisons à la base de l'annulation, il y avait celle du dépassement de la délégation législative de compétence ; or, ce dépassement est la conséquence immédiate du fait que les mesures de sanction ciblée prises par le Conseil de sécurité dépassaient le cadre imaginé par les parlementaires britanniques au moment où l'acte de délégation a été adopté :

« *There was no indication during the debates at Second Reading in either House that it was envisaged that the Security Council would find it necessary under article 41 to require states to impose restraints or take coercive measures against their own citizens. The question whether it would be appropriate, if it were to do so, for the Government to be given power to introduce such measures by Orders in Council in the manner envisaged by the Bill was not discussed.* »¹³⁴

91. Certes, d'un point de vue formel, les juges britanniques se limitent à l'interprétation et à l'application de la législation de délégation britannique, mais celles-ci sont intrinsèquement liées à la pratique au niveau onusien¹³⁵. Pour eux, la question fondamentale est en effet de savoir dans quelle mesure l'Exécutif peut se fonder sur une délégation de compétence dont les contours apparaissent de plus en plus flous, au fur et à mesure que le CSNU s'aventure dans des domaines insoupçonnés au moment où la législation interne avait été adoptée. Si aucune limite n'y est établie, le juge britannique considère que cette interprétation ne relève plus de la délégation, mais de l'usurpation du pouvoir législatif¹³⁶.

¹³² Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 22 nov. 2001, *NATO New Strategic Concept*, n° 2 BvE 6/99, *ILDC* 134, par. 152-154 (nous soulignons).

¹³³ Royaume-Uni, Cour suprême, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, préc., note 61,

¹³⁴ *Ibid.*, par. 16 (Lord Hope).

¹³⁵ V. en ce sens *ibid.*, par. 18.

¹³⁶ *Ibid.*, spéc. par. 45.

92. Ces limites échappent pourtant aux tentatives de définition dans l'abstrait car elles évoluent au gré de la pratique du Conseil de sécurité. Bien que certaines d'entre elles eussent été précisées par de retentissantes décisions d'annulation de mesures internes d'exécution des résolutions du CSNU, il est toujours malaisé d'identifier un critère unique de transgression inacceptable. À une exception près : les ordres internes sont sans exception réfractaires à ce qu'un acte institutionnel qui relève de la matière pénale puisse être mis en œuvre dans l'ordre interne sans la médiation du Parlement. Cependant, cette réserve de compétence matérielle au bénéfice du Parlement est suffisamment bien établie en amont pour qu'elle ne donne que rarement lieu à des instances de contestation en aval : il est en effet rare que l'Exécutif se hasarde à adopter des actes à cette fin¹³⁷.

Section III. La présomption de légalité des normes institutionnelles

93. Dans le cadre ainsi défini, le contrôle juridictionnel des normes institutionnelles est nécessairement restreint, en raison des présomptions de légalité qui s'attachent aux normes institutionnelles (§ 1), qui sont susceptibles d'être renversées uniquement en cas de dépassement manifeste des compétences d'attribution (§ 2).

§ 1. La reconnaissance de la présomption de légalité par les ordres internes

94. Les normes institutionnelles bénéficient d'une présomption de légalité. Sur le plan international¹³⁸, cette affirmation relève du consensus et constitue à vrai dire le point de départ et même d'aboutissement de toute analyse du caractère *intra vires* des actes institutionnels¹³⁹. Cette présomption, établie sur le plan international, trouve écho *a fortiori* dans la

¹³⁷ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 43 et s.

¹³⁸ La CIJ en a posé les jalons dès l'avis concernant *Certaines dépenses* (préc., note 121) : « chaque organe doit (...), tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence. Si le Conseil de Sécurité par exemple adopte une résolution visant au maintien de la paix et de la sécurité internationales et si, conformément à un mandat ou à une autorisation inscrite dans cette résolution, le Secrétaire général contracte des obligations financières, il est à présumer que les montants en question constituent des 'dépenses de l'Organisation' » (p. 68). Elle l'a confirmé en termes encore plus assurés dans l'avis *Namibie* (préc., note 121) : « Toute résolution émanant d'un organe des Nations Unies régulièrement constitué, prise conformément à son règlement et déclarée adoptée par son président, doit être présumée valable » (p. 22). V. aussi CIJ, avis consultatif, 29 avr. 1999, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, Rec., 1999, p. 87, par. 61.

¹³⁹ V. *inter alia*, W. Wengler, « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux », *Ann. IDI*, vol. 44, 1952, p. 230 ; J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux...*, *op. cit.*, note 11, spéc. pp. 163-164 et p. 299 ; S. Hamamoto, *Éléments pour une théorie...*, *op. cit.*, note 11, *passim* ; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional...*, *op. cit.*, note 11, *passim* (pas moins de 87 références à la présomption de validité).

jurisprudence interne, puisque le juge interne est encore moins bien placé que le juge international pour exercer le contrôle de légalité : l'absence de compétence d'invalidation à l'égard de l'acte institutionnel peut également être interprétée comme l'aveu de reconnaissance de cette présomption de légalité¹⁴⁰. Puisque les juges internes s'interdisent de vérifier le bien-fondé ou l'opportunité des normes institutionnelles à caractère général¹⁴¹, ils déclarent inopérants les moyens dirigés contre les actes internes qui se bornent à tirer les conséquences inéluctables d'un acte institutionnel obligatoire. C'est l'effet de licéité imprimé à l'action administrative par l'existence d'une obligation institutionnelle, qui fonctionne comme une présomption¹⁴². Il en va de même de toutes les instances où les juges reconnaissent l'efficacité interne des normes institutionnelles, et elles sont nombreuses¹⁴³. Le fait même que la question de la légalité des normes institutionnelles ne se pose que rarement est une confirmation éclatante de l'efficacité de la présomption.

95. Rappeler la présomption de légalité n'équivaut cependant pas à l'exercice d'un contrôle. Il en va ainsi même lorsque le juge rappelle les arguments confirmant cette présomption, lorsqu'ils ont été formulés par des juridictions internationales :

« 3.3 The essence of the plaintiff's challenge to the Tribunal's legal validity is that in his view the Tribunal should have been established by an international convention, or that its establishment should at least have been based on a motion adopted by the UN General Assembly. This may be answered as follows. The issue of the Security Council's competence has already been dealt with at length by Trial Chamber II (Decision of 10 August 1995) and the Appeals Chamber of the Tribunal (Prosecutor v. D. Tadic). The latter eventually ruled on appeal, by judgment of 2 October 1995 ('Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction') that the Security Council's competence can be based on Chapter VII of the UN Charter. Compelling considerations supporting this conclusion were that there was nothing in the UN Charter to militate against the inauguration and establishment of a tribunal for the prosecution and trial of persons suspected of serious violations of international humanitarian law, that the inauguration and establishment of the Tribunal can be considered to fall within the scope of Article 41 of the UN Charter, and that an international organisation such as the UN, in which it is simply impossible to observe the traditional separation of legislative, executive and judicial powers, and where

¹⁴⁰ V. *supra*, pars. 12-20.

¹⁴¹ V. *supra*, pars. 72-74.

¹⁴² V. *supra*, Chapitre 6, pars. 199 et s. A. Tzanakopoulos partage ce point de vue : « As regards the standard of review, once the domestic court acknowledges the connection between the domestic measure and the underlying SCR, it becomes increasingly difficult for it to adopt anything but a very low-intensity standard of review of the domestic measure. » (« Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, p. 8). V. aussi A. Reinisch, « Conclusion », *op. cit.*, note 15, pp. 266-269.

¹⁴³ Les chapitres 3 et 4 en fournissent un grand nombre d'illustrations.

indeed no such separation exists, is perfectly entitled to establish a tribunal by way of a measure. »¹⁴⁴

96. Ce type de prononcés ne relève pas du contrôle de légalité au sens strict, car le juge interne ne procède pas à la confrontation de l'acte institutionnel à une norme supérieure : il se cantonne à une attitude passive d'approbation qui ne reflète pas la conception généralement répandue du contrôle de validité. Effleurer un argument de légalité n'est pas la même chose qu'exercer un contrôle juridictionnel.

§ 2. Une présomption nécessairement réfragable

97. Il est également connu que, sur le plan international, la présomption n'est pas considérée irréfragable¹⁴⁵ : on en veut pour preuve toutes les instances où des juridictions internationales, permanentes¹⁴⁶ ou arbitrales¹⁴⁷, ont vérifié le caractère *intra vires* des actes institutionnels. Le caractère réfragable de cette présomption a également été rappelé par les juridictions internes. D'abord, parce qu'elles sont de moins en moins réticentes à questionner la légalité des actes institutionnels par rapport au traité constitutif ou au *jus cogens*, même si elles n'en tirent pas de conséquences explicites ou se contentent de confirmer leur compatibilité avec les normes supérieures. Pour ne donner que l'exemple de l'affaire *Ahmed* devant la Cour suprême du Royaume-Uni :

¹⁴⁴ V. Pays-Bas, Cour du District de La Haye, 31 août 2001, *Slobodan Milošević v The State of the Netherlands*, n° KG 01/975, traduction non officielle disponible en ligne : [https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/012854276cd2950dc1256da20051ac68/\\$FILE/Milosevic%20v.%20Netherlands%20-%20unofficial%20translation.pdf](https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/012854276cd2950dc1256da20051ac68/$FILE/Milosevic%20v.%20Netherlands%20-%20unofficial%20translation.pdf) ; résumé in *Netherlands International Law Review*, vol. XLVIII, 2001, pp. 357-361 ; analyse par G. J. Lammers, « Challenging the Establishment of the ICTY by the Dutch Courts », in E. de Wet et A. Nollkaemper (dir.), *Review of the Security Council by Member States*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 107-111. V. aussi, dans le même sens, Suisse, Tribunal fédéral : « en décidant d'appliquer à titre autonome les Résolutions 827(1993) et 955(1994), le Conseil fédéral, puis le législateur suisse, sont partis de la considération que ces tribunaux internationaux, émanations de la communauté des États, offraient des garanties suffisantes quant à un déroulement correct des procédures » (28 avr. 1997, *X. c. Office fédéral de la police*, 123 II 175, S. 126, disponible en ligne : <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/IndexCGI?lang=fr>). Pour une confirmation encore plus affirmée, v. Suisse, Cour suprême fédérale : « En outre, la conformité de la procédure devant le TPIR aux standards internationaux est présumée (...). Les défauts de gestion et de fonctionnement du TPIR, constatés en 1996, ne sont pas de nature à renverser cette présomption. » (3 sept. 2001, *Rukundo c. Office fédéral de Justice*, n° 1A.130/2001, *ILDC* 348 (CH 2001)).

¹⁴⁵ *Contra*, H. Raspail, « Contrôle de validité... », *op. cit.*, note 11, p. 944, § 1870.

¹⁴⁶ V. *inter alia*, CPJI, 19 sept. 1929, *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, Série A, n° 23 ; avis du 8 déc. 1927, *Commission européenne du Danube*, préc., note 119 ; avis du 12 août 1922, *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture*, Série B n° 02 ; avis du 12 août 1922, *Compétence de l'OIT pour l'examen de proposition tendant à l'organisation et à développer les moyens de production agricole*, préc., note 119 ; CIJ, 20 juil. 1962, *Certaines dépenses*, préc., note 121 ; CIJ, 18 août 1972, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, *Rec.*, 1972, p. 46.

¹⁴⁷ V. sentence, 22 nov. 2002, *Sentence partielle concernant la licéité de la reprise des actions*, préc., note 79.

« *I think that at the very least the powers conferred by section 1 must be limited to measures imposed by the Security Council that are intra vires. The general, albeit not universal view, is that this would exclude measures that violated jus cogens (...) The implication of this would seem to be that it must be open to the domestic courts in this country to review the vires of Security Council Resolutions in order to rule on the validity of Orders made under the 1946 Act (...) It has not, however, been suggested on behalf of any of the appellants that the relevant Resolutions were ultra vires.* »¹⁴⁸

98. La précision des conditions très restrictives dans lesquelles la présomption peut être renversée témoigne de la réticence du juge interne à aborder la question du caractère *intra vires* des normes institutionnelles.

99. Les juridictions allemandes semblent être les seules à avoir précisé et systématisé ces conditions, bien que d'autres juridictions aient également effleuré la problématique. Le contrôle de l'excès de pouvoir par l'organisation peut s'exercer en cas de :

- vérification de l'authenticité des actes et de l'absence de fraude à la loi :

« *Only in exceptional cases may proof verifying refugee status be required by the German Courts. (...) Refugee status may only be reviewed where there is reason to assume that either the certificate has been obtained surreptitiously, or that recognition has been granted as a result of false information. In particular, these rules apply to certificates issued by the International Refugee Organisation.* »¹⁴⁹

- et incompétence manifeste :

« *The Federal Constitutional Court's powers of review cover the examination of whether acts of European institutions and agencies are based on manifest transgressions of powers. (...) [The] breach of the principle of conferral is only*

¹⁴⁸ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others*, préc., note 61, pars. 151-152 (Lord Phillips) (nous soulignons). Dans le même sens, v. *supra*, Chapitre 6, pars. 263 et s.

¹⁴⁹ Allemagne, Cour suprême fédérale, 26 juin 1969, *Refugee Status* case, *ILR* vol. 61. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a noté, à propos de certificats de réfugiés émanant de l'Office central des réfugiés, que : « les certificats sont l'appelante demande que soit reconnue la force probante sont authentifiés par le représentant de l'Organisation internationale précitée et dressés conformément aux conventions dont s'agit ». La Cour n'en a pas moins vérifié que l'adoption de ces actes à portée individuelle respectait les dispositions conventionnelles sous-jacentes : « Considérant qu'aux termes de l'arrangement relatif au statut juridique des réfugiés russes et arméniens, signé à Genève le 30 juin 1928, et du décret du 11 janvier 1930, le représentant pour la France du Haut Commissariat de la Société des Nations avait pour attributions reconnues, notamment celle de certifier l'identité et la qualité des réfugiés russes, ainsi que leur situation de famille et leur état civil tels qu'ils résultaient d'actes passés ou de faits ayant eu lieu dans le pays d'origine des réfugiés ;

Considérant qu'une nouvelle convention du 28 octobre 1933 sur le statut des réfugiés, approuvée par la loi du 30 octobre 1936, a donné à chaque partie contractante le droit d'organiser sur son territoire un comité central pour les réfugiés, chargé des attributions prévues par l'arrangement du 30 juin 1928, et que l'Office central des Réfugiés russes a été reconnu par décret du 16 juillet 1934 ;

Considérant que les documents, revêtus du visa ou de la légalisation effectuée par le représentant pour la France du Haut Commissariat de la Société des Nations, prenaient la valeur de documents officiels par application de l'accord du 30 juin 1928 et que le réfugié n'avait pas à justifier des énonciations de ces certificats ; » (Cour d'appel Paris, 17 juil. 1948, *Dame Pécheral*, *Gazette du Palais*, 2^e sem, 1948, p. 149 et en anglais, *Annual Digest of International Law*, vol. 15, pp. 289-290).

manifest if the European bodies and institutions have transgressed the boundaries of their powers in a manner specifically violating the principle of conferral (Article 23.1 of the Basic Law) (...). »¹⁵⁰

100. Dans le même esprit, le Tribunal fédéral suisse, dans l'affaire *Nada*, semble s'être rangé à une opinion doctrinale¹⁵¹ qui considère possible un contrôle en cas d'incompétence manifeste :

« Les États membres n'ont en principe pas la compétence de se soustraire à une obligation en invoquant le fait qu'une décision (formellement légale) du Conseil de sécurité ne respecterait pas matériellement la Charte (...). Ceci vaut, en particulier, pour les décisions du Conseil de sécurité adoptées sous le chapitre VII de la Charte relatif au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales (... qui exclut seulement les cas de dépassement manifeste de compétence – 'manifest ultra vires decisions'). »¹⁵²

101. Cependant, le caractère manifestement *ultra vires* des actes institutionnels ne résulte pas de la violation de certaines dispositions individuelles du traité constitutif, mais de son économie générale :

« The Federal Republic of Germany does not act beyond the framework of authorisation established by the Consent Act to the Nato Treaty merely because individual provisions of the NATO Treaty are violated. The Federal Constitutional Court can, upon application of the Bundestag, only state that the statutory framework of authorisation has been transgressed if the further development of the NATO Treaty that took place by consensus infringes essential structural decisions of the system of treaties. »¹⁵³

¹⁵⁰ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 14 janv. 2014, BVerfG, 2 BvR 2728/13 par. 22. L'affaire concerne deux décisions de la BCE relatives aux opérations monétaires sur titres (OMT) adoptées en sept. 2012. Bien sûr, il s'agit là de décisions des institutions européennes, donc d'une institution européenne, qui ne sont en principe pas de ressort de cette étude. Le raisonnement de la Cour est néanmoins particulièrement clair, et sous certains aspects, les arguments invoqués peuvent s'appliquer, *mutatis mutandis*, à l'ensemble des organisations internationales. Ce qui intéresse ici c'est la réserve de compétence affirmée néanmoins par la *Bundesverfassungsgericht*, et les conditions dans lesquelles elle entend l'exercer – le raisonnement étant particulièrement instructif à cet égard (pour les organisations internationales de coopération, il ouvre la voie à des arguments *a fortiori*).

¹⁵¹ Le Tribunal se réfère à R. Bernhard, « Article 103 », in B. Simma *et al.*, (dir.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, OUP.

¹⁵² Suisse, Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour de droit public, 14 nov. 2007, *Nada c. Secrétariat d'État à l'économie*, n° 1A.45/2007, BGE n°133, p. II 450, par. 5.3 (original en allemand ; la traduction en français est tirée de la thèse de W. Woll, *op. cit.*, note 22, p. 346).

¹⁵³ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 22 nov. 2001, *NATO New Strategic Concept*, préc., note 132 (nous soulignons). Dans le même sens, Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 3 juil. 2007, *Tornado case*, 2 BvE 2/07 ; *ILDC* 819 (DE 2007), pars. 44-45. Comparer toutefois avec des jurisprudences anciennes où le juge interne constatait la nullité des actes conventionnels sur la base de la violation d'une disposition spécifique du traité : « Article 7 and 8 of the Ordinance relating to the legislative power went beyond article 3 of the Rhineland agreement, and were without legal force. » (Allemagne, *Rhineland Ordinance Case* préc., note 131. Dans le même esprit : « Ordinances which went beyond the authorisation had no binding force so far as German Courts were concerned. The ordinance in question was, accordingly, entitled to claim validity only in so far as the conditions of Article 3(a) [of the Agreement of 29 June 1919 which gave the Inter-Allied Rhineland Commission the power to issue ordinances] were complied with. » (Allemagne, Reichsgericht, 9 mars 1929, *Devisen Legislation case*, *Annual Digest of Public International Law*, vol. 5, p. 78). Aujourd'hui, les juges se bornent le plus souvent à souligner l'existence du fondement conventionnel

102. Finalement, les juridictions internes ne peuvent présumer de la caducité ou de l'abrogation d'un acte institutionnel :

« 26. a) La résolution n° 1244 (1999) en tant que base juridique de droit international public de la mission de la KFOR en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies n'a pas, après la déclaration d'indépendance du Kosovo, été ni abrogée ni remplacée par une nouvelle résolution. Plutôt, elle est avec son mandat à durée indéterminée pour la présence internationale de sécurité au Kosovo – au moins formellement – toujours en vigueur, après le fait qu'aucun consensus sur le plan Ahtisaari pour le futur du Kosovo n'a pu être trouvé au Conseil de sécurité. Le gouvernement du Kosovo ainsi que les États participant à la mission de la KFOR considèrent que la résolution no 1244 (1999) est toujours en vigueur. La continuité formelle de la résolution n° 1244 (1999) – qui n'a pas été assortie expressément de conditions suspensives – constitue un indice suffisamment solide pour l'existence continue du mandat international du Conseil de sécurité, à laquelle le Bundestag allemand a lié sa décision d'approbation du 21 juin 2007 (...). »¹⁵⁴

103. Est ainsi confirmée à la fois la force de la présomption de légalité des normes institutionnelles et son caractère réfragable. Il semble en revanche exagéré de voir dans ces instances des hypothèses où le juge interne exerce un véritable contrôle de l'excès du pouvoir par les organes institutionnels. Certes, il annonce que, dans des conditions extrêmes, il pourrait s'y aventurer. Certes, il va jusqu'à préciser ces conditions. Certes, il pourrait, un jour, considérer que les conditions ne sont pas réunies¹⁵⁵. Mais habituellement, le juge interne ne procède pas à un tel contrôle. Du moins, ne prive-t-il pas sur ce fondement les actes institutionnels des effets internes qu'ils pourraient engendrer, si les autres conditions posées à son efficacité internes venaient à être remplies.

104. Il en va différemment si le juge interne agit comme un organe politique de résistance aux actes obligatoires des organisations internationales – et cela peut être le cas lorsque l'État du for est particulièrement visé par ces décisions. Deux affaires sont instructives à cet égard. Ainsi, devant la Cour suprême de l'Afrique du Sud de l'époque de l'apartheid, M. Binga, d'origine namibienne, avait contesté la décision du Gouvernement de l'enrôler dans l'armée,

qui est la source de compétence pour l'organisation internationale et confirmer ainsi leur validité (v., par ex., *supra*, Chapitre 4, par. 236 (« contrôle minimal de validité »)).

¹⁵⁴ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 13 oct. 2009, *Parliamentary Group of the Left Party v Federal Government of Germany*, 2 BvE 4/08 ; ILDC 1399 (DE 2009), pars. 26-27 (notre traduction)

¹⁵⁵ V. en ce sens, la décision de la Cour constitutionnelle allemande portant sur les décisions du Conseil des gouverneurs de la BCE relatives aux opérations monétaires sur titres (OMT) (préc., note 150). La *Bundesverfassungsgericht* a considéré, *prima facie*, que les décisions étaient *ultra vires*, même si elle a également précisé une réserve d'interprétation qui permettrait de sauvegarder leur légalité. Mais elle a considéré que le pouvoir du dernier mot revient à la CJUE, qu'elle a saisi d'une question préjudicielle de validité de ces décisions (v. Requête du 10 févr. 2014, aff. C-62/14, pendante).

au motif qu'elle contrevenait aux décisions de l'AGNU prononçant la fin de mandat sur le Sud-Ouest africain. Les juges ont considéré que :

« [I]nitiative to alter the mandate lay with South Africa, and not with the United Nations, which could not, on its own, alter the status of the territory (...) on the legal position, we acknowledge that the South African Government continues in practice to exercise de facto control over South West Africa. »¹⁵⁶

105. La même analyse s'impose au regard de la motivation de la décision de la Cour constitutionnelle de Serbie déclarant inconstitutionnel le décret par lequel l'Exécutif avait introduit dans l'ordre interne la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité portant création du TPIY¹⁵⁷ :

« Namely, UN Member States, by adopting the Charter of the United Nations, adopted the legal validity of all of its norms, including the legal documents enacted by UN bodies, in accordance with and in the manner specified by the Charter. However, UN Member States did not transfer the judicial powers to UN bodies except, of course, for those powers expressly specified by the Statute of the International Court of Justice, as set down in Chapter xiv of the Charter. The matter under discussion is not such a case. »

106. On remarque cependant que dans les deux cas, même s'ils ont effleuré le sujet et exprimé des doutes quant à la légalité des actes institutionnels, les juges ne les ont pas déclaré *ultra vires*. Pour les écarter dans le procès interne, ils ont préféré fonder leur décisions sur l'absence d'incorporation¹⁵⁸. Ils ont ainsi conclu à l'absence totale d'efficacité des résolutions dans l'ordre interne, qui, sans être une sanction aussi radicale que la déclaration d'illégalité le serait, a, dans l'ordre du for, des effets similaires. Dans une pure vision dualiste, l'absence d'incorporation aurait d'ailleurs pu être juridiquement suffisante. Du reste, le fait même que le juge s'avance ici sur le terrain du juridiquement superflu dénonce les justifications politiques de la décision¹⁵⁹. Mais on touche ainsi aux effets des décisions juridictionnelles relatives aux normes institutionnelles et à l'office du juge dans les rapports de système.

¹⁵⁶ Afrique du Sud, Cour Suprême, 22 juin 1984, *Binga v. Administrator-General*, ILR, n° 82, pp. 476-477.

¹⁵⁷ Serbie et Monténégro, Cour constitutionnelle fédérale, 6 nov. 2001, *Socialist Party of Serbia and ors v. Federal Republic of Yugoslavia (Constitutionality and legality of the decree on process of cooperation with the International Criminal Tribunal)*, Original petition for constitutional review, JO de la Rép. Féd. de Yougoslavie, n° 70/2001, p. 60 ; ILDC 29 (CSXX 2001),.

¹⁵⁸ V. *supra*, Chapitre 3, pars. 112 et s.

¹⁵⁹ Pour un refus similaire de reconnaissance des effets des résolutions de partage de la Palestine, en particulier la rés. 242 (1967) du CSNU, v. Israël, Cour militaire, *Military Prosecutor v. Halil Muhamad Halil Bakhis*, ILR, vol. 47, p. 484.

Chapitre 8. La portée du contrôle juridictionnel à l'aune de l'office du juge interne dans les rapports de systèmes

107. Le philosophie du droit et la sociologie juridique n'ont de cesse de s'interroger sur la place de la magistrature dans l'ordre juridique ou dans la société. Selon une vision étroite, la fonction judiciaire se limite à la compétence statutaire dont est investi le juge par un État ou, plus largement, par l'ordre juridique dont il est un organe : « [Le] juge tient son autorité de sa compétence, et cela dans un double sens. Le juge est en effet compétent à la fois parce qu'il connaît le droit, et parce qu'il est organe de l'État, membre d'un système ordonné. »¹⁶⁰ À l'opposé, selon une vision ontologique « [l']office du juge ne se confond ni avec son statut, ni avec sa légitimité, ni avec son rôle dans le procès, ni avec son périmètre d'action (même s'il en découle), ni avec l'acte de juger (...). L'office est tout cela mais aussi plus que cela : il est le foyer de sens de la fonction de juger »¹⁶¹. Au croisement des rapports de systèmes, le juge national a constamment adapté ses fonctions statutaires à une réalité qui échappe aux textes internes de procédure et se prête mal à la systématisation. C'est pour cette raison qu'on préfère l'expression « office du juge », dont l'ambiguïté a l'avantage d'évoquer la part d'improvisation dans l'exercice de la fonction judiciaire à l'égard des normes institutionnelles. Dans ce contexte, on se propose d'appréhender l'office du juge en précisant les effets du contrôle juridictionnel interne à l'égard des normes institutionnelles (Section I), mais au-delà, et d'une manière plus générale, en examinant la place occupée par le juge interne dans les rapports entre les ordres juridiques (Section II).

Section I. Les effets du contrôle juridictionnel des normes institutionnelles

108. Le contrôle juridictionnel du juge interne reste un contrôle par définition unilatéral, car exercé par l'organe d'un sujet de droit international auquel les normes institutionnelles sont en principe opposables. La volonté individuelle de l'État est sans puissance non seulement pour déterminer la naissance de la norme institutionnelle, mais également, et

¹⁶⁰ J. Allard, « L'office du juge : entre sacré et politique », in IHEH, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, mai 2013, disponible en ligne : <http://www.ijeh.org/la-prudence-et-l'autorite-loffice-du-juge-au-xxie-siecle>, p. 184.

¹⁶¹ « Introduction », *ibid.*, p. 15.

encore plus, à l'égard de la disparition de la norme de l'ordonnement juridique international. Dès lors, les déclarations d'illégalité par le juge interne sont naturellement tournées vers l'ordre interne : leur conséquence est de priver la norme institutionnelle d'effet dans l'ordre interne (§ 1). Certains prononcés d'illégalité peuvent toutefois avoir des conséquences sur le plan international et conduire à l'abrogation ou à la modification de l'acte institutionnel par l'auteur lui-même, bien que celui-ci n'y soit pas juridiquement tenu (§ 2).

§ 1. Les effets dans l'ordre interne du contrôle juridictionnel des normes institutionnelles

109. Les effets dans l'ordre interne du contrôle juridictionnel des normes institutionnelles sont fonction de l'objet et de la nature de celui-ci. Puisque le contrôle juridictionnel des actes institutionnels n'est pas un contrôle de validité, il en résulte que ceux-ci ne sont nuls ni sur le plan international, logiquement, ni sur le plan interne, ce qui n'est toutefois pas une évidence¹⁶². Leur efficacité n'en est pas pour autant entièrement préservée : en effet, les juges internes ont à leur disposition plusieurs mécanismes pour minimiser, voire priver d'effets juridiques l'acte institutionnel dans l'ordre du for. Le contrôle de validité des actes internes d'incorporation en est un parmi d'autres (A.). Ce contrôle est tourné vers l'ordre interne et ne regarde que celui-ci. Cependant, il instaure une relation de pouvoir entre le juge et l'administration, à travers laquelle le premier non seulement sanctionne l'administration, en annulant ses actes illégaux, mais tente également de guider l'action internationale de celle-ci (B.).

A. Les mécanismes de maîtrise des effets internes des normes institutionnelles

110. Dans une étude remarquable de 1978, dédiée aux résolutions des Nations Unies dans les ordres juridiques internes, Cristoph Schreuer concluait :

*« The domestic court has several strategies at its disposal to avoid the consequences of a politically unacceptable [international] decision. It can deny its relevance because of its lack of binding force. It can deny its legality or validity. It can refuse to take notice of it because it has not been incorporated into the domestic law or because there are contrary domestic prescriptions. »*¹⁶³

¹⁶² V. *supra*, Chapitre 7, pars. 12 et s.

¹⁶³ C. H. Schreuer, « The Relevance of United Nations Decisions in Domestic Litigation », *ICLQ*, vol. 27, 1978, p. 14 ; V. aussi, du même auteur, *Decisions of International Institutions before Domestic Courts*, Londres, Oceana Publications, 1981, spéc. pp. 355-360.

111. Ce constat n'a rien perdu de sa pertinence. On peut néanmoins considérer, au terme d'une analyse détaillée de la pratique, que, pour maîtriser les effets internes des actes institutionnels, les juges internes manifestent une préférence pour les rouages dérivés des rapports de systèmes et qu'ils n'intègrent que partiellement à leur raisonnement les arguments d'invalidité fondés en droit international.

112. Ainsi, la nécessaire incorporation des actes institutionnels est doublement favorable à une maîtrise des effets internes des actes institutionnels : d'abord, elle en conditionne l'applicabilité dans les ordres internes ; ensuite elle assure au juge interne la compétence statutaire pour apprécier incidemment la légalité des normes institutionnelles.

113. S'agissant du premier aspect, puisque les normes institutionnelles n'accèdent au rang de sources de droits subjectifs¹⁶⁴ ou de droit objectif¹⁶⁵ que par le biais de l'incorporation, il s'ensuit que les institutions politiques de l'ordre interne en ont le contrôle entier, d'autant plus que le juge interne n'intimera pas à l'administration et encore moins au Parlement d'adopter les mesures d'incorporation. Indiscutablement, l'incorporation conditionne à un très fort degré, mais pas exclusivement, les effets internes du droit institutionnel.

114. Certains auteurs vont cependant plus loin. Partant de la prémisse que le concept de validité désigne les conditions d'appartenance d'une norme à un ordre juridique, ils considèrent que le contrôle de l'incorporation relève du contrôle de validité des actes institutionnels¹⁶⁶. Cette conception entraîne toutefois pour fâcheuse conséquence la relativisation des normes de référence – qui dépendent non plus de l'ordre juridique d'origine de l'acte, mais de l'ordre d'accueil. Il en résulte une relativisation du concept même de validité¹⁶⁷. Or l'objectivité est éminemment nécessaire aux actes des organisations internationales, qui sont des actes de droit dérivé soumis aux règles du traité constitutif. Seule la non-conformité aux normes supérieures de l'ordre international entraîne la nullité de ces

¹⁶⁴ V. *supra*, Chapitre 4, pars. 177 et s.

¹⁶⁵ V. *supra*, Chapitre 6, pars. 14 et s.

¹⁶⁶ V. *supra*, Chapitre 7, pars. 52 et s.

¹⁶⁷ J. H. W. Verzijl constate le relativisme de la validité auquel conduit cette approche : « *one single act which plays at the same time in the field of the international juridical order and in the national legal order. The curious feature of this case is that validity in one of the two orders may very well be accompanied by nullity in the other. It may obviously be possible that the act (...) is null and void in both legal systems, but what is more interesting is the concurrence of validity in one legal order and of nullity in the other.* » (*International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sitjhoff, 1973, p. 55).

actes. Un constat d'invalidité, quel qu'en soit l'auteur¹⁶⁸, vise à voir disparaître l'acte de l'ordonnement juridique, que ce soit par son annulation, ou en vertu d'une obligation d'abrogation qui pèserait sur son auteur, ou encore en l'empêchant de produire tout effet juridique. Or, ce n'est pas le rôle que joue l'exigence d'incorporation : elle permet, en principe, à l'acte institutionnel de produire *tous ses effets* dans l'ordre interne¹⁶⁹.

115. Selon la théorie relativiste de la validité, l'incorporation devrait être le début et la fin de l'histoire. Or, l'absence d'incorporation ou l'incorporation invalide n'empêchent pas les actes institutionnels à produire *certaines effets* dans les ordres juridiques internes. L'office interprétatif du juge en est un exemple fascinant, car il conjugue à la fois la liberté de choisir les éléments pertinents pour dégager le sens d'un acte interne et la contrainte qu'entraîne la systématisation des références au droit international obligatoire, auquel appartiennent certains actes institutionnels. En outre, les jurisprudences consultées offrent des exemples intéressants de reconnaissance des effets déjà produits par les actes internes sur le plan international ou d'intégration des actes institutionnels parmi les éléments de référence du contrôle juridictionnel de l'activité interne de l'administration¹⁷⁰. Ces instances de prise en considération concourent à démontrer que les concepts d'incorporation et de validité ne se recouvrent pas.

116. Du reste, même l'irrégularité de l'incorporation et l'éventuelle annulation des actes internes correspondants n'aboutissent pas nécessairement à priver l'acte institutionnel de tous ses effets dans l'ordre interne. Le contrôle de l'acte institutionnel est un contrôle de l'excès de pouvoir des autorités internes¹⁷¹ et, à ce titre, il ne vise pas à atteindre les normes institutionnelles. De plus, il existe des mécanismes pour préserver l'efficacité interne des actes institutionnels. La modulation dans le temps des conséquences de l'annulation d'un acte d'incorporation en est l'exemple le plus remarquable. Ainsi, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, l'article 264 TFUE permet au juge d'indiquer « ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». Pourtant le juge en a fait une application à double détente, tantôt tournée vers le passé (modulation *ex tunc* et détermination des effets

¹⁶⁸ On ne revient pas ici sur la question de la compétence du juge interne pour se prononcer sur la validité des actes institutionnels (v. *supra*, Chapitre 7, pars. 12 et s.), on s'attache simplement à définir les paramètres d'un raisonnement axé sur la dialectique validité/ nullité.

¹⁶⁹ On mesure la plénitude de ces effets par les degrés d'invocabilité reconnus aux normes institutionnelles (v. *supra*, Chapitre 4, pars. 177 et s.), mais aussi par leur capacité à s'insérer dans la pyramide interne et offrir dès lors des normes de référence du contrôle de légalité. (v. *supra*, Chapitre 6, pars. 149 et s.)

¹⁷⁰ V. *supra*, Chapitre 4, pars. 185 et s. ; Chapitre 6, pars. 199-218.

¹⁷¹ V. *supra*, Chapitre 7, pars. 78 et s.

définitivement acquis), tantôt vers l'avenir (modulation *ex nunc* et maintien provisoire de certains effets de l'acte après son annulation). C'est un pouvoir dont le juge se sert avec pragmatisme. Ce pouvoir lui a permis, entre autres, d'éviter que l'Union ne violât ses obligations internationales en raison de l'annulation d'une décision du Conseil relative à la conclusion d'un accord international¹⁷². De même, dans l'arrêt *Kadi*, consciente que « l'annulation (...) du règlement litigieux avec effet immédiat serait susceptible de porter une atteinte sérieuse et irréversible à l'efficacité des mesures restrictives qu'impose ce règlement et que la Communauté se doit de mettre en œuvre »¹⁷³, la Cour a décidé d'en maintenir les effets durant trois mois, le temps pour le Conseil de l'UE de remédier aux déficiences procédurales qui avaient conduit à son annulation. Pendant ce temps, les règlements d'incorporation, et par ce biais, les résolutions du CSNU ont continué à produire leurs effets dans l'Union européenne. En outre, le remplacement des règlements jugés invalides n'a été ni conditionné ni précédé d'une modification des résolutions pertinentes du CSNU¹⁷⁴.

117. Un autre mécanisme de préservation de l'efficacité interne des normes institutionnelles est illustré par l'affaire *Ahmed*. La Cour suprême du Royaume-Uni a refusé de se prêter au jeu de la modulation *ex nunc* de l'annulation des *Orders*. Saisie d'une demande expresse du Gouvernement en ce sens, la majorité des juges a considéré qu'une telle suspension porterait atteinte à l'autorité de la chose jugée¹⁷⁵. La Cour suprême a renvoyé aux autorités politiques la charge de mettre en accord les obligations internationales et les exigences de légalité interne. Il s'en est suivi une législation à effet rétroactif, qui a permis de combler les vides juridiques résultant de l'annulation¹⁷⁶.

118. Par ailleurs, les listes internes annulées par le juge britannique font largement double emploi avec les règlements européens. En effet, deux des requérants se trouvaient à la fois sur la liste d'exécution interne et sur la liste communautaire en annexe au règlement 881/2002. Dans son arrêt d'annulation, la Cour suprême ne mentionne pas cette dernière circonstance¹⁷⁷,

¹⁷² CJCE, 11 sept. 2003, aff. C-211/01, *Commission c. Conseil (Accords CE-Bulgarie et CE-Hongrie)*, *Rec.*, 2003, p. I-8913, par. 54-57.

¹⁷³ CJCE, Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351, par. 373-375 (nous soulignons).

¹⁷⁴ Le nouveau règlement maintenant M. Kadi sur la liste a été adopté par la Commission le 21 nov. 2008 ; aucune rés. CSNU n'est venue modifier le régime des sanctions entre la date de l'arrêt (3 sept. 2008, préc.) et l'intervention du nouveau règlement.

¹⁷⁵ Royaume-Uni, Cour suprême, 4 févr. 2010, *HM Treasury v Ahmed and others*, [2010] UKSC 5.

¹⁷⁶ *Terrorist Asset-Freezing (Temporary Provisions) Act 2010*, 10 févr. 2010, spéc. section 2.

¹⁷⁷ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2.

très probablement parce qu'aucun des requérants n'avait contesté la liste communautaire, et les conseils du Gouvernement ne l'avaient pas mise en avant¹⁷⁸. Il n'en demeure pas moins que l'existence de l'acte communautaire réduit grandement l'effet de l'annulation de l'acte interne puisque le règlement, toujours valide, continuait à s'appliquer avec effet direct dans l'ordre britannique.

119. Lorsque la distinction entre le contrôle de validité des actes d'incorporation et le contrôle de légalité des actes institutionnels devient floue – à savoir dans les hypothèses où l'excès de pouvoir résulte de la violation non pas de normes régissant la compétence des organes internes, mais de celle de normes substantielles, souvent relatives au respect des droits fondamentaux – les effets internes des actes institutionnels peuvent également être affectés. L'arrêt *Kadi II* est de ce point de vue topique : la Cour a considéré que les informations rendues publiques ne justifiaient pas l'inscription de M. Kadi sur la liste du Comité 1267, et donc des actes européens correspondants. Ce faisant, elle a indirectement remis en cause l'appréciation du Comité des sanctions, un organe subsidiaire du CSNU, et a annulé les règlements européens correspondants, sans suspendre les effets de l'annulation¹⁷⁹. Cependant, cette annulation n'a pas mis l'Union européenne ou ses États membres en violation des résolutions du CSNU, puisque M. Kadi avait été radié de la liste du Comité 1267 le 5 octobre 2012¹⁸⁰, presque un an avant le prononcé de l'arrêt¹⁸¹. Curieusement, la Cour ne mentionne pas cette circonstance, qui a sans doute influencé si ce n'est son raisonnement, du moins certains aspects de sa décision. Elle considère simplement que l'abrogation du règlement dans le cas de M. Kadi était sans influence sur l'intérêt pour agir car :

« le propre d'une protection juridictionnelle effective doit être de permettre à la personne concernée de faire constater par le juge, par un arrêt d'annulation en vertu duquel l'acte attaqué est éliminé rétroactivement de l'ordre juridique et est censé n'avoir jamais existé, *que l'inscription ou le maintien de son nom sur la liste en cause a été entachée d'une illégalité, dont la reconnaissance est susceptible de réhabiliter cette personne ou de constituer pour elle une forme de réparation du préjudice moral subi.* »¹⁸²

¹⁷⁸ Royaume-Uni, Court of Appeal, 16 juin 2008, *Ahmed and others v. HM Treasury*, [2008] EWCA Civ 1187, par. 17.

¹⁷⁹ V. *supra*, Chapitre 7, pars. 75 et s.

¹⁸⁰ V. le suivi des demandes de radiation sur le site du Bureau du Médiateur : <http://www.un.org/fr/sc/ombudsperson/status.shtml>.

¹⁸¹ Cette radiation a été suivie de près d'une radiation des listes européennes (Règlement d'exécution (UE) n° 933/2012 de la Commission, du 11 oct. 2012, modifiant pour la cent quatre-vingtième fois le règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées au réseau Al-Qaida, *JOUE*, 12 oct. 2012, n° L 278, p. 11.

¹⁸² CJUE, Grde. Ch., 18 juil. 2013, *Commission européenne et autres c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, par. 134 (nous soulignons).

120. Lorsque la valeur obligatoire des actes institutionnels n'est pas établie sur le plan international, le juge interne est plus à l'aise pour en contester la légalité et les priver d'effets dans les ordres internes. De toute évidence, leur prise en considération dépend largement de l'ouverture du juge interne au droit international, donc de l'idée que le juge se fait de son office. Par ailleurs, si un tel acte institutionnel est privé d'effets dans l'ordre interne, cela n'engendre pas automatiquement une violation des obligations internationales de l'État. Voici deux exemples, qui concernent des interprétations faisant autorité : le juge espagnol a contesté la légalité des observations générales du Comité des droits de l'homme, qui n'ont cependant pas de force juridique obligatoire autonome :

« Maintenant, il faut noter qu'en vertu de ses compétences prévues aux art. 41 et 42 du Pacte et du Protocole facultatif du 16 décembre 1966, le Comité peut recevoir et examiner seulement des plaintes ... [si] à travers ses avis, le Comité prétend redéfinir le contenu du Pacte... ses avis ne peuvent constituer une interprétation authentique du Pacte puisqu'à aucun moment le Pacte et le Protocole facultatif n'octroie une telle compétence à cet organe. »¹⁸³

121. Un deuxième exemple est celui du juge irlandais qui n'a pas considéré décisives les interprétations des résolutions du CSNU concernant la portée matérielle des sanctions du comité des sanctions, qui avait la charge de leur application, à l'encontre de la Yougoslavie :

*« [M]indful of UN sanctions presently in force affecting Yugoslavia, as a precautionary measure Team sought an opinion through our Government from the UN Sanctions Committee because the aircraft was leased from Yugoslavia Airlines. (...) What this correspondence makes clear is that the Sanctions Committee of the United Nations were very strongly of the view that the aircraft in question should be impounded in accordance with the provisions of Security Council Resolution 820/1993 (...) I am afraid I do not feel that the unexplained conclusion of the Chairman of the Security Council Committee is of any value to me in the performance of my function. Indeed, I believe that the conclusion of the Security Committee is not based upon the nature of the interest of JAT in the aircraft but on the fact that works were carried out on the plane. Certainly the communications from the Committee do not explore the meaning of the crucial terms. »*¹⁸⁴

¹⁸³ Espagne, Cour constitutionnelle, (recours d'amparo), 3 avr. 2002, *José Luis PM*, ILDC 1794 (ES 2002) (notre traduction de l'original: « *Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que las competencias del Comité, en virtud de los arts. 41 y 42 del Pacto y del Protocolo facultativo de 16 de diciembre de 1966, le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones... a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto...y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia.* »). V. aussi *supra*, Chapitre 2, pars. 58 et s.

¹⁸⁴ Irlande, High Court, 21 juin 1994, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Minister for Transport, Energy and Communications and Others*, 1994 WL 1063270 (HC (Irl)), CMLR, n° 3, 1994, p. 469 (nous soulignons).

122. Dans ces deux affaires, les critiques que le juge interne adressait aux actes institutionnels étaient formulées différemment : dans le premier cas, le juge espagnol contestait la compétence du Comité des droits de l'homme, et donc la légalité de ses recommandations. Dans le second, le juge irlandais s'est contenté de contester la justesse des appréciations du Comité. Mais dans les deux cas, les actes institutionnels ont été écartés comme étant non décisifs. L'appréciation de la force normative sur le plan international se confond ici avec la détermination de ses effets dans l'ordre interne. Des doutes quant à la légalité des actes institutionnels peuvent conduire le juge à refuser la reconnaissance interne de la force normative à laquelle ils peuvent autrement prétendre en vertu du droit international. Ceci illustre également la fragilité de la force normative de la *soft law* : la reconnaissance de ses effets internes est largement suspendue à la subjectivité du juge, qui peut l'accepter ou l'écarter.

B. Une transgression de la séparation des ordres juridiques : les obligations imposées à la charge de l'administration

123. Dans certains ordres juridiques, les juges s'estiment compétents pour enjoindre aux autorités politiques d'accomplir certaines démarches sur le plan international afin d'obtenir l'abrogation ou la modification de la norme institutionnelle, ou la transmission d'éléments de preuve qui permettent au juge d'exercer son contrôle. En effet, le juge impose à l'administration de jongler entre l'annulation des actes d'incorporation et la préservation de l'efficacité interne des actes institutionnels obligatoires. L'équilibre ne peut être atteint que si les pouvoirs politiques mettent en place des mécanismes qui répondent aux préoccupations exprimées par les juges.

124. Ainsi, dans l'affaire *Sayadi et Vinck*, le juge belge a considéré « qu'il y a lieu de condamner l'Etat belge à porter à la connaissance des Nations Unies 'l'information pertinente', étant l'absence d'inculpation des demandeurs après près de deux ans et demi d'instruction, et, dès lors de demander leur radiation de la liste du Comité des sanctions »¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Belgique, Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles, le 23 déc. 2004, *M. Sayadi et M. Vinck c. l'État belge*, texte intégral reproduit in W. Woll, *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, Thèse de doctorat : Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, nov. 2010, annexe 2, pp. 267 et s., spéc. p. 272.

125. Le même raisonnement a été mis en avant par le juge britannique de première instance :

« *If on considering all relevant material the court concluded that there was not evidence to justify listing, that conclusion would bind the Government to pursue a de-listing application to the Security Council.* »¹⁸⁶

126. Inspirée par ces précédents, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Suisse pour ne pas avoir usé de toute la souplesse que lui laissaient les résolutions afin d'éviter une restriction manifestement disproportionnée des droits du requérant :

« [La] Cour considère en particulier que les autorités suisses n'ont pas suffisamment pris en compte les spécificités de l'affaire (...). Elle estime par ailleurs que la possibilité de décider de la manière dont les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité sont mises en œuvre dans l'ordre juridique interne aurait permis d'assouplir le régime des sanctions applicable au requérant, eu égard à ces spécificités, de façon à ne pas empiéter sur sa vie privée et familiale, sans pour autant porter atteinte au caractère obligatoire des résolutions pertinentes ni au respect des sanctions qu'elles prévoient. »¹⁸⁷

127. Cependant, malgré les trésors d'imagination déployés par les juges internes pour préserver à la fois les droits fondamentaux et l'efficacité interne des actes institutionnels obligatoires, l'exercice rencontre des limites, de l'aveu même des juges. Ainsi, l'affaire *Al Dulimi* suscite beaucoup d'interrogations quant aux possibilités offertes aux États de préserver à la fois leurs obligations institutionnelles et les droits fondamentaux¹⁸⁸. Si aucun moyen de conciliation n'est envisageable et que les actes institutionnels sont irrémédiablement considérés illégaux, il est possible que les juges internes interdisent ou empêchent les autorités politiques de participer à leur mise en œuvre. C'est du moins la conclusion que l'on peut tirer de la jurisprudence allemande, rendue à propos d'actes de la BCE :

« *German authorities may not take part in the decision making process and the implementation of ultra vires acts (...)* a) *If an institution or other agency of the European Union acts ultra vires (...), German constitutional organs, authorities, and courts may neither participate in the decision making process nor in the implementation of the act.* »¹⁸⁹

128. Dans cette même affaire, la Cour constitutionnelle a non seulement interdit aux autorités politiques de prêter leur concours à l'exécution d'obligations institutionnelles qu'elle

¹⁸⁶ Royaume-Uni, High Court of Justice, Queen's Bench Division, 24 avr. 2008, *A, K, M, Q & G v HM Treasury*, [2008] EWHC 869 (Admin), par. 36.

¹⁸⁷ CrEDH, Grde. Ch., 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, par. 195.

¹⁸⁸ V. *supra*, Chapitre 6, pars. 299 et s.

¹⁸⁹ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 14 janv. 2014, BVerfG, 2 BvR 2728/13, pars. 30 et 45. Pour une explication de la pertinence de cet exemple jurisprudentiel, v. *supra*, note 150.

aura jugées *ultra vires*, mais elle leur aussi intimé d'en contester la légalité sur le plan international, devant les instances compétentes, quelles qu'elles soient :

« *An ultra vires act as understood above creates an obligation of German authorities to refrain from implementing it and a duty to challenge it.* »¹⁹⁰

129. Ces jurisprudences audacieuses montrent que les juges internes ne trouvent pas toujours satisfaisantes les solutions qui consistent à priver simplement d'effet les actes institutionnels dans les ordres internes, lorsque leur légalité est douteuse¹⁹¹. Ils cherchent, au contraire, à en obtenir la disparition ou la modification, non seulement parce qu'autrement ils risquent d'engager la responsabilité de l'État sur le plan international pour violation des obligations institutionnelles, mais aussi parce que ces prétentions sont une forme d'ouverture du juge à l'ordre international, dont le but est justement de préciser les conditions de la reconnaissance interne des normes institutionnelles.

§ 2. Les conséquences des contrôles de légalité sur le plan international

130. Les conséquences des contrôles de légalité des normes institutionnelles se déroulent à toute systématisation. Les effets du contrôle opéré par le juge ou l'arbitre international soulèvent déjà de nombreuses questions (A.) ; ceux attachés au contrôle par le juge interne sont encore plus problématiques (B.).

A. Quelques repères sur les effets des contrôles de légalité réalisés sur le plan international

131. Les études consacrées aux effets des actes illégaux se terminent par des conclusions tout en nuances et souvent formulées au conditionnel¹⁹². La doctrine dans son ensemble

¹⁹⁰ *Ibid.*, par. 44.

¹⁹¹ Le Professeur J. Combacau considère, au contraire, que l'absence d'opposabilité à l'Etat était à la fois la seule issue possible à une situation où un acte international ne remplirait pas les conditions posées à sa formation. L'éminent auteur écrivait ainsi : « Suivant l'esprit du droit international, si fondamentalement différent de celui du droit étatique, la possible illégalité de l'acte juridique se résorbe, alternativement ou à la fois, dans son inopposabilité à l'Etat qui n'y a pas concouru et qui n'en accepte pas les effets pour lui, et dans l'illicéité des comportements qui le concrétisent : pourquoi chercher à expulser de l'ordre juridique un acte, quand il suffit de faire le nécessaire pour qu'il reste inappliqué, et de vouer les tentatives de son auteur soit à l'inefficacité en le rendant inopposable à ses destinataires, soit à l'illicéité en attachant une responsabilité à son exécution ? » « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la convention de Vienne sur le droit des traités », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 201).

¹⁹² W. Wengler, « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux » (discussion), Rapport à l'Institut de droit international, session d'Amsterdam, sept. 1957, *Annuaire IDI*, vol. 47-II, p.

converge à souligner que la difficulté majeure vient de l'absence d'une juridiction à compétence obligatoire et systématique à l'égard des actes institutionnels. L'annulation et la réformation sont des pouvoirs juridictionnels qui doivent être expressément attribués. Or, même lorsque le contrôle juridictionnel est effectué par un organe judiciaire international, celui-ci n'a que très rarement le pouvoir d'annulation ; l'existence d'un gardien de la légalité va de pair avec un haut degré d'intégration¹⁹³.

132. On ne peut dès lors que souscrire aux conclusions désemparées de Robert Jennings :

*« If it be permissible to attempt to draw any general conclusion from so brief an excursion into so large a subject, it would be perhaps to suggest that the enervating effect of the lack, or near lack, of courts with compulsory jurisdiction is nowhere more damaging than in this aspect of international law. There is an understandable tendency to think of this problem of the lack of a proper court system mainly or even exclusively in terms of the settlement of disputes; it is too often forgotten that there are aspects of substantive law whose proper development is not merely inhibited but even made quite impossible so long as a proper system of courts is lacking. Nullity is one such aspect of substantive law. (...) Obviously this lack of a Court system means that nullity in the form of annulment properly is not possible. »*¹⁹⁴

133. L'absence d'un organisme centralisé de contrôle investi de compétence obligatoire conduit certains auteurs à considérer que le droit international ne connaît pas la théorie de la nullité, qu'il n'existe que des assertions unilatérales d'invalidité qui ne peuvent avoir pour conséquence que l'inopposabilité des actes institutionnels aux sujets qui en contestent la légalité¹⁹⁵. Une solution moins radicale, et en réalité plus conforme à la pratique observée,

277 ; R. Y. Jennings, « Nullity and Effectiveness in International Law », in *Cambridge essays in international law : Essays in Honour of Lord McNair*, Londres/New York, Stevens & Sons/Oceana Publications, 1965, pp. 86-87 ; v. égal. E. Lauterpacht, « Legal Effects of Illegal Acts of International Organisations », in *Cambridge Essays in International Law, Essays in Honour of Lord McNair*, Londres, Stevens & Sons Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, 1965, pp. 88-121, spec. pp. 115 et 121 ; E. Cannizzaro et P. Palchetti, « *Ultra vires* Acts of International Organizations », in J. Klabbers et A. Wallendahl (dir.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, spec. pp. 376-382 ; R. Bernhardt, « *Ultra vires* activities of international organizations », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 599-609.

¹⁹³ C'est évidemment le cas des organisations régionales d'intégration. Il existe, parmi les organisations universelles classiques, des exemples où des recours en annulation sont expressément prévus par le traité constitutif ; ils sont d'habitude désignés par le terme « appels » (v. en ce sens, art 84 et 86 Convention OACI et art. 13, par. a) de la Convention Agence pour énergie nucléaires). Plus largement, sur le caractère exceptionnel des recours internationaux contre les décisions des organisations internationales v. J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les Etats membres*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II, 2000, pp. 218-226.

¹⁹⁴ R. Y. Jennings, « Nullity and Effectiveness... », *op. cit.*, note 11, p. 86.

¹⁹⁵ V. entre autres le célèbre article de J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité... », *op. cit.*, note 191, pp. 195-203 ; toujours au sujet des réserves aux traités, v. les doutes exprimés dans le même sens par R. Rivier, « Le 'Guide de la pratique' ou la codification d'une vision du droit international », in SFDI, *Actualités des réserves aux traités*, journée d'études de Nanterre du 15 nov. 2013, Paris, Pedone, 2014, pp. 45-64.

consiste à considérer que les assertions de nullité peuvent être résolues d'une manière ponctuelle, à la fois dans le cadre de la procédure de l'avis consultatif devant la CIJ, ou bien d'une manière préliminaire, dans le cadre de différends opposant deux États, par une juridiction internationale permanente ou arbitrale¹⁹⁶.

134. Le plus souvent, l'organe international se prononce sur des questions de licéité ou règle des différends entre les États membres et l'organisation, sans que les effets des décisions juridictionnelles à l'égard des actes institutionnels soient prévus et organisés par les traités qui contiennent les clauses de juridiction. Ces effets sur l'acte ne sont pas immédiats, mais se matérialisent à travers la réaction de l'organe institutionnel à la décision juridictionnelle¹⁹⁷. On ne saurait donc contester que des prononcés incidents de légalité aient des conséquences, certes médiates et souvent désorganisées, sur l'existence d'un acte, même s'ils ne mènent pas à l'annulation. On peut conclure que si le pouvoir d'annulation (et *a fortiori* celui de réformation) doit être expressément prévu, celui d'une appréciation de légalité (qui n'entraîne pas l'annulation) peut faire partie de l'office inhérent du juge.

135. Dès lors que les conditions de validité des actes sont précisées objectivement, et que l'éventuel constat d'illégalité repose lui-même sur un raisonnement objectif, guidé par les règles d'interprétation du traité constitutif, ainsi que par la nécessaire observation du *jus cogens*, le droit international laisse de la place à une théorie objective de la nullité¹⁹⁸. L'auteur de l'opération intellectuelle importe moins que l'exercice. Le juge interne peut le mener à bien, même s'il ne s'inscrit pas dans son office naturel, et que l'interprétation des actes internationaux présente des particularités auxquelles il n'est pas habituellement confronté¹⁹⁹. Il reste à déterminer dans quelle mesure la position du juge interne, en sa qualité d'organe d'un sujet de droit international auquel les actes institutionnels sont opposables, influe sur le caractère objectif des appréciations de légalité auxquelles il peut être amené à se livrer.

¹⁹⁶ V. exemples, *supra*, notes 146 et 147.

¹⁹⁷ V. en ce sens la réaction de l'Assemblée de l'Organisation maritime internationale, à la suite de l'avis de la CIJ (Avis consultatif du 8 juin 1960, *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime*, Rec., 1960, p. 150). Comme l'explique Sir Elihu Lauterpacht, « *it was for the Assembly of IMCO (...) to determine the consequences to be attached to the conclusion of the Court* » (« Legal Effects of Illegal Acts... », *op. cit.*, note 11, pp. 101-102 ; les conséquences concrètes qu'elle en a tirées y sont détaillées, *ibid.* pp. 101-106).

¹⁹⁸ Comme le soulignait la Cour internationale de Justice : « On chercherait en vain une disposition quelconque qui interdirait à la Cour, 'organe judiciaire principal des Nations unies', d'exercer à l'égard de l'article 4 de la Charte, traité multilatéral, une fonction d'interprétation qui relève de l'exercice normal de ses attributions judiciaires. » (CIJ, Avis consultatif du 28 mai 1948, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, Rec., 1947-1948, p. 61).

¹⁹⁹ V. *supra*, Chapitre 5, pars. 71 et s.

B. Le contrôle unilatéral et la subjectivité des prononcés d'illégalité

136. Il est généralement admis qu'en l'absence d'un mécanisme centralisé de contrôle des actes institutionnels, les États gardent la possibilité d'apprécier leur légalité, individuellement et pour leur propre compte. Des nuances importantes se glissent toutefois dans les analyses. En effet, certains auteurs considèrent que cette possibilité est un droit subjectif de l'État, ce qui a pour conséquence que, si l'État excipe de l'illégalité de l'acte, il est dispensé de l'appliquer²⁰⁰. Selon cette logique, la simple prétention d'illégalité libérerait l'État de certaines obligations institutionnelles. Elle présume en outre que les États sont les gardiens désintéressés de la légalité internationale, alors que, bien souvent, le refus de mettre en application des obligations institutionnelles est une argumentaire qui cache la défense d'intérêts particuliers, et repose donc entièrement sur des appréciations subjectives. Il suffit d'énoncer ces conséquences pour comprendre que, sous prétexte d'illégalité, cette thèse ouvre en fait la voie à l'inexécution des obligations institutionnelles, donc à une sorte d'anarchie.

137. Une version édulcorée de la même thèse repose sur le postulat que seule la volonté de l'État, prise individuellement, est créatrice de droit dans l'ordre international. Certes, elle n'est pas formulée d'une manière aussi directe, tant il est évident que la valeur normative des actes dérivés ne repose pas sur le consentement spécial de l'État, mais sur les qualités que lui attribuent expressément les traités constitutifs²⁰¹, et accessoirement, sur l'interaction avec les autres sources du droit international²⁰². Est plutôt mise en avant l'idée que l'État doit consentir à la validité de la norme institutionnelle. Ainsi, les Professeurs Jean Combacau et Serge Sur notent « [qu'] il appartient à chaque État membre d'accepter ou de rejeter pour son compte la validité d'une résolution »²⁰³. Partant, les contestations de validité ferait perdre à

²⁰⁰ E. de Wet considère ainsi que « *the obligation to assist the organization (...) only concerns decisions by the Security Council under Chapter VII in as far as they were taken in accordance with the UN Charter. (...) [T]hey are not bound to do so where this is not the case* » (« The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Power of the Security Council : A Principled View », in E. de Wet et A. Nollkaemper (dir.), *Review of the Security Council by Member States*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 26-27). La même logique traverse l'analyse d'E. Zoller au sujet des obligations budgétaires des États membres des Nations Unies : « The 'Corporate Will' of the United Nations and the Rights of the Minority », *AJIL*, vol. 81, n° 3, 1987, pp. 610-634 et la critique par J. E. Alvarez, « Legal Remedies and the United Nations à la Carte Problem », *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1990-91, p. 229.

²⁰¹ V. *supra*, Chapitre 1.

²⁰² V. *supra*, Chapitre 2.

²⁰³ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 9^e éd., 2010, p. 101. Dans le même sens, H. Raspail, « Contrôle de validité des actes juridiques des organisations internationales », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, pp. 941-942.

l'acte son caractère obligatoire, ou plus largement la valeur normative à laquelle il pourrait autrement prétendre, du moins à l'égard de l'État contestataire :

« Si l'on admet que l'obligation est subordonnée à la validité des résolutions, on doit conclure qu'il reste possible à tout membre d'estimer que le Conseil [de sécurité] a agi au nom d'une fausse conception de la Charte, et de refuser d'appliquer même une décision. *L'acquiescement demeure une condition de son caractère obligatoire.* »²⁰⁴

138. Comme on le constate, cette théorie aboutit *in fine* à réintroduire le consentement spécial comme condition d'opposabilité des actes institutionnels, quand bien même il serait écarté par les traités constitutifs²⁰⁵.

139. De cette manière, « à la logique de la validité objective (...) se substitue, dans la réalisation du principe de légalité internationale, une logique de validité subjective, de l'opposabilité à ceux des États qui ont attesté pour leur compte cette validité »²⁰⁶. Il est toutefois difficile de trouver dans la jurisprudence internationale des appuis inconditionnels en faveur de cette théorie. Certes, dans *Certaines dépenses des Nations Unies*, certains membres des Nations Unies contestaient la légalité des résolutions de l'Assemblée générale, ayant pour effet d'inclure les dépenses relatives aux opérations de maintien de la paix parmi les « dépenses de l'Organisation »²⁰⁷ ; dans son raisonnement, la Cour a consacré de longs passages à l'attitude des États lors du vote des résolutions relatives aux opérations au Congo et au Moyen-Orient²⁰⁸, sans que l'on puisse déterminer avec certitude ce qu'elle cherchait à démontrer. Cependant, elle n'a pas explicitement admis que cette attitude était décisive pour apprécier la validité des résolutions²⁰⁹.

140. Il existe une autre façon d'appréhender le rôle de l'acquiescement de l'État à l'égard des actes institutionnels. Plutôt que d'y voir une condition d'opposabilité des actes institutionnels, il serait plus exact de dire que l'acquiescement peut éventuellement effacer

²⁰⁴ J. Combacau et S. Sur, *ibid.*, p. 106 (italiques dans l'original). Pour une critique de cette approche, v. C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 358.

²⁰⁵ V. *supra*, Chapitre 1, pars. 112 et s.

²⁰⁶ J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité... », *op. cit.*, note 191, p. 99.

²⁰⁷ V. article 17, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies.

²⁰⁸ CIJ, avis consultatif, 20 juil. 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, *Rec.*, 1962, pp. 170-179.

²⁰⁹ Au contraire, on pourrait relever que la Cour s'est d'abord pliée à un exercice d'appréciation objective, fondée sur l'interprétation de la Charte : « La Cour a examiné le problème général de l'interprétation de l'article 17, paragraphe 2, à la lumière de la structure d'ensemble de la Charte et des fonctions respectives assignées par elle à l'Assemblée générale et au Conseil de Sécurité en vue de déterminer le sens de la phrase 'les dépenses de l'organisation.' » (CIJ, *Certaines dépenses...*, *ibid.* p. 167).

l'illégalité objective d'un acte institutionnel ou, en tout cas, empêcher l'État de s'en prévaloir par la suite. Ainsi, dans l'avis consultatif *Compétence de la Commission européenne du Danube*, la Roumanie contestait la légalité de certains actes normatifs de la Commission du Danube, qui allaient selon elle à l'encontre des traités qui régissaient son fonctionnement. La Cour permanente a considéré que :

« [L]a pratique d'avant-guerre dans le secteur Galatz-Braïla a été l'exercice dans ce secteur des pouvoirs de juridiction par la Commission européenne. À cette pratique, les délégués roumains ont tacitement mais formellement acquiescé. »²¹⁰

141. De la même manière, une décision ancienne des juges allemands, après avoir constaté l'illégalité d'un acte institutionnel, en justifie néanmoins l'opposabilité à leur État par le consentement tacite de celui-ci :

« *The prohibition of the occupying power fund the tacit toleration of the authorities of the Reich.* »²¹¹

142. Le consentement peut éventuellement effacer certains défauts de validité, en ce sens qu'il empêche l'État d'arguer, sur ce fondement, de l'inopposabilité de l'acte à son égard. Il s'agit le plus souvent de la violation des conditions formelles, liées au respect des règles gouvernant l'adoption de l'acte²¹². Le consentement ne devient pas pour autant une condition de validité. On est au demeurant face à une nouvelle illustration d'une situation où l'État a le devoir de réagir par application de l'adage *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*²¹³.

²¹⁰ CPJI, avis consultatif, 8 déc. 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, Série B, n° 14, p. 17. L'avis *Certaines dépenses* (préc., note 208) peut être lu dans cette même perspective de l'acquiescement qui empêche l'État de contester ultérieurement la légalité. Parmi les exemples doctrinaux, v. H. G. Schermers et N. M. Blokker : « *A positive vote estops a member from later claiming that the organization lacked the competence to adopt the recommendation in question (...)* » (*International Institutional Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 5^e éd., 2011, § 1225, p. 771) ; E. Cannizzaro et P. Palchetti : « *The role of acquiescence or of the lapse of time further restricts (...) the possibility for states to rely on the non-conformity of an act with the rules of the international organization in order to reject the legal effects of the act* » (*op. cit.*, note 11, p. 388). De la même manière, F. Frowein considère que « *states having voted for the resolution should not be able later on to complain about the lawfulness of actions taken by states on the basis of these recommendations* » (« *The Internal and External Effects of Resolutions by International Organisations* », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 49, 1989, p. 787).

²¹¹ Reichsgericht, 9 mars 1929, *Devisen Legislation case*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 5, p. 78.

²¹² Dans ce cas, c'est plutôt d'un défaut de régularité qu'il s'agit : v. en ce sens, le *dictum* de la CIJ dans l'avis *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires (OMS)* : « Le simple fait, pour une majorité d'États, d'avoir voté une résolution en respectant toutes les règles de forme pertinentes ne saurait, en soi, suffire à apurer les éventuels vices de fond qui, tel l'excès de pouvoir, l'entacheraient. » (préc., par. 78).

²¹³ V. CIJ, 15 juin 1962, *Temple de Préah Vihear*, fond, *Rec.*, 1962, p. 23. V. aussi TIDM, arrêt du 6 août 2007, « *Hoshinmaru* » (*Japon c. Fédération de Russie*), prompte mainlevée, aff. n° 14, pars. 86-87.

143. Par conséquent, les contestations de validité de la part des États membres ne sont que des prétentions unilatérales mais elles ne libèrent pas pour autant l'État du devoir d'exécuter ses obligations institutionnelles²¹⁴. Ces protestations peuvent rencontrer l'opposition ou le ralliement des autres États membres²¹⁵, voire des organes institutionnels et aboutir à faire disparaître l'acte de l'ordonnement juridique. Mais elles ne décident pas de l'invalidité de l'acte. Ces contestations unilatérales sont toutefois des rouages essentiels du processus d'établissement de la nullité des actes internationaux, qui, en l'absence d'un mécanisme centralisé de contrôle, est le produit d'un dialogue entre tous les acteurs juridiques concernés.

144. Comment situer dans ce tableau le contrôle de légalité des actes institutionnels par les juges internes ? Puisque le juge interne n'est qu'un organe de l'État (ou du sujet de droit international auquel les normes institutionnelles sont opposables), son contrôle est tout autant une prétention unilatérale, un « fait de résistance »²¹⁶. En revanche, les protestations judiciaires, qui reposent sur des arguments exclusivement juridiques et ne sont, idéalement, pas animées de la volonté de défendre les intérêts contingents de l'État²¹⁷, ont plus de chances d'emporter la conviction dans le dialogue sur la légalité. La motivation des décisions judiciaires, qui est en principe un étalage de justifications d'ordre juridique, permet en outre aux autres acteurs juridiques d'apprécier la justesse du raisonnement mené et l'objectivité du contrôle exercé. Par ailleurs, la multiplication des appréciations judiciaires d'illégalité ne fait

²¹⁴ V. dans le même sens, J. E. Alvarez, « Legal Remedies and the United Nations a la carte Problem », *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1991, pp. 229-311.

²¹⁵ Comme le rappelait le tribunal arbitral dans l'affaire du *Lac Lanoux*, dans un contexte relatif à l'interprétation d'un traité, « il appartient à chaque Etat d'apprécier, raisonnablement et de bonne foi, les situations et les règles qui le mettent en cause ; son appréciation peut se trouver en contradiction avec celle d'un autre Etat ; dans ce cas, apparaît un différend que les Parties cherchent normalement à résoudre par la négociation, ou bien en se soumettant à l'autorité d'un tiers ; mais l'une d'elles n'est jamais obligée de suspendre, du fait du différend, l'exercice de sa compétence, sauf engagement de sa part ; en exerçant sa compétence, elle prend le risque de voir sa responsabilité internationale mise en cause s'il est établi qu'elle n'a pas agi dans la limite de ses droits » (Sentence du 16 nov. 1957, *Affaire du lac Lanoux (Espagne/France)*, RSA, vol. XII, p. 310).

²¹⁶ J.-M. Thouvenin, « Les décisions du Conseil de sécurité en procès », in *Liber amicorum Jean-Pierre Cot. Le procès international*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 313. Certains auteurs considèrent que les réactions judiciaires peuvent être qualifiées de contre-mesures, dans la mesure où les juges internes réagiraient à un acte illégal qui serait *ipso facto* un acte illicite (v. A. Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, OUP, 2011, pp. 112-136 ; *contra* : H. Ascensio, « Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes relatives aux droits humains », in SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Journée d'études de Strasbourg des 11 et 12 avr. 2008, Paris, Pedone, 2009, p. 117).

²¹⁷ On parle ici d'un modèle archétypal de décision judiciaire ; mais il faut bien admettre que la ligne qui sépare, d'une part, la protestation d'illégalité ? et les intérêts particuliers des États n'est pas toujours claire. Et, dans les rapports de systèmes, les juridictions agissent parfois en tant qu'agents de l'État. En dépit de ces incertitudes, on arrive cependant à identifier des situations où « sous le couvert de la justice, l'arbitraire se substitue au règne de la loi. Tel [est] le cas si l'administration de la justice se trouv[e] viciée par des mesures clairement inspirées par l'esprit politique » (CIJ, arrêt, 20 nov. 1950, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, Rec., p. 284). Pour des exemples d'une telle attitude, v. *supra*, Chapitre 7, pars. 104 et s.

que redoubler leur force de conviction. C'est ainsi que les remises en cause des sanctions ciblées du Conseil de sécurité ont conduit celui-ci, à plusieurs reprises, à modifier les résolutions concernées. Certes, le CSNU n'était pas juridiquement tenu de tirer des conséquences des doutes, voire des constats d'illégalité de ses sanctions ciblées, opérés par les juges internes. Il l'a néanmoins fait, en assouplissant par exemple les règles relatives à l'octroi des dérogations humanitaires, aux interdictions de voyager, à la transmission des informations et des preuves ayant justifié l'inscription sur les listes de sanctions ciblées²¹⁸, même s'il n'est pas allé aussi loin que les juges internes l'ont souhaité, en instaurant notamment un mécanisme de recours juridictionnel centralisé²¹⁹. Certes, un fervent défenseur du positivisme peut toujours arguer du fait, qu'à défaut d'obligation juridique, l'attitude conciliatrice du CSNU s'explique par son pouvoir discrétionnaire de modifier les résolutions préalablement adoptées, en les adaptant au gré des circonstances, ces changements n'étant au demeurant que la traduction d'une appréciation d'opportunité par l'organe onusien. Il n'en reste pas moins que ces changements répondent très directement à certaines préoccupations exprimées par les juges internes, ce qui ressort à la fois des rapports des organes onusiens impliqués dans la surveillance et application des sanctions²²⁰, mais aussi des résolutions du CSNU lui-même²²¹.

145. Lorsqu'en raison de leur illégalité proclamée par un juge national, les normes institutionnelles sont privées d'effets dans l'ordre interne, à travers l'annulation des actes internes d'incorporation, le potentiel d'influence des décisions judiciaires internes devient considérable : en effet, l'efficacité des normes institutionnelles est souvent dépendante de la réalisation de leurs effets dans les ordres internes. Dans ces hypothèses, l'organisation internationale est souvent amenée à préférer la modification de la norme à un hypothétique

²¹⁸ V. en ce sens, les modifications apportées au régime des sanctions du comité 1267 par les rés. S/RES/1989 (2011) du 17 juin 2011, S/RES/2083 (2012) du 17 déc. 2012 et S/RES/2161 (2014) du 17 juin 2014.

²¹⁹ V. *infra*, pars. 152 et s. (*Solange*).

²²⁰ V. en ce sens les rapports de l'Équipe d'appui analytique, qui font une analyse systématique et compréhensive des procédures judiciaires internes à l'encontre des sanctions ciblées, en jugeant les procédures onusiennes à l'aune des préoccupations exprimées dans les décisions des juges (ex : Douzième rapport de l'Équipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions créée par la rés. 1526 (2004), doc. NU S/2012/729 du 1 oct. 2012, pp. 27-29 ; Quatorzième rapport..., doc. NU S/2013/467 du 2 août 2013, pp. 31-32 ; Quinzième rapport..., doc. NU S/2014/41, pp. 12-13. De la même manière, le travail du Bureau du Médiateur est, de l'aveu même de celui-ci, influencé par les décisions judiciaires des juridictions nationales ou européennes (v. en ce sens Premier Rapport, 21 janv. 2011, doc. NU S/2011/29, par. 5 ; Deuxième Rapport, 22 juil. 2011, doc. NU S/2011/447, par. 13 ; Cinquième Rapport, 31 janv. 2013, doc. NU S/2013/71, pars. 19-20 ; Septième Rapport, 31 janv. 2014, doc. NU S/2014/73, pars. 15, 22. Les rapports sont disponibles en ligne à l'adresse : <http://www.un.org/en/sc/ombudsperson/reports.shtml>).

²²¹ V. entre autres S/RES/1989 (2011) du 17 juin 2011, pars. 33, 50 ; et S/RES/2083 (2012) du 17 déc. 2012, pars. 33 et 54.

engagement de la responsabilité internationale de l'État qui se trouverait en défaut d'exécution.

146. Qu'en est-il alors de l'acquiescement à l'illégalité ? On pourrait considérer que l'État, en votant en faveur des actes institutionnels et en les mettant ensuite en œuvre dans son ordre juridique interne, a, du moins implicitement, acquiescé à tous les défauts potentiels de validité des actes institutionnels²²². Il est toutefois douteux que le consentement puisse effacer toute forme d'illégalité, même celle qui ne concerne pas la régularité de l'adoption de l'acte²²³. L'exemple des contrôles *a posteriori* par les juges internes montre en effet que tous les défauts de légalité ne peuvent être régularisés par l'acquiescement étatique : il en est ainsi des défauts substantiels, qui ne concernent ni les règles de procédure, ni même le dépassement des compétences attribuées à l'organisation, mais des règles considérées fondamentales, à la fois sur le plan interne et international.

147. À travers le contrôle judiciaire des normes institutionnelles, le juge interne s'affirme de plus en plus comme un acteur des relations internationales de l'État. En effet, ces questions ne sont plus considérées comme faisant partie du domaine réservé des autorités politiques. On en veut pour preuve le rejet quasi systématique des arguments qui qualifient la légalité des actes institutionnels comme une question politique injusticiable²²⁴. Au demeurant, cet affermissement de la politique judiciaire extérieure n'est que le pendant naturel de l'extension des activités normatives des organisations de coopération, qui atteignent de plus en plus ouvertement les personnes privées, au-delà même du voile étatique.

Section II. Le contrôle juridictionnel des normes institutionnelles : un édifice inachevé

148. On mesure tout le chemin parcouru durant la dernière décennie lorsque l'on s'aperçoit que la possibilité d'un recours juridictionnel à l'encontre des actes institutionnels est

²²² Dans le même sens, E. Cannizzaro et P. Palchetti, « *Ultra vires Acts...* », *op. cit.*, note 11, p. 395, note 40.

²²³ V. *supra*, par. 142.

²²⁴ V. concls. M. Poiras Maduro, 16 janv. 2008, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission et Conseil*, aff. C-402/05 P, spéc. pars. 33, 34, 43, 45. L'arrêt *Association Secours mondial de France* du Conseil d'État français (3 nov. 2004, *Association Secours mondial de France*, n° 262626, *Lebon, T.*) a rejeté l'application de la théorie de l'acte de gouvernement aux décrets qui mettaient en œuvre des rés. CSNU (v. aussi v. commentaire d'A. Miron, in A. Miron et A. Pellet (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, à paraître en 2015).

aujourd'hui une idée largement acceptée, alors qu'elle avait suscité pendant longtemps la perplexité, voire l'opposition, même quand ce contrôle devait être exercé par un juge international. Ainsi, à une époque relativement récente, d'éminents auteurs tendaient à conclure qu'en l'absence d'une disposition spécifique dans le traité constitutif, le contrôle de légalité des résolutions du CSNU était exclu²²⁵, alors qu'aujourd'hui la doctrine penche plutôt en faveur de la thèse contraire²²⁶. Il semble donc acquis que le contrôle juridictionnel de légalité peut s'exercer même en l'absence d'une disposition expresse qui en donne compétence au juge. Bien entendu, lorsqu'il a la possibilité de s'exprimer, l'office du juge international à l'égard des normes institutionnelles est mené plus ouvertement que celui du juge interne. C'est précisément l'absence d'un juge international à compétence obligatoire et systématique qui a conduit les juridictions internes à se saisir de plus en plus souvent des questions de légalité des actes institutionnels. Ceci confirme les intuitions de Cristoph Schreuer, exposées dans son étude pionnière sur le sujet des résolutions des organisations internationales dans les ordres internes, selon laquelle « *[it is] particularly because there are no internationalized review procedures, national courts should in any case decide issues of ultra vires* »²²⁷ (§ 1). Et l'ordre international semble s'accommoder du contrôle décentralisé par les juridictions internes (§ 2).

§ 1. L'agencement des contrôles juridictionnels internationaux et internes

149. Dans son étude de 1965, Elihu Lauterpacht soulignait que :

« Where there is no machinery for compulsory judicial review, or even no machinery for any kind of review at all, then (...) we are faced (...) by a fundamental conflict between the principle that an illegal act is null ab initio and the principle that the mere assertion by an interested party that the act is unlawful should not be

²²⁵ K. Skubiszewski considérait ainsi que « *in analogy to municipal law, for powers to exist there must be an express norm authorizing judicial review. These powers cannot be implied* » (« The International Court of Justice and the Security Council », in *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, CUP, 1996, p. 623 ; dans le même sens, L. Caflisch, « Is the International Court Entitled to Review Security Council Resolutions Adopted under Chapter VII of the United Nations Charter ? », in N. M. Al-Nauimi et R. Meese (dir.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 655 ; pour un débat plus ample, v. SFDI, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies – Colloque de Rennes*, Pedone, Paris 1995, 324 p.

²²⁶ V. E. Cannizzaro et P. Palchetti, *op. cit.*, note 11, pp. 385-387. J. Matringe, *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les Etats membres*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II, 2000, p. 116 ; pour un exposé des thèses du caractère incontestable et pour leur réfutation, v. spéc. pp. 115-180.

²²⁷ C. H. Schreuer, *Decisions of International Institutions...*, *op. cit.*, note 163, p. 137. V. aussi C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, CUP, 2^e éd., 2005, pp. 199-201.

conclusively determinative for that question. There is no legal principle which can, by itself, resolve the conflict. »²²⁸

150. À défaut de principes généralement établis, on arrive toutefois à identifier aujourd'hui quelques tendances dans l'agencement des contrôles juridictionnels internationaux et internes des normes institutionnelles. Ces tendances visent à trouver l'équilibre entre la présomption de légalité dont jouissent les actes institutionnels, qui est la fondation même de leur effectivité, et la nécessaire protection du règne du droit, dont le contrôle juridictionnel est devenu l'allié incontournable. Elles se traduisent pour une déférence aux déterminations de légalité des juges et des arbitres internationaux (A.), plus souvent ajournée que réalisée, au vu de la rareté des mécanismes de contrôle centralisés (B.).

A. La déférence au contrôle centralisé

151. Lorsqu'un juge international a eu la possibilité de se prononcer sur la légalité d'un acte institutionnel, il est naturel que les juges internes en défèrent à ses déterminations. Comme le remarque Ronny Abraham, une « certaine discipline jurisprudentielle est nécessaire à la cohérence de l'ordre juridique, et des rapports entre ordres juridiques »²²⁹, et ceci explique le ralliement des juridictions internes aux appréciations des juridictions internationales. En effet, la compétence statutaire du juge international prête moins à contestation, même si son office ne s'étend qu'exceptionnellement à l'annulation des actes. Par ailleurs, le juge international a déjà fait la preuve de ses aptitudes à traiter de questions de droit international. On a donné plus haut des exemples où les juges internes ont non seulement repris l'analyse des juridictions internationales, mais ont également insisté sur la déférence qui est due à leurs appréciations²³⁰. Ils ne sont guère nombreux, tant il est rare que la question de la légalité des mêmes actes institutionnels ait été traitée à la fois par les juges et les arbitres internationaux et par les juges internes. Ceci soulève par ailleurs des questionnements sur la reconnaissance interne des prononcés des juridictions internationales, en dépassement de l'autorité relative de la chose jugée, un sujet qui ne rentre pas dans le champ de la présente étude.

²²⁸ E. Lauterpacht, « Legal Effects of Illegal Acts... », *op. cit.*, note 11, pp. 115-116 (italiques dans l'original).

Dans le même sens, E. Cannizzaro et P. Palchetti, *op. cit.*, note 11, p. 376.

²²⁹ R. Abraham, « Le juge administratif et le droit international et européen. Le dialogue des juges », in B. Bonnet (dir.), *Regards de la communauté juridique sur le contentieux administratif. Hommage à Daniel Chabanol*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 38.

²³⁰ V. *supra*, Chapitre 7, pars. 94 et s.

B. Une déférence ajournée : l'inapplicabilité du principe de la protection équivalente (ou *Solange*)

152. L'origine et la teneur du principe *Solange*, un adjectif allemand qui a essaimé comme néologisme dans de nombreuses langues juridiques, sont suffisamment connues pour qu'il ne soit pas utile d'y revenir ici en détail, si ce n'est à travers deux des décisions de la Cour de Karlsruhe, de 1979 et 1986²³¹. Lors de la première décision, elle avait considéré qu'il lui appartenait de contrôler la compatibilité du droit dérivé communautaire avec les droits fondamentaux protégés par la Constitution allemande, aussi longtemps que l'ordre juridique communautaire n'aurait pas développé à la fois un corps de principes équivalents et un contrôle juridictionnel les protégeant. Dans la seconde décision de 1986, elle a conclu que les développements normatifs et contentieux communautaires justifiaient que les juridictions allemandes en défèrent dorénavant à l'appréciation des juridictions communautaires²³². Le concept a par la suite été repris par la CrEDH, sous la figure de la protection équivalente. Dans la décision *Bosphorus*, la Cour de Strasbourg a estimé qu'elle pouvait s'abstenir de contrôler les mesures d'application du droit communautaire par les États membres soumis à sa juridiction, tant qu'il existerait un niveau de protection équivalente des droits fondamentaux au sein de l'Union²³³, étant entendu que cette présomption de conformité pourrait être renversée si « la protection des droits fondamentaux garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste »²³⁴.

153. Cette approche, fondée sur la déférence à un contrôle juridictionnel de proximité, entendu comme le contrôle exercé par les juridictions de l'ordre juridique auquel les mesures normatives contestées appartiennent, a été évoquée à plusieurs reprises en relation avec les décisions du CSNU. Déjà dans l'affaire *Bosphorus*, était en cause un règlement

²³¹ V. BVerfGE, 29 mai 1974, *Solange I*, BvL 52/71 ; traduction française disponible sur *Cah. dr. eur.*, 1975, pp. 150 ss. et BVerfGE, 26 oct. 1986, *Solange II*, BvR 197/83, 73 traduction française in *RTDE*, 1987, p. 537 ss.

²³² Un des paragraphes-clé de la décision est ainsi rédigé : « Aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour des Communautés, garantiront de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui soit essentiellement équivalente à celle prescrite comme impérative et inaliénable par la loi fondamentale, et qui assure de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé » (*Solange II*, *ibid.*).

²³³ CrEDH, Grde. Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, n°45036/98, *Rec.*, 2005-VI, pars. 155-156.

²³⁴ *Ibid.*, par. 166. La figure de la protection équivalente n'est pas inconnue de l'ordre juridique français (v. en ce sens, M. Guyomar et D. Simon, « La hiérarchie normes en Europe », *Gazette du palais*, 2009-42, pp. 11 et ss. et M. Guyomar, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. À propos du secret professionnel des avocats », *concls. sur Conseil d'Etat*, 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, *RFDA* 2008, pp. 575 et ss.).

communautaire qui mettait en œuvre les sanctions des Nations Unies à l'encontre de la Yougoslavie, mais la Cour de Strasbourg n'en a tiré aucun argument, circonstance qui rend difficile toute conclusion sur la déférence au niveau onusien. Mais la figure de la protection équivalente est mieux perceptible dans les affaires relatives aux demandes des tribunaux pénaux internationaux. Dans une affaire où le requérant contestait son transfert au TPIY, la CrEDH a considéré que :

« l'intéressé a été livré à un tribunal international qui présente *toutes les garanties nécessaires, y compris celles d'impartialité et d'indépendance*, comme le montre la teneur de son statut et de son règlement de procédure. Dès lors, aucune question ne se pose à cet égard sur le terrain de l'article 6 § 1. »²³⁵

154. La philosophie *Solange* traverse également les jurisprudences relatives aux sanctions ciblées²³⁶. Pour ne citer que les décisions les plus emblématiques, dans *Kadi I*, la CJCE avait relevé que :

« 321 En tout état de cause, l'existence, dans le cadre de ce régime des Nations unies, de la procédure de réexamen devant le comité des sanctions, même en tenant compte des modifications récentes apportées à celle-ci, ne peut entraîner une immunité juridictionnelle généralisée dans le cadre de l'ordre juridique interne de la Communauté.

322 En effet, une telle immunité, qui constituerait une dérogation importante au régime de protection juridictionnelle des droits fondamentaux prévu par le traité CE, n'apparaît pas justifiée, *dès lors que cette procédure de réexamen n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle.*

323 À cet égard, s'il est désormais possible pour toute personne ou entité de s'adresser directement au comité des sanctions en soumettant sa demande de radiation de la liste récapitulative au point dit 'focal', force est de constater que la procédure devant ce

²³⁵ CrEDH, 4 juin 2000, *Naletilic c. Croatie*, n°51891/99, par. 1(b) (nous soulignons) ; dans le même sens, *Galić c. Pays-Bas*, 9 juin 2009, n° 22617/07. Plus généralement, les juridictions internes et régionales refusent de contrôler les demandes de transfert du TPIY, en faisant jouer la présomption de protection équivalente (v. explicitement, Suisse, Cour suprême fédérale, 3 sept 2001, *Rukundo c. Office fédéral de la justice*, n° 1A.129/2001, disponible en ligne : <http://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/08/rukundo-tribunal-fc3a9dc3a9ral-3-septembre-2001.pdf> ; pour d'autres exemples jurisprudentiels, v. J. d'Aspremont et C. Brölmann, *op. cit.*, J. d'Aspremont et C. Brölmann, « Challenging International Criminal Tribunals Before Domestic Courts », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, pp. 111-136).

²³⁶ V. en ce sens les conclusions de l'étude dirigé par A. Reinisch : « Many examples provided in the contributions to this book have shown that a growing number of court decisions make the exercise of 'direct' or 'indirect' judicial review dependent less on technical aspects of the incorporation of international law into domestic law than on a more substantive criterion of whether and to what extent an alternative control/review mechanism is available within the organizations themselves » (*Challenging Acts of International Organizations, ibid.*, p. 263. Pour une analyse du potentiel de la théorie de la protection équivalente en relation avec les rés. CSNU, v. A. Tzanakopoulos, « Judicial Dialogue in Multi-level Governance : The Impact of the Solange Argument », in K Fauchald et A Nollkaemper (dir.), *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, 2012, pp. 185-215.

comité demeure essentiellement de nature diplomatique et interétatique, les personnes ou entités concernées n'ayant pas de possibilité réelle de défendre leurs droits et ledit comité prenant ses décisions par consensus, chacun de ses membres disposant d'un droit de veto. »²³⁷

155. Par une interprétation *a contrario* de ces paragraphes, on pourrait considérer que la juridiction de Luxembourg s'estimait prête à faire droit à l'argument de la déférence au niveau onusien, en restreignant son contrôle juridictionnel si des procédures centralisées au niveau des Nations Unies permettaient un examen impartial des contestations des sanctions ciblées. La Cour n'a pas manqué de souligner que seul un recours de type juridictionnel pouvait justifier l'application de la théorie de la protection équivalente.

156. Dans *Kadi I*, le recours était de type administratif et il consistait dans la possibilité, pour les personnes ciblées, de demander la radiation des listes de sanction. D'évidence, il ne pouvait remplir aucune des exigences d'un recours juridictionnel effectif. Le CSNU a institué ultérieurement, pour un seul régime de sanction, celui du comité 1267, le Médiateur²³⁸, personne indépendante et impartiale chargée d'examiner les demandes de radiation et de soumettre le dossier motivé au comité, après éventuellement un dialogue avec l'État à l'origine de l'inscription. Cependant, le Médiateur n'est pas investi d'un pouvoir de décision.

157. Dans *Kadi II*, la Cour de justice de l'UE a de nouveau considéré qu'un mécanisme de type administratif, même grandement amélioré, ne saurait entraîner l'application de la théorie de la protection équivalente :

« en dépit des améliorations qui leur ont été apportées, notamment, après l'adoption du règlement litigieux, *les procédures de radiation et de révision d'office instituées au niveau de l'ONU n'offrent pas à la personne dont le nom est inscrit sur la liste récapitulative du comité des sanctions (...) les garanties d'une protection juridictionnelle effective.* »²³⁹

158. Ces appréciations sont d'autant plus significatives de la position de principe de la Cour qu'en l'espèce la demande de radiation de M. Kadi, telle qu'instruite par le Médiateur, avait abouti avant le prononcé de l'arrêt²⁴⁰.

²³⁷ CJCE, Grde. Ch., 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, pars. 321-323 (nous soulignons).

²³⁸ Rés. CSNU 1904 (2009) du 17 déc. 2009 ; v. aussi Rés. CSNU 1989 (2011) du 17 juin 2011.

²³⁹ CJUE, Grde. Ch., 18 juil. 2013, *Commission européenne et autres c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, par. 133.

²⁴⁰ V. *supra*, par. 119.

159. Sans surprise, les autres juridictions européennes et nationales partagent ce point de vue. Il en va ainsi de la Cour suprême britannique :

« *While these improvements are to be welcomed, the fact remains that there was not when the designations were made, and still is not, any effective judicial remedy. (...) [T]here is nothing in the listing or de-listing procedure that recognises the principles of natural justice or that provides for basic procedural fairness.* »²⁴¹

160. Dans son arrêt *Al Dulimi* de 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu dans le même sens. Après avoir, pour la première fois, évoqué la possible application de la théorie de la protection équivalente lorsqu'était contestée la légalité des résolutions du CSNU, elle a ouvertement confronté les insuffisances du niveau onusien :

« 1116. La plupart des affaires précitées concerne le rapport entre le droit de l'Union européenne et les garanties découlant de la Convention. La Cour constate néanmoins qu'elle n'a jamais exclu d'appliquer le critère de la protection équivalente à une situation concernant la compatibilité avec la Convention d'actes relevant d'autres organisations internationales que l'Union européenne.
(...)

118. En ce qui concerne la protection offerte dans la présente affaire, la Cour constate que le gouvernement défendeur admet lui-même que le système en place, même dans sa forme améliorée à la suite de la Résolution 1730 (2006), permettant aux requérants de demander auprès d'un 'point focal' leur radiation des listes établies par le Conseil de sécurité, n'offre pas une protection équivalente à celle qu'exige la Convention(...). La Cour partage ce point de vue.

119. Cette conclusion se voit par ailleurs confirmée dans le rapport du 26 septembre 2012 du Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme (...). Le Rapporteur spécial y exprime clairement *qu'en dépit des progrès considérables accomplis sur le plan de la procédure* grâce aux Résolutions 1904 (2009) et 1989 (2011) du Conseil de sécurité, ayant créé un bureau du médiateur, *le régime des sanctions contre Al-Qaïda établi par la Résolution 1267 (1989) ne garantit toujours pas le respect des normes internationales minimales en la matière (...). La Cour se rallie sans réserve à cette conclusion du Rapporteur spécial.*

120. En l'absence d'un mécanisme de contrôle comparable au bureau du médiateur créé dans le cadre du régime des sanctions contre l'ancien gouvernement irakien prévu par la Résolution 1483 (2003), il s'ensuit, *a fortiori*, que *la protection offerte au niveau international n'est pas équivalente à celle découlant de la Convention.* »²⁴²

²⁴¹ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2, pars. 78-80 (Lord Hope).

²⁴² CrEDH, 2^e sect., 26 nov. 2013, *Al Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08, pars. 116-120 (nous soulignons).

161. On déduit, à la lecture de ces considérations, que dès lors que l'organisation internationale ne prévoit pas un système de protection équivalente, l'État est dans l'obligation de prévoir un mécanisme décentralisé de contrôle, faute de quoi il assume automatiquement la responsabilité des violations des droits fondamentaux :

« 114. La Cour rappelle que la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale à des fins de coopération dans certains domaines d'activité. (...) [L]a présomption de protection équivalente vise en particulier à éviter qu'un Etat partie soit confronté à un dilemme lorsqu'il lui faut invoquer les obligations juridiques qui s'imposent à lui, en raison de son appartenance à une organisation internationale non partie à la Convention.
(...)

117. La Cour estime que la présente affaire se prête à un examen à la lumière du critère de la protection équivalente, en particulier du fait que les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, notamment le paragraphe 23 de la Résolution 1483 (2003), ne confèrent aux Etats visés aucun pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des obligations en découlant. (...)
(...)

134. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que tant qu'il n'existe pas d'examen judiciaire efficace et indépendant, au niveau des Nations unies, de la légitimité de l'inscription des personnes et entités sur leurs listes, il est essentiel que ces personnes et entités soient autorisées à demander l'examen par les tribunaux nationaux de toute mesure prise en application du régime des sanctions. Or, les requérants n'ont pas bénéficié d'un tel contrôle. Il s'ensuit que leur droit d'accès à un tribunal a été atteint dans sa substance même. »²⁴³

162. En adoptant cette solution de responsabilité automatique, la Cour de Strasbourg contourne les questions difficiles d'attribution du fait illicite, en se contentant de définir une présomption de responsabilité, sans doute justifiée par le fait que l'État a « rendu possible de tels actes ou carences en transférant des compétences [à une organisation internationale] sans s'assurer de l'existence de voies de recours adéquates »²⁴⁴. En somme, est dénoncée une entorse inexcusable à l'esprit de l'État de droit.

§ 2. *Le contrôle juridictionnel, corollaire de l'état de droit*

163. L'état de droit (au sens de *rule of law*) est un concept aussi protéiforme qu'éloigné de l'esprit originaire du droit international, fondé sur des relations de type contractuel entre

²⁴³ *Ibid.*, pars. 114, 117, 134 (nous soulignons).

²⁴⁴ H. Ascensio, « Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes relatives aux droits humains », in SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Journée d'études de Strasbourg des 11 et 12 avril 2008, Paris, Pedone, 2009, p. 124.

puissances souveraines²⁴⁵. Pourtant, c'est bien le concept que les juridictions internes ont mis en avant pour justifier leur contrôle des normes institutionnelles, du moins lorsque celles-ci se détachent des rapports inter-étatiques, pour atteindre les personnes privées (A.), et l'argument semble avoir convaincu les organes internationaux (B.).

A. L'état de droit et la gouvernance mondiale

164. Pour reprendre la belle formule de la chambre de la CIJ dans l'affaire *ELSI*, « [l']arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi »²⁴⁶. L'absence de toute forme de contrôle à l'égard des décisions du CSNU a été perçue par les juges comme s'opposant au règne du droit. C'est ainsi que le juge canadien, dans des appréciations qui ont fait mouche dans de nombreuses analyses ultérieures, a comparé le régime des sanctions ciblées avec celui du roman de Kafka, *Le procès* :

« J'ajoute mon nom à ceux qui considèrent le régime instauré par le Comité 1267 comme un déni de recours juridiques fondamentaux et comme une mesure indéfendable selon les principes du droit international en matière de droits de la personne. Rien dans la procédure d'inscription ou de radiation ne reconnaît les principes de justice naturelle ou n'assure une équité procédurale fondamentale. (...) [L]e régime du Comité 1267 représente, pour une personne inscrite, une situation qui n'est pas loin de ressembler à celle de Josef K. dans *Le procès* de Kafka, qui se réveille un matin et qui, pour des raisons qui ne sont jamais révélées à lui ou au lecteur, est arrêté et poursuivi pour un crime non précisé. »²⁴⁷

165. Les juridictions britanniques ont également souligné l'inanité d'un tel mécanisme :

« *there is nothing in the listing or de-listing procedure that recognises the principles of natural justice or that provides for basic procedural fairness. (...) This is a fundamental objection which, as in the case of the TO, is directed to the dangers that lie in the uncontrolled power of the executive.* »²⁴⁸

166. C'est donc au nom du principe de l'état de droit que le contrôle juridictionnel des actes d'incorporation s'imposait :

« *If the rule of law is to mean anything, decisions as to what is necessary or expedient in this context cannot be left to the uncontrolled judgment of the executive. (...) As*

²⁴⁵ V. J. Crawford, « Chance, Order, Change : The Course of International Law. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 365, 2013, pp. 253-271.

²⁴⁶ CIJ, arrêt, 20 juil. 1989, *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, *Rec.*, 1989, p. 76, par. 128.

²⁴⁷ Canada, Cour fédérale, Ottawa, 4 juin 2009, *Aboufian Abdelrazik c. le Ministre des affaires étrangères et le Procureur général du Canada*, 2009 CF [580] (disponible en ligne : <http://recueil.cmf.gc.ca/fra>), par. 51-53.

²⁴⁸ Royaume-Uni, Cour suprême, 27 janv. 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2, par. 78-80 (Lord Hope).

Lord Brown says in para 194, the full honouring of these obligations is an imperative. But these resolutions are the product of a body of which the executive is a member as the United Kingdom's representative. Conferring an unlimited discretion on the executive as to how those resolutions, which it has a hand in making, are to be implemented seems to me to be wholly unacceptable. It conflicts with the basic rules that lie at the heart of our democracy. »²⁴⁹

167. Lorsque sont en jeu des droits fondamentaux, l'état de droit se traduit par un droit au juge, entendu comme un droit subjectif des personnes directement affectés par les normes institutionnelles de contester le sanctions dont elles sont la cible et de voir leur contestation adjugée par un organe impartial et indépendant, dont les décisions s'imposent à l'administration. Aucune immunité juridictionnelle ne devrait s'attacher à ce type de normes institutionnelles : il en va de la plénitude de l'office du juge, en tant que gardien des libertés individuelles.

168. À peine consolidé, ce rôle du juge ne saurait aussitôt céder, au prétexte qu'il s'agit de normes imposées par un organe extérieur, ou pour des impératifs de sécurité si mal définis qu'ils laissent la porte ouverte à toute forme de compromission.

B. Les échos de l'état de droit au niveau onusien

169. Le Conseil de sécurité n'a pas été insensible à ces remarques. Il n'a pas créé un mécanisme juridictionnel de contrôle des sanctions ciblées ; si l'on juge d'après les différents rapports de l'Équipe de surveillance, la possibilité ne semble d'ailleurs pas envisageable sur le court terme. En revanche, l'ordre onusien paraît s'accommoder des contrôles décentralisés et en appeler à leur poursuite, quitte à apporter les modifications nécessaires au régime onusien pour répondre aux critiques des juges internes. Dans le premier rapport ayant suivi la décision *Kadi I*, l'organe consultatif onusien avait souligné les avantages des contrôles décentralisés :

« On peut supposer que de nouvelles décisions de tribunaux régionaux et nationaux en faveur d'individus et d'entités inscrits sur la Liste récapitulative après examen des charges retenues contre eux pourraient causer de réelles difficultés pour les États Membres dans l'application des sanctions, mais *l'Équipe de surveillance croit qu'en l'état actuel des choses le concours des juridictions nationales et régionales, conjugué au processus du point focal et à la révision des noms figurant sur la Liste, prévue par la résolution 1822 (2008), peut en fait aider le Comité à renforcer le régime de façon à*

²⁴⁹ *Ibid.*, par. 45 (Lord Hope).

ce qu'il réponde efficacement à la menace d'Al-Qaida et des Taliban sans saper pour autant l'autorité du Conseil de sécurité. »²⁵⁰

170. Comme le soulignait Andrea Guazzarotti,

« *The paradox lies in the fact that the UN Monitoring Team inverted the rationale of the Solange doctrine, interpreting the judicial intervention of national and regional courts not as an invitation to achieve equivalent or comparable judicial protection at the supranational (UN) level, but as a reason not to start any reform aimed at introducing such a judicial remedy.* »²⁵¹

171. Le Conseil de sécurité lui-même n'a pas dénoncé les contrôles décentralisés. Il a simplement souligné que la procédure administrative au niveau des Nations Unies devrait être préférée, mais n'a pas insisté sur son caractère exclusif :

« Demande aux États Membres et aux organisations et organes internationaux concernés de pousser les personnes et entités qui envisagent de contester leur inscription sur la Liste en passant par des instances judiciaires nationales ou régionales, ou qui ont déjà entrepris de le faire, à chercher à être radiées de la Liste relative aux sanctions contre Al-Qaida en présentant une demande dans ce sens au Bureau du Médiateur. »²⁵²

172. Les Nations Unies semblent ainsi s'en remettre au contrôle des juridictions internes, quitte à freiner l'efficacité des résolutions. On est dans une forme de dédoublement fonctionnel ou même de reconnaissance de la compétence des juridictions internes à juger de la légalité des normes institutionnelles. Mais pour que le contrôle n'aboutisse pas à des annulations systématiques, comme cela a été souvent le cas jusqu'à présent, encore faut-il que les paramètres de la légalité intérieure soient convergents. En particulier, les standards de preuve pour justifier l'inscription sur la liste doivent être sensiblement les mêmes, ce qu'a d'ailleurs souligné l'Équipe de surveillance :

« La tendance en jurisprudence récente semblant indiquer que le droit puisse s'acheminer vers la nécessité d'un contrôle indépendant d'une sorte ou d'une autre, le Comité pourrait être bien inspiré de *fixer lui-même la norme de contrôle souhaitée plutôt que de céder dans les faits ce rôle à d'autres.* »²⁵³

²⁵⁰ Neuvième rapport de l'Équipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions, doc. NU S/2009/245, 13 mai 2009, par. 18 (nous soulignons), disponible en ligne : <http://www.un.org/french/sc/committees/1267/monitoringteam.shtml>.

²⁵¹ A. Guazzarotti, « Security Council Resolutions before European Courts : The Elusive Virtue of Non Direct Effect », *Perspectives on Federalism*, 2013, p. 138 (italiques dans l'original), disponible en ligne : <http://www.on-federalism.eu/index.php/andrea-guazzarotti>.

²⁵² Rés. S/RES/1989 (2011), 17 juin 2011, par. 26.

²⁵³ Dixième rapport de l'Équipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions, doc. NU S/2009/502, 2 oct. 2009, par. 42 (nous soulignons).

173. Le système onusien s'adapte un peu à contre-cœur aux exigences exprimées par les juridictions internes, mais ceci démontre au demeurant le potentiel d'influence de ces dernières.

*

174. Au terme de cette analyse de l'office du juge interne à l'égard des normes institutionnelles, on constate que les intuitions des auteurs qui en prônaient l'exercice, faute de mécanismes centralisés²⁵⁴, ont été pleinement confirmées par les décisions judiciaires de la dernière décennie. Certes, ces décisions concernent quasi exclusivement des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, mais c'est simplement parce qu'elles illustrent des situations où l'activité normative d'une organisation internationale atteint des personnes privées, nommément identifiées²⁵⁵. Aucune autre organisation internationale de coopération n'est allée aussi loin. Dans ces circonstances, l'absence d'effet direct des actes institutionnels dans les ordres internes ne permet plus la modulation de la mise en œuvre de manière à assurer le respect des droits fondamentaux. Par ailleurs, ce type d'activité normative du CSNU semble s'enraciner (les premiers régimes de sanctions ciblées ont été mis en place au milieu des années 1990, et celui du comité 1267 dure depuis 1999). La nature systématique des sanctions appelait à la construction d'un édifice juridictionnel de protection des droits fondamentaux : celui-ci est construit sur l'équilibre entre l'admission du contrôle décentralisé et la sauvegarde de l'efficacité des sanctions. Équilibre précaire, s'il en est, puisque les contrôles internes ont abouti régulièrement à l'annulation des actes internes d'incorporation. Il faut cependant croire que le dialogue politique établi entre le niveau du CSNU et les niveaux internes a réussi, par un tour de magie, à ne pas mettre les États en violation de leurs obligations institutionnelles. On comprend ainsi que les décisions internes servent d'avertissement sur les limites jugées infranchissables par les ordres internes. Leur exemplarité n'en ressort que mieux.

175. Exemplaires, ces décisions le sont également à un autre titre : elles concernent les décisions du CSNU, dont la place singulière dans l'architecture institutionnelle internationale

²⁵⁴ Pour emprunter de nouveau à l'analyse de C. H. Schreuer : « *In international law, unlike domestic legal systems, there is usually a lack of formal review procedures before decisions are put into effect. As long as there is no such procedure, which can be instituted in a concrete case an applying or implementing organ must be left the power to examine the validity of an international decision. It would therefore be quite inappropriate to demand blind deference of domestic courts to UN decisions in cases where there is the suspicion of an excess of power or of a grave procedural irregularity.* » (« The Relevance of United Nations Decisions in Domestic Litigation », *op. cit.*, note 163, p. 9).

²⁵⁵ Dans le même sens, A. Reinisch, « Conclusions », *op. cit.*, note 15, p. 258.

n'est plus à démontrer. Il y a fort à parier que, si d'autres organisations internationales se hasardaient à poursuivre la voie des décisions qui s'embarrassent peu de la séparation des ordres juridiques pour atteindre directement les personnes privées, les juges internes n'auront aucune raison de leur réserver un traitement plus clément que celui adopté à l'égard des résolutions onusiennes.

Conclusion du Titre 4

176. Idéalement, le contrôle juridictionnel de validité résulte dans l'annulation de l'acte qui ne respecte pas les conditions substantielles et procédurales régissant son adoption. C'est typiquement le cas du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif français. Cependant, le juge interne n'est pas investi d'un tel pouvoir à l'égard des actes institutionnels, ce qui a une influence considérable à la fois sur la nature et sur la portée du contrôle qu'il exerce. S'agissant de la nature du contrôle, on remarque que celui-ci ne porte pas sur l'acte institutionnel lui-même et que la norme de référence n'est habituellement pas supérieure à ce dernier. La portée du contrôle, quant à elle, est limitée, en ce sens que le contrôle ne peut déboucher sur l'annulation de l'acte institutionnel. Dès lors, même si, dans l'absolu, la nullité (ou l'invalidité) des actes de droit dérivé est concevable, lorsque ceux-ci violent les règles régissant leur adoption (étant, autrement dit, *ultra vires*), le juge national s'estime rarement compétent pour constater cette nullité.

177. Cependant, l'incorporation des normes institutionnelles dans l'ordre interne ouvre la voie à un contrôle des actes d'incorporation, qui se repercute sur l'acte international. En effet, le juge exerce un contrôle substantiel d'une norme qui est en principe imputable à l'organe international. S'agit-il pour autant d'un contrôle de validité de l'acte institutionnel ? Pas nécessairement, car les normes de référence adoptées dans ce cadre ne sont pas toujours des normes supérieures à l'acte institutionnel, dans son ordre propre (à savoir, principalement, le traité constitutif et les normes de *jus cogens*). Il peut s'agir de normes coutumières internationales et même de normes internes, généralement de valeur constitutionnelle. Pour cette raison, il semble plus approprié d'y voir un contrôle de légalité, entendue comme compatibilité de la norme institutionnelle avec le droit, sans que ce rapport de compatibilité repose sur des relations hiérarchiques. Et même dans ce cadre, le juge interne montre une certaine déférence à l'ordre international, en affirmant la présomption de légalité des actes

institutionnels, ainsi que la compétence de principe des juridictions de l'ordre international à exercer ce type de contrôle – c'est tout le sens de « l'adage » *Solange*.

178. Il n'en reste pas moins que les juridictions internationales se prononcent très rarement et que certains actes institutionnels soulèvent de sérieux doutes quant à leur légalité. Les prononcés juridictionnels internes d'illégalité privent les normes internationales d'effet dans l'ordre du for et envoient, en même temps, un avertissement aux organes institutionnels. Cet avertissement est parfois entendu, comme la pratique le montre. Ainsi, même si les juges internes gardent toujours la conscience des limites de leur pouvoir, ils n'ont de cesse de forger des solutions novatrices, qui pallient, tant bien que mal, l'absence d'un contrôle juridictionnel centralisé des actes institutionnels. Ces solutions invitent à regarder au-delà de l'effet d'un prononcé juridictionnel à l'adresse d'une norme institutionnelle spécifique, pour apprécier le rôle de plus en plus prééminent du juge interne dans les rapports entre ordres juridiques.

CONCLUSION GÉNÉRALE

179. La pratique interne examinée (quelques 400 décisions de 33 ordres juridiques internes, dont l'Union européenne) permet de dresser un tableau de tendances convergentes dans le traitement interne du droit dérivé des organisations internationales de coopération. Comme ce que l'on trouve dépend de ce que l'on cherche, il est possible de rédiger la conclusion générale de cette étude sous la forme d'un questionnaire, avec réponses.

1. Le droit institutionnel se révèle-t-il comme une source autonome du droit international dans la jurisprudence interne ?

180. L'émancipation du droit dérivé de la source conventionnelle dont il tire son autorité n'est pas sans embûches, tant il est ardu de passer outre les apprentissages consacrés et de changer les habitudes acquises. Le premier réflexe de comparaison apparaît dans la phase de détermination de la valeur normative des actes institutionnels. Il est rare que les juges internes abordent cette problématique de front, et lorsqu'ils le font, ils ont tendance à jauger la valeur normative des actes institutionnels à partir de celle des traités, pour constater qu'il n'y a pas d'équivalence possible. Deux raisons expliquent ce penchant : la reconnaissance de la valeur obligatoire implique une interprétation du traité constitutif, et, selon certains points de vue, de l'acte lui-même. Les juges internes ne sont pas familiers avec cet exercice, car, dans l'ordre interne, il suffit de constater que les actes appartiennent à l'une des catégories instrumentales reconnues (constitution, lois, décrets) et, dans l'ordre international, *pacta sunt servanda* est accepté comme un postulat qui rend superflue toute discussion sur la force obligatoire des traités. Les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies font figure d'exception, simplement parce que leur obligatorité n'est plus contestée sur le plan international. Pour attester de cette force obligatoire, les juges internes peuvent prendre appui sur des décisions judiciaires internationales ou invoquer le consensus international, contournant ainsi les écueils d'une appréciation circonstanciée. Du reste, les nuances qui entourent l'octroi d'un pouvoir de décision au bénéfice des organisations internationales découragent les velléités d'interprétation du traité constitutif. C'est dès lors par préterition que les juges répondent à la question de la valeur obligatoire : les actes institutionnels ne sont pas des traités. Cependant, même cette réponse fournit un argument implicite en faveur de l'autonomie, car elle distingue

le droit institutionnel du droit conventionnel. Par ailleurs, la reconnaissance de l'engagement institutionnel, distinct du principe du consentement comme fondement de l'opposabilité du droit institutionnel aux États membres, apporte un second argument en faveur de l'autonomie.

2. Quelle est la force normative de la soft law institutionnelle internationale devant les juridictions internes ?

181. Pour le juge, la force normative du droit souple se révèle dans son interaction avec le droit dur. Elle peut se manifester sur deux plans : celui de l'interaction avec les sources du droit international et celui de l'interaction avec le droit interne. Partant de l'idée que la détermination de la force normative doit se faire dans l'ordre juridique à l'origine de la norme, seul le premier aspect a été ici analysé à ce titre. L'interaction avec les sources de l'ordre interne a été envisagée uniquement sous l'angle des conflits de normes et de l'application des principes de l'interprétation conforme ou de l'interprétation croisée. Dans ce contexte, l'étude de la pratique permet de mettre en exergue une certaine aisance des juridictions internes à prendre en considération le droit institutionnel, que ce soit en tant que preuve de l'existence d'une règle coutumière, ou dans l'interprétation du traité constitutif de l'organisation, ainsi que d'autres conventions internationales qui partagent le même champ matériel que l'acte institutionnel ou qui font un renvoi spécifique à celui-ci. Les exemples tirés du droit institutionnel souple pris en compte par les juges internes sont nombreux et variés, ce qui confirme leur familiarité croissante avec cette source difficilement saisissable. Certes, rares sont les occurrences où les juges internes expliquent les fondements de cette prise en considération, mais l'analyse permet néanmoins de les classer : la pratique démontre ainsi le rôle privilégié du droit institutionnel en tant que preuve de la coutume ou moyen auxiliaire d'interprétation du droit conventionnel.

3. Le statut interne du droit institutionnel est-il calqué sur celui du droit conventionnel ?

182. Les principes qui structurent les rapports de systèmes sont applicables à l'égard de la source institutionnelle : ainsi, l'incorporation spéciale à travers un acte interne est une exigence décisive pour que la norme institutionnelle puisse être invoquée par les justiciables de l'ordre interne, devant le juge du for, et pour qu'elle devienne une source de légalité, intégrée à la pyramide des normes. En effet, dans la quasi-totalité des ordres juridiques examinés, la ratification et l'incorporation du traité constitutif n'offrent pas de justification suffisante à l'application interne du droit institutionnel. Les ordres juridiques de tradition dualiste se servent de l'argumentaire traditionnel de la réception, alors que les ordres de tradition moniste mobilisent la théorie de l'effet direct de telle manière qu'elle traduit en réalité une exigence d'incorporation, ce qui engendre d'ailleurs une confusion entre les concepts d'application immédiate et d'effet direct.

183. Plus que la dogmatique dualiste, ce sont des justifications tenant à la séparation des pouvoirs qui conduisent la plupart des ordres internes à exiger une incorporation : évincé de la phase d'adoption de l'acte, le Parlement n'a d'autre moyen de contrôler le contenu de l'acte et sa compatibilité avec l'environnement normatif interne qu'à travers un acte d'incorporation. Par ailleurs, du point de vue du droit international, le droit dérivé des organisations de coopération s'inscrit dans un contexte de collaboration avec les États membres. C'est aux États d'assurer la mise en œuvre du droit dérivé dans les ordres internes, au titre de leur participation à la réalisation des objectifs ; à cette fin, ils ont une marge de manœuvre assez importante, bien que variable. Dès lors, l'incorporation apparaît à la fois comme une méthode d'adaptation au contexte constitutionnel interne et d'exécution du droit dérivé.

184. Par conséquent, on peut affirmer que le statut interne du droit institutionnel est calqué sur celui des traités, dans la mesure où les juges font appel aux concepts régissant les rapports de systèmes qui se sont forgés dans la rencontre avec la source conventionnelle. Néanmoins, le statut interne du droit dérivé n'est pas identique à celui du traité constitutif : l'application immédiate lui est systématiquement déniée, ce qui entraîne son absence d'inclusion dans la pyramide interne des normes, et par voie de conséquence, l'inapplicabilité des règles de

confits de normes qui s'en dégagent. Ainsi, le droit institutionnel ne bénéficie ni de la portée normative, ni de la situation du droit conventionnel dans l'ordre juridique interne.

4. Le statut interne du droit institutionnel est-il calqué sur celui du droit dérivé des organisations d'intégration ?

185. On peut fournir une réponse empirique et une réponse analytique, mais l'une et l'autre sont négatives. Dans les États membres de l'Union européenne, il est difficile de prétendre que les régimes juridiques des deux types de droit dérivé soient alignés : d'abord, parce que le droit d'intégration s'est vu reconnaître un régime similaire à celui des traités (à la fois du point de vue de l'applicabilité immédiate, des possibilités d'invocabilité par les justiciables et finalement au regard de la hiérarchie des normes). Tel n'est pas le cas du droit institutionnel des organisations de coopération. La réponse analytique se fonde sur la nature respective des organisations pour expliciter les différences de statut : les organisations d'intégration visent l'uniformisation du droit interne dans les matières relevant de leur compétence. L'application immédiate, l'effet direct et la primauté sont, dans une bonne mesure, inhérentes à l'accomplissement de ces finalités. Les organisations de coopération, quant à elles, n'ont pas la même vocation, et, si leur droit dérivé dénote une volonté d'harmonisation des législations internes, celle-ci est réalisée à travers la mise en œuvre normative dans les ordres internes.

5. La reconnaissance de la portée normative du droit institutionnel dans les ordres internes se limite-t-elle à l'énoncé d'une obligation d'incorporation ?

186. La réponse est également négative : le juge interne peut être amené à prendre en considération les normes institutionnelles sans égard pour leur incorporation. La prise en considération des actes institutionnels est protéiforme, ce qui rend difficile sa systématisation par catégories. Sommairement, la prise en considération est admise si elle n'équivaut pas à une application de l'acte institutionnel à une affaire interne. En effet, pour que le droit institutionnel fournisse la norme de décision dans un procès interne, il faut qu'il ait été préalablement incorporé. Dès lors, l'acte institutionnel non incorporé n'est ni source immédiate de droits subjectifs pour les justiciables, ni source de légalité dans un contentieux d'annulation d'actes internes incompatibles. Il n'en reste pas moins que, en respectant ces limitations, le juge interne peut reconnaître, dans l'ordre interne, certains des effets des actes

institutionnels. Tel est le cas lorsqu'il reconnaît les effets des actes instituant des régimes objectifs, ou encore les effets des actes déclaratifs du droit existant.

6. L'incorporation conduit-elle à une novation de la norme institutionnelle ?

187. Généralement, on considère que l'incorporation engendre un changement de la nature de la norme : d'internationale elle devient interne. La littérature dualiste désigne cet effet par le terme « transformation ». Cependant, cette affirmation est trop radicale et partielle. S'il est vrai que l'incorporation est déterminante pour le placement des normes institutionnelles dans la pyramide interne (d'ailleurs, le plus souvent, les règles de réception agissent également comme des vecteurs de placement des normes reçues dans la hiérarchie interne), il est pour autant inexact de prétendre que l'acte institutionnel (ou conventionnel d'ailleurs) s'efface dans le processus d'incorporation. Il continue de faire partie du contexte d'interprétation des actes internes d'incorporation, et constitue un élément important pour la détermination du sens interne de la norme. La théorie de l'interprétation conforme, commune à de nombreux ordres internes, assure un fondement à la prise en compte des actes institutionnels dans le procès interne. Par ailleurs, les juges internes trouvent dans les actes institutionnels, *hard* ou *soft*, des éléments pour apprécier le caractère raisonnable de l'exercice, par l'administration, d'une compétence discrétionnaire. Dans cette dernière hypothèse, les actes institutionnels fournissent des normes de référence pertinentes, là où le droit interne est silencieux ou obscur. Dans les domaines techniques, les normes institutionnelles sont des sources non négligeables de légitimation de la décision du juge interne. Ces solutions, innovantes, encore hésitantes ou du moins peu systématisées, soulignent la nécessité de repenser le règlement des conflits de normes en dehors des mécanismes consacrés par la pyramide kelsenienne.

7. Dans quelle mesure, le juge interne s'affirme-t-il comme gardien de la légalité internationale ?

188. Dans certaines situations, le juge interne exerce un contrôle des normes institutionnelles, principalement par le biais de celui exercé à l'égard de l'acte d'incorporation. Mais la nature et les effets de ce contrôle échappent à la systématisation. Ses finalités ne sont pas toujours, voire rarement, tournées vers la défense de la légalité internationale. Bien que la nature dérivée des actes institutionnels offre aux juges internes un fondement pour exercer un réel contrôle de validité des actes institutionnels, entendu comme

un contrôle du respect des conditions qui régissent leur édicition, ils s'aventurent rarement dans cette voie. D'abord, parce qu'ils n'ont pas de pouvoir d'annulation des actes institutionnels ; ensuite, parce qu'un tel contrôle de l'exercice *intra vires* de la compétence normative suppose une interprétation délicate du traité constitutif. D'une manière générale, les juges internes font bénéficier les actes institutionnels d'une présomption de légalité (entendue au sens très large, comme une présomption de compatibilité avec le traité constitutif, mais aussi des normes de droit international qui en protègent les valeurs essentielles). Cependant, dans certains cas, cette présomption peut être renversée. Certes, formellement le juge interne s'en tient à l'exercice d'un contrôle à l'égard de l'acte interne, mais dans la mesure où la norme est identique, et que son contrôle est un contrôle de la substance, son constat d'illégalité déteint sur l'acte institutionnel. Celui-ci demeure valable dans l'ordre international, mais sera privé d'effet dans l'ordre interne, pour autant que l'acte qui en assure la mise en œuvre y est annulé. Or, l'efficacité interne est une condition de réalisation des objectifs de l'organisation. Ainsi, il n'est pas rare que le contrôle juridictionnel interne aboutisse à une modification ou une abrogation de l'acte institutionnel dans l'ordre international.

189. Ces interdépendances démontrent que le pluralisme est un paradigme non pas de la séparation, mais de la coordination des ordres juridiques.

INDEX DE JURISPRUDENCE

JURIDICTIONS NATIONALES

FRANCE

- Conseil Constitutionnel, 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, n° 70-39 DC, *Rec.* p. 15,
- Conseil Constitutionnel, 30 décembre 1977, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6*, n° 77-90 DC, *Rec.* p. 44.
- Conseil Constitutionnel, 29 avril 1978, *Loi autorisant l'augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international*, n° 78-93 DC, *Rec.* p. 23.
- Conseil Constitutionnel, 10 novembre 1982, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*, n° 82-145 DC, *Rec.* p. 64.
- Conseil Constitutionnel, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 86-216 DC, *Rec.* p. 135,
- Conseil Constitutionnel, 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, n° 91-293 DC, *Rec.* p. 77.
- Conseil Constitutionnel, 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, n° 91-298 DC, *Rec.* p. 82.
- Conseil Constitutionnel, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, n° 92-308 DC, *Rec.* p. 55.
- Conseil Constitutionnel, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, n° 98-408 DC, *Rec.* p. 29.
- Conseil constitutionnel, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, décision n° 99-412 DC*, *Rec.* p. 71.
- Conseil Constitutionnel, 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, n° 2012-653 DC, *Rec.* p. 453.
- Tribunal des conflits, 2 février 1950, *Soc. Radio-Andorre*, RD publ. 1950, p. 427
- Cour de cassation, Ch. crim., 8 novembre 1963, *Schreiber et Air France*, *Bull. Criminel*, 1963, p. 666.
- Cour de Cassation, Ch. crim., 29 juin 1972, *Kamoiipraimpna*, n° 71-91.821, *Bull. Criminel*, n° 226, p. 591.
- Cour de cassation, Ch. crim., 29 juin 1972, *Males*, n° 71-91.981, *Bull. Criminel*, n° 227, p. 595.
- Cour de cassation, Ch. crim., 27 juin 1973, *Males*, n° 73-90.057, *Bull. Criminel*, n° 305, p. 735.
- Cour de cassation, Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabres*, n° 73-13556, *Bull.* n° 4, p. 6.
- Cour de cassation, Ch. crim., 27 sept. 1993, n° 92-86652, inédit au *Bull.*
- Cour de cassation, Ch. crim., 30 janvier 1995, *Administration des douanes c. André Paccard*, n° 93-83421.
- Cour de cassation, 16 mai 1995, *Société Beyton c. S.A. Société générale, RGDIP*, n° 4, 1996, pp. 1094-1096.
- Cour de cassation, Ch. soc., 4 juin 1996, *JAT c. Dupont*, n° 94-43.716, inédit au *Bull.*
- Cour de cassation, Ch. soc., 29 octobre 1997, *Société Banque Franco-Yougoslave*, n° 95-42614, inédit.
- Cour de cassation, Ch. soc., 21 janvier 1998, *JAT c. Grebena*, n° 95-44.657, inédit.
- Cour de Cassation, 1^{ère} Ch. civ., 24 février 1998, *Rafidain Bank*, n° 95-19.442, *Bull.*, n° 69, 1998-I, p. 46.
- Cour de cassation, Ch. crim., 18 mai 1998, n° 96-84762, *Bulletin criminel*, 1998, n° 168, p. 461.
- Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civ., 15 juillet 1999, *État irakien c/ Soc. Dumez GTM*, n° 97-19.742, *Bull.*, n° 241, 1999-I, p. 155.
- Cour de cassation, Ch. crim., 12 octobre 1999, *Soc. Entremont c. Bernier et Président*, n° 98-83307, *Bull.* 1999, n° 213, p. 671.
- Cour de cassation, Ch. crim., 9 février 2000, n° 99-88054, *Bull. criminel* 2000, n° 61, p. 165.
- Cour de cassation, Ch. soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499, *Bull.* 2006, V, n° 131, p. 127
- Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civ., 25 avril 2006, *État irakien c/ Soc. Dumez GTM et autre*, n° 02-17.344, *Bull.*, n° 202, 2006-I, p. 178.
- Cour de cassation, Ch. crim., 7 mai 2008, *Dominique Ntawukuliyayo*, n° 08-81541, inédit.
- Cour de cassation, Ch. Soc., 1^{er} juil. 2008, *M. Philippe X... c. Mme Linda Y... et autres*, n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 14
- Cour de cassation, Ch. crim., 4 novembre 2008, n° 08-80618, inédit au *Bull.*

Cour de cassation, Ch. crim., 22 septembre 2009, *aff. du crash du Mont Saint-Odile*, n° 08-83.166.

Cour de cassation, Ch. crim., 17 février 2010, *Carré d'As*, n° 09-87.254, *Bull. criminel*, 2010, n° 32.

Cour de cassation, Ass. 15 avril 2011, *Régularité de mesures de garde à vue*, n° 589 (10-17.049), n° 590 (10-30.242), n° 591 (10-30.313), n° 592 (10-30.316), *Bull. ass. plén.* n° 1 ; *JCP* 2011, p. 483.

Cour de cassation, Ch. soc., 3 juil. 2012, *Société Brit Air*, n° 11-13.795.

Cour de cassation, Ch. crim., 25 septembre 2012, *Affaire du navire Érika*, n° 10-82.938, *Bull. criminel*, n° 198, p. 334.

Cour de cassation, 1^{ère} Ch. civ., 20 mars 2013, n° 11-25307 et 12-17283, inédit au *Bulletin*.

Conseil d'État, 19 janvier 1927, *Sieur Cosmetto*, n° 79453, *Lebon* 1927, p. 54.

Conseil d'État, 23 février 1940, *Sieur Scholtes*, n° 62653, *Lebon* 1940, p. 78.

Conseil d'État, 14 mars 1948, *Société des Mines et fonderies de zinc de la Vieille Montagne*, *Lebon* 1948, p. 164.

Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, n° 86949, *Lebon* 1950, p. 110.

Conseil d'État, 18 avril 1951, *Élections de Molay*, *Lebon* 1951, p. 189.

Conseil d'État, 8 janvier 1959, *Baladi*, *Lebon* 1959 p. 17.

Conseil d'État, 11 mai 1960, *Sieur Car*, *JDI*, n° 1, 1961, p. 405.

Conseil d'État, 3 novembre 1961, *Sieur M'Bounya*, n° 36.648, *Lebon*, 1961, p. 612.

Conseil d'État, 24 janvier 1962, *Union des Populations du Cameroun*, *RDP*, 1962, p. 778.

Conseil d'État, 25 févr. 1976, *Anciens combattants avenantaires*, n° 88067- 88934, mentionné aux tables du recueil *Lebon*.

Conseil d'État, 13 juillet 1979, *Coparex*, *AJDA*, 1980, p. 373.

Conseil d'État, 20 novembre 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, n° 09839, *Lebon* 1981. p. 428.

Conseil d'État, 23 novembre 1984, *Association Les Verts Parti Écologiste et autres*, *Lebon* 1984, p. 382.

Conseil d'État, Ass., 23 novembre 1984, *Roujansky et autres*, *Lebon* 1984, p. 384.

Conseil d'État, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052, *Lebon* 1989, p. 44.

Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Lebon* 1989, p. 748.

Conseil d'État, Ass., 29 juillet 1990, *GISTI*, n° 78519, *Lebon* 1990, p. 171.

Conseil d'État, *Boisdet*, 24 septembre 1990, n° 58657, *Lebon* p. 251.

Conseil d'État, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, n° 87753, *Lebon* 1992, p. 78

Conseil d'État, Ass., 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, n° 56776, *Lebon* 1992, p. 81.

Conseil d'État, 7 octobre 1992, n° 134787, inédit au *Recueil Lebon*.

Conseil d'État, Ass., 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France*, n° 171277, *Lebon* 1995, p. 348.

Conseil d'État, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, n° 169219, *Lebon* 1996, p. 255.

Conseil d'État, 23 avril 1997, *GISTI*, n° 163043, *Lebon* 1997, p. 142.

Conseil d'État, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, *Lebon* 1997, p. 206

Conseil d'État, 29 décembre 1997, *Thorel*, n° 140325, *Lebon* 1997, p. 650.

Conseil d'État, 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, *Lebon* 1997, p. 501.

Conseil d'État, 7 octobre 1998, *M. Larquetoux*, n° 185657, *Lebon T.* 1998, p. 667.

Conseil d'État, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, n° 181249, *Lebon* 1998, p. 484.

Conseil d'État, Sect., 3 février 1999, *M. Montaignac*, n° 149722 et 152848, *Lebon* 1999, p. 6.

Conseil d'État, 12 mars 1999, *Société Héli-Union*, n° 162131, *Lebon* 1999, p. 577.

Conseil d'État, 7 juillet 2000, *Fédération nationale des associations tutélaires*, n° 213461, *RGDIP*, 2001, p. 240.

Conseil d'État, 11 octobre 2001, ordonnance de référé, *M. Hauchemaille*, n° 238849, *Lebon* 2001, p. 460.

Conseil d'État, 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*, n° 195550, *Lebon* 2001, p. 576.

Conseil d'État, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n° 239366, *Lebon* 2002, p. 260.

Conseil d'État, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, n° 242860, *Lebon* 2003, p. 77.

Conseil d'État, 10 avril 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, n° 255905, *Lebon T.* 2003, p. 707.

Conseil d'État, 18 juin 2003, *Association DECLIC*, n° 226573, inédit au *Recueil Lebon*.

Conseil d'État, 20 juin 2003, *Sté Interhome AG*, n° 224407, *Lebon* 2004, p. 271.

Conseil d'État, 3 décembre 2003, n° 250140, inédit au *Recueil Lebon*.

Conseil d'État, 17 mars 2004, *Fédération nationale des anciens des missions extérieures (Lavergne)*, n° 255460, *Lebon* 2004, p. 136.

Conseil d'État, 28 avril 2004, *Association pour le respect du site du Mont-Blanc*, n° 236076, inédit au *Recueil Lebon*.

Conseil d'État, 25 juin 2004, n° 246491, inédit au *Recueil Lebon*.

Conseil d'État, 3 novembre 2004, *Association Secours mondial de France*, n° 262626, *Lebon T.*

Conseil d'État, 8 décembre 2004, *Association DECLIC*, n° 261183, inédit au *Recueil Lebon*.

Conseil d'État, 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail*, n° 283471, *Lebon* 2005, p. 430.

Conseil d'État, 15 février 2006, *Association Ban Abbestos France et autres.*, n° 288801, *Lebon* 2006, p. 78.

Conseil d'État, 9 juin 2006, *Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail du personnel navigant d'Air France*, n° 280411, inédit au *Recueil Lebon*.

Conseil d'État, 22 novembre 2006, *Abdelhafiz c. OFPRA*, n° 277373, *Lebon* 2007, p. 481.

Conseil d'État, Ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot*, n° 234560, *Lebon* 2006, p. 512.

Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522, *Lebon* 2007, p. 78.

Conseil d'État, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845, *Lebon* 2008, p. 129.

Conseil d'État, 2 septembre 2009, *Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme*, n° 318584, *Lebon* 2009, p. 346.

Conseil d'État, 19 octobre 2009, *Calixte Nzabonimana*, n° 332584, *Lebon* 2009, p. 395.

Conseil d'État, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *Lebon* 2009, p. 407.

Conseil d'État, 19 février 2010, *Molline et autres (carte judiciaire)*, n° 322407, *Lebon* 2010, p. 20.

Conseil d'État, 9 juin 2010, *M. Iché*, n° 320027, *Lebon* 2010, p. 620.

Conseil d'État, Ass., 9 juillet 2010, *Cheriet-Benseghir*, n° 317747, *Lebon* 2010, p. 251.

Conseil d'État, Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n° 327663, *Lebon*, p. 268.

Conseil d'État, 23 juillet 2010, *OFPRA c. M. et Mme Assfour*, n° 318356, *Lebon* 2010, p. 337.

Conseil d'État, 23 juillet 2010, *Conseil national des barreaux*, n° 309993, *Lebon T.* 2010.

Conseil d'État, 4 octobre 2010, avis, *Bislimi*, n° 339560.

Conseil d'État, 19 juillet 2011, *Soc. Chrisderic*, n° 329141, *Lebon T.* 2011, p. 783.

Conseil d'État, 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, *Lebon* 2011, p. 623.

Conseil d'État, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, N° 322326, *Lebon*, p. 142.

Conseil d'État, 11 mars 2013, *Association SOS Racisme*, n° 332886, inédit au recueil *Lebon*.

Cour d'appel de Paris, 17 juil. 1948, *Dame Pécheral*, *Gazette du Palais*, 1948, 2^e sem., pp. 149-150 ; *Annual Digest of International Law*, vol. 15, pp. 289-290.

Cour d'appel de Paris, 20 juin 1961, *Moojen*, reproduit in *JDI*, 1962, pp. 718-726.

Cour d'appel de Paris, 18 novembre 1967, *Époux Pivert*, *RCDIP*, 1968, p. 442

Cour d'appel de Paris, 8 juin 1971, *Kamoiiprainpna*, *RGDIP*, tome LXXVI, 1972 p. 582.

Cour d'appel de Paris, 23 juin 1995, *Société Butec*, *JDI*, 1997, n° 2, p. 450.

Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Ch., sect. G, 20 février 2002, *État d'Irak c. Société Dumez et S.A. Vinci Construction Grands Projets*, n° 1999/24535, *Gazette du Palais*, juillet-août 2002, pp. 987-988.

Cour d'appel de Rennes, 2^e Ch., 25 mai 2004, *FIPOL (Erika)*, n° 04/00528.

Cour d'appel de Paris, 15 juin 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c/ Fincantieri-Cantieri Navali et a.*, *Rev. arb.*, 2007, p. 87.

Cour d'appel de Bordeaux, 18 juin 2007, *Monsieur A. F... c/ Sarl ORMEDIA*, n° 06/04806, *RJS* n° 1100, oct. 2007.

Cour d'appel de Paris, 6 juillet 2007, S 06-06992, *RJS* n° 982, juil.-août 2007.

Cour d'appel de Douai, 31 janvier 2008, *SARL Ambulance Bruno*, n° 07/01932.

Cour d'appel de Colmar, 14 mars 2008, *aff. du crash du Mont Saint-Odile*, n° 06/01600, arrêt n° 262/08.

Cour administrative d'appel de Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, *Lebon* 1992, p. 558.

Cour administrative d'appel de Paris, 10 février 1998, *Compagnie nationale Air France*, n° 96PA02799, *Lebon* 1998, p. 563.

Cour administrative d'appel de Paris, 30 décembre 1998, n° 98PA03238, inédit au recueil *Lebon*.

Cour administrative d'appel de Marseille, 17 juin 2003, n° 01MA01250, *AJDA* 2003, p. 2110.

Cour administrative d'appel de Paris, 2 février 2007, *Sté Zimmer ltd*, n° 05PA02361, inédit au recueil *Lebon*.

Cour administrative d'appel de Paris, 22 mars 2007, n° 05PA01187, *RGDIP*, t. 112, n° 2, 2008, pp. 430-433.

Cour administrative d'appel de Paris, 6 décembre 2007, n° 07PA01717, inédit au recueil *Lebon*.

Tribunal de grande instance de Paris, 8 mars 1985, *Dame Ba Ta Thu Van c. Banque Nationale de Paris*, n° 43, 19 décembre 1985, pp. 500-501.

Tribunal de grande instance de Paris, 12 mars 1985, *Dame Thi To Tam et autres c. Banque Française Commerciale*, *Recueil Dalloz Sirey*, n° 43, 19 décembre 1985, pp. 500-501.

CNDA, 21 avril 2011, *M. R.*, n° 10014066.

CNDA, 27 juin 2008, *M. M.*, n° 07014895/611731.

CNDA, 15 octobre 2010, *M. M.*, n° 08016600, *Rec. CNDA*, 2010, p. 120

AFRIQUE DE SUD

Haute Cour, 22 mars 1995, *Welkom Municipality v. Masureik and Herman t/a Lotus Corporation and Another*, *ILR*, vol. 131, p. 433.

Cour d'appel en dernier ressort, 14 mars 1997, *Welkom Municipality v J P Masureik & H G Herman t/a Lotus Corporation and Another*, (412/1995) [1997] ZASCA 14 ; 1997 (3) SA 363 (SCA).

Cour suprême, 22 juin 1984, *Binga v. Administrator-General*, *ILR*, n° 82, p. 464.

Cour suprême, Ch. d'appel, 24 mars 1988, *Binga v. The Cabinet for South West Africa and Others*, (250/1984) [1988] ZASCA 22 (reproduit également dans *United Nations Juridical Yearbook*, 1988, chapitre 8, p. 390).

Cour suprême, Ch. d'appel, 14 mars 1997, *Welkom Municipality v. Masureik and Herman T/A Lotus Corporation*, aff. n° 412/1995, ZASCA 14; 1997 (3) SA 363 (SCA), *ILR*, vol. 131, p. 452.

Cour constitutionnelle, 6 juin 1995, *The State v. T Makwanyane and M Mchunu*, n° CCT/3/94.

Cour constitutionnelle, 4 octobre 2000, *Government of the Republic of South Africa. & Ors v. Grootboom & Ors*, 2000 (11), *BCLR* 1169 (CC).

Cour constitutionnelle, 1^{er} décembre 2005, *Minister of Home Affairs and Director-General of Home Affairs v Fourie and Bonthuys, Lesbian and Gay Equality Project and 18 ors v. Minister of Home Affairs and ors*, CCT60/04 ; CCT10/05 ; *ILDC* 282 (ZA 2005)

ALLEMAGNE

Cour de finances du Reich, 7 décembre 1926, *Rhineland Ordinances case*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, p. 10.

Tribunal du Reich, 9 mars 1929, *Devisen Legislation case*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 5, p. 78.

Cour administrative d'appel, 20 mars 2007, BVerwG 1 C 34.06

Cour fédérale administrative, 21 juin 2005, *Attorney of the Federal Armed Forces v. Anonymous (a Major of the Armed Forces) (Pfaff case)*, Final appeal, BVerwG 2 WD 12.04 ; *ILDC* 483 (DE 2005).

Cour fédérale administrative, 7 février 2008, Iraqi (Kurdish) Refugee Case, *ILDC*, n°

Cour suprême fédérale, 26 juin 1969, Refugee Status case, *ILR*, vol. 61.

Cour constitutionnelle fédérale, 29 mai 1974, Internationale Handelsgesellschaft von Einfuhr (dit Solange I), 2 BvL 52/71.

Cour constitutionnelle fédérale, 12 juillet 1994, Internationale Military Operations (German Participation), (décision AWACS), n° 2 BVE 3/92, *ILR*, vol. 106, p. 329.

Cour constitutionnelle fédérale, 22 novembre 2001, Parliamentary group of the Party of Democratic Socialism in the German Federal Parliament v Federal Government, Constitutional dispute between federal organs (décision NATO New Strategic Concept), BverfG, n° 2 BvE 6/99, *ILDC* 134 (DE 2001).

Cour constitutionnelle fédérale, 19 septembre 2006, German Consular Notification Case, BVerfG, 2 BvR 2115/01; *ILDC* 668 (DE 2006).

Cour constitutionnelle fédérale, 3 juillet 2007, Tornado case, 2 BvE 2/07; *ILDC* 819 (DE 2007).

Cour constitutionnelle fédérale, 13 octobre 2009, Parliamentary Group of the Left Party v. Federal Government of Germany (Kosovo Deployment case), 2 BvE 4/08, *ILDC* 1399 (DE 2009).

Cour constitutionnelle fédérale, 14 janvier 2014, BVerfG, 2 BvR 2728/13

ARGENTINE

Cour suprême, 23 novembre 1995, *Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, aff. n° L. 368 (disponible à l'adresse : <http://ar.vlex.com/vid/-39603854>)

AUSTRALIE

- Cour fédérale, 14 avril 1999, *Semunigus v Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [1999] FCA 422.
- Cour fédérale, 15 décembre 2000, *Le Commonwealth d'Australie c/ Commission des droits de la personne et de l'égalité de chances*, n° 1366/1999, [2000] FCA 1854.
- Cour fédérale, 6 avril 2005, *Rocklea Spinning Mills Pty Ltd v The Anti-Dumping Authority & Anor*, [1995] FCA 210.
- Federal Magistrates Court of Australia (devenu Federal Circuit Court of Australia depuis avr. 2013), 18 août 2011, *SZQAM v. Minister For Immigration & Anor* [2011] FMCA 624.
- High Court, 10 septembre 1973, *Bradley v. The Commonwealth of Australia and the Postmaster-General*, *ILR*, vol. 52, 1979, p. 2.
- High Court, 12 septembre 1989, *Chan Yee Kin v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs; Soo Cheng Lee v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs; Kelly Kar Chun Chan v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, HCA 62, (1989) 169 *CLR* 379, F.C. 89/034.
- High Court, 7 avril 1995, *Minister of State for Immigration & Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh (Teoh's case)*, F.C. n° 95/013, [1995] HCA 20 ; (1995) 128 *ALR* 353.
- High Court, 4 septembre 1996, *Victoria v Commonwealth ('Industrial Relations Act case')*, [1996] HCA 56 ; (1996) 187 *CLR* 416.
- High Court, 24 février 1997, *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, HCA 4; (1997) 190 *CLR* 225; (1997) 142 *ALR* 331.
- High Court, 19 mars 1998, *Qantas Airways Limited v Christie*, [1998] HCA 18, 193 *CLR* 280.
- High Court, 2 août 2007, *Thomas v Mowbray* [2007] HCA 33.
- New South Wales Quarter Sessions Appeal Court, 6 avril 1951, *Burns v. The King*, *ILR*, vol. 20, p. 596.

AUTRICHE

- Cour suprême, 28 août 2003, *Airport Linz v. United States*, décision n° 2, Ob 156/03k, *Juristische Blätter*, n° 126, 2004, p. 390, également *ILDC* 3 (AT 2003).
- Cour suprême, 6 mai 2008, *Perterer v Land Salzburg and Austria*, 1Ob8/08w ; *ILDC* 1592 (AT 2008).
- Cour administrative, 16 mai 1972, *Georg K v. Ministère de l'intérieur*, n° Zl. 185/72, *ILR*, vol. 71, p. 284.

BANGLADESH

- Cour suprême, 7 février 2000, *Prof Nurul Islam and ors v. Bangladesh and ors*, n° 52 DLR (2000) 413, *ILDC*, 477 (BD 2000),
- Cour suprême, 16 août 2000, *Ershad v Bangladesh and ors, Appeal*, 21BLD (AD)(2001)69, *ILDC* 476 (BD 2000)
- Cour suprême, 29 juillet 2001, *Tayazuddin and anor v Bangladesh*, Criminal appeal, 21 BLD (HCD) 2001; *ILDC* 479 (BD 2001).

BELGIQUE

- Tribunal de première instance de Bruxelles, *Irak c/ S.A. Dumez*, 27 février 1995, n° 960493, *Journal des tribunaux*, 1995, p. 565 ; *ILR* vol. 106, pp. 285-293.
- Tribunal de première instance de Bruxelles, 19 décembre 2005, *M. Sayadi et Mme Vinck*.
- Cour d'appel Bruxelles, 10 juin 1999, *JAT*, aff. n° 98/KR/528, non publié.
- Cour de cassation, 3 octobre 1957, *Belgique c. Marquise de Croix de Maillie de la Tour Landry, Pasicrisie belge*, 1958-I, p. 91.

Cour constitutionnelle, 15 mars 2011, ADS et autres c. Belgique, n° 37/2011, ILDC 1726 (BE 2011).

Conseil d'État, 12 mars 1993, n° 42.283.

Conseil d'État, 25 septembre 1970, Karé-Mérat c. l'État belge et le représentant belge du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, 69 ILR, p. 205.

Conseil d'État, 12 novembre 1998, n° 76.906, disponible depuis le site Internet de la juridiction : <http://www.raadvst-consetat.be/?page=caselaw&lang=fr>.

BOSNIE

Cour constitutionnelle, 3 novembre 2000, The Law on State Border Service, décision n° U 9/00.

CANADA

Cour d'appel de l'Ontario, 8 février 2002, *Ahani v Canada (Attorney General)*, (2002) 58 OR (3d) 107; 2002 Ont Rep LEXIS 38 (Ont CA).

Cour d'Appel du Québec, 31 mars 2003, *Compagnie Nationale Air France c. Kéba Mbaye et LAA*, n° 500-09-009391-004 (500-05-043881-984).

Cour d'appel de Montréal, 7 avril 2003, *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.)*, n° A-33-02, 2003 CAF 178, [2003] 3 CF, p. 761.

Cour fédérale, Ottawa, 4 juin 2009, *Abousfian Abdelrazik c. le Ministre des affaires étrangères et le Procureur général du Canada*, 2009 CF [580].

Cour suprême, 22 juin 1995, *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, n° 23940, Rec. [1995] 2 RCS., p. 802.

Cour suprême, 4 juin 1998, *Pushpanathan c/ Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n° 25173, RCS, p. 982.

Cour suprême, 15 février 2001, *Ministre de la Justice Appelant c. Glen Sebastian Burns et Atif Ahmad Rafay (États-Unis c. Burns)*, [2001] RCS, 283, 2001 CSC 7.

Cour suprême, 28 juin 2001, *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c/ Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2, RCS, p. 241.

Cour suprême, 8 juin 2007, *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, n° 30554, [2007] 2, RCS, p. 391.

CHYPRE

Cour suprême, ch. crim. (appel), 10 novembre 1964, *The Attorney-General of the Republic v Mustafa Ibrahim and Others*, n° 2729, 2734, 2735, [1964] Cyprus Law Reports, n° 164, p. 195.

Cour suprême, 24 mars 1984, *Constantinou v Cyprus*, n° 302/80, ILDC 917 (CY 1984).

Cour suprême, ch. crim. (appel), 5 novembre 2004, *Wilesinge v. Police*, n° 7789 ; ILDC 900 (CY 2004).

Cour suprême, 3 avril 2007, *Sarmadi v. Cyprus per the Refugee Review Authority*, n° 61/2006, ILDC 835 (CY 2007).

CROATIE

Cour constitutionnelle, 12 novembre 2002, Bobetko Report, U-X-2271/2002, ILDC 383 (HR 2002).

ESPAGNE

Cour constitutionnelle, 3 avril 2002, amparo, *José Luis PM v. Criminal Chamber of the Supreme Court*, ILDC 1794 (ES 2002).

Conseil d'État, 9 septembre 1993, n° 984/93/927/93

ÉTATS-UNIS

Cour suprême, 9 mars 1829, *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pet.) 253 (1829).

Cour suprême, 9 mars 1987, *INS v. Cardoza-Fonseca*, aff. n° 85-782, 480 U.S. 421 (1987).

Cour suprême, 3 mai 1999, *INS v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415, 427 (1999).

Cour suprême, 24 février 2004, *Olympic Airways v. Rubina Husain* 540 U.S. 644, n° 02-1348.

Cour d'appel du 9^e Circuit, 24 juin 1957, *Karadzole v. Artukovic*, ILR, vol. 24, p. 510.

Cour d'appel du Circuit de Columbia, 31 octobre 1972, *Diggs v. Shultz*, 470 F.2d 461, ILR, vol. 60, p. 393.

Cour d'appel du Circuit de Columbia, 17 décembre 1976, *Diggs v. Richardson*, 555 F.2d 848, ILR, vol. 95, p. 613.

Cour d'appel du 2^e Circuit, 30 juin 1980, *Filartiga v. Pena-Irala*, réf. Westlaw : 630 F.2d 876

Cour d'appel du 2^e Circuit, 4 août 1981, *Banco Nacional de Cuba, v. Chase Manhattan Bank*, 658 F.2d 875

Cour d'appel du Circuit de Columbia, 3 février 1984, *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774,

Cour d'appel du 5^e Circuit, 16 juillet 1985, *Callejo v. Bancomer*, 764 F.2d 1101.

Cour d'appel du 2^e Circuit, 4 février 1991, *Morgan Guaranty Trust Company of New York, Morgan Grenfell & Co., Limited, et. al. v. Republic of Palau*, n° 1427, Docket 89-7096, Westlaw 924 F.2d 1237.

Cour d'appel du 9^e Circuit, 22 mai 1992, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, ILR, vol. 103, déc. 1996, p. 454.

Cour d'appel du 5^e Circuit, 21 juillet 1993, *Milena Ship Management v. OFAC*, 995 F.2d 620.

Cour d'appel du 2^e Circuit, 26 novembre 1996, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239, ILR, vol. 113, p. 534.

Cour d'appel du 1^{er} Circuit, 31 mars 2005, *Ungar et al. v. PLO*, n° 04-2079, 402 F.3d 274.

Cour d'appel du Circuit de Columbia, 29 août 2006, *Natural Resources Defense Council v. Environmental Protection Agency*, 464 F.3d 1.

Cour d'appel du 9^e Circuit, 3 juillet 2012, *Annachamy v. Holder, Attorney General*, n° 07-70336, agency n° A200-041-850.

Cour d'appel du Circuit de Columbia, 29 août 2006, *Natural Resources Defense Council v. Environmental Protection Agency*, 464 F.3d 1.

Cour d'appel du 2^e Circuit, 2 octobre 2009, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244 C.A.2 (N.Y.), 2009).

Court of Claims, 10 novembre 1987, *Tomaki Juda, et al. v. The United States*, n° 172-81L, Westlaw 13 Cl.Ct. 667.

Cour du District N.D. Illinois, Eastern Division, 3 oct. 1979, *United States of America, v. Louis Steinberg*, 478 F.Supp. 29.

Cour du District New York, 17 mai 1995, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 886 F.Supp. 306, ILR, vol. 107, p. 382

Cour du District de New York, 31 août 2000, *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117, 128 (E.D.N.Y. 2000).

Cour du District de Columbia, 8 novembre 2004, *Hamdan v. Rumsfeld*, 344 F.Supp.2d 152.

Cour du District de New York, 29 janvier 2007, *Oran Almog v. Arab Bank*, 04-CV-5564 (NG) (VVP)

Cour du District Est de Pennsylvanie, 17 décembre 2008, *Carter v. Pennsylvania Department of Corrections (PADOC) et al, Decision on motion to dismiss*, aff. n° 08-0279, (ED Pa 2008), ILDC 1588 (US 2008)

Cour du District de Columbia, 8 novembre 2004, *Hamdan v. Rumsfeld*, 344 F.Supp.2d 152.

Cour du District Est de New York, 30 juin 2006, *Stutts v. The Dietrich Group*, 2006 WL 1867060 (E.D.N.Y.), non publié dans F.Supp.2d.

FINLANDE

Cour suprême administrative, 24 juin 2013, n° KHO:2013:113.

HONG KONG

Court of Final Appeal, 8 juin 2004, *Secretary for Security v Prabakar (Final appeal judgment)*, FACV n° 16, 2003 ; *ILDC* 1121 (HK 2004).

INDE

Cour suprême, 13 août 1997, *Vishaka et all. c. État de Rajasthan*, 6 SCC 24.

Cour suprême, 18 octobre 2000, *Narmada Bachao Aandolan v India and ors*, AIR 2000 SC 3751; *ILDC* 169 (IN 2000).

Cour suprême, 29 avril 2005, *People's Union for Civil Liberties v. India and anor, Writ petition (civil)*, AIR 2005 SC 2419; *ILDC* 458 (IN 2005).

IRLANDE

High Court, 21 juin 1994, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Minister for Transport, Energy and Communications and Others*, 1994 WL 1063270 (HC (Irl)) ; *CMLR*, n° 3, 1994, p. 468.

High Court, 28 avril 2003, *Edward Horgan v An Taoiseach and ors, Application for declaratory relief*, (2003 No 3739P).

High Court, 13 décembre 2005, *Dubsky v Government of Ireland*, (2005) IEHC 442, *ILDC* 485 (IE 2005).

Cour suprême, 1^{er} mars 2002, *Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison*, (2002) 2 ILRM 81, *ILDC* 488 (IE 2002).

ISRAËL

Cour militaire, 10 juin 1968, *Military Prosecutor v. Halil Muhamad Halil Bakhis*, ILR, vol. 47, p. 484.

Cour suprême, 26 mai 1962, *Attorney General v. Adolf Eichmann*, ILR vol. 36, p. 59.

Cour suprême, 5 février 2003, *Marab and Others v. Israel Defence Force Commander in the West Bank and Another*, HCJ 3239/02 (2003) 133, *ILR* 332, p. 349.

Cour Suprême, 30 mars 2006, *Kav La'oved Association v Israel and ors*, 4542/02, *ILDC*, p. 382 (IL 2006)

ITALIE

Cour d'appel de Rome, 23 juin 1965, *Ministero delli Esteri, Ministero del Tesoro, Amministrazione fiduciaria italiana in Somalia c. SAICES*, *Rivista D.I.*, vol. 50, 1967, p. 694.

Cour d'appel de Gênes, 7 mai 1994, *Fincantieri c/ Republic of Irak*, *Riv. dell'arbitrato*, 1994 p. 505.

Cour suprême de cassation, 18 août 1959, *Cassa di risparmio della Libia c. Dainotto*, *Rivista D.I.*, vol. 44, 1961, p. 295.

Cour suprême de cassation, 17 janvier 2007, *Bouyahia Maher Ben Abdelaziz et al.*, n° 1072, *IYIL*, vol. XVI, 2006, p. 322.

Cour suprême de cassation, 24 juillet 2008, *Lozano*, n° 31171/2008.
Cour suprême de cassation, 3 août 2008, *Caso Cermis*, n° 530/2008.

Chambre d'arbitrage de Milan, Sentence finale du 20 juil. 1992, YCA 1993, p. 86.

JAPON

Cour du District d'Oita, 19 janvier 1993, *Hanrei jiho*, 1457.
Cour du District de Tokushima, 15 mars 1996, *Hanreijiho*, 1597.
Cour du District de Tokyo, 15 mars 2001, *Hanrei Jiho*, 1784-67.

Haute Cour de Takamatsu, 25 novembre 1997, *Hanreijiho*, 1653 (reproduit in *J.A.I.L. (devenu J.Y.B.I.L.)*, n° 41, 1998, p. 87).

KENYA

Cour d'appel de Nairobi, 18 octobre 2012, In re Mohamud Mohammed Hashi, et al., n° 434/2009.

LUXEMBOURG

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (Civil), *Société 'Filature et Tissage X. Jourdain' c. Epoux Heynen-Bintner, Pasicrisie Luxembourgeoise*, 1957, pp. 36-39 ; *ILR*, vol. 22, pp. 727-732.
Conseil d'État, avis, 25 septembre 2012, *Projet de loi - autorisant le Gouvernement à participer à la révision générale des quotes-parts des pays membres du Fonds monétaire international approuvée par la résolution N° 66- 2 du conseil des gouverneurs en date du 15 décembre 2010*, n° 49.810, disponible en ligne : http://www.conseil-etat.public.lu/fr/avis/2012/08/49_810/49810.pdf.

NOUVELLE-ZÉLANDE

Cour d'appel, 16 juin 1997, *New Zealand Airline Pilots' Association Inc. v. Attorney-General*, [1997] 3 NZLR 269 (CA), *ILR*, vol. 120, p. 555.
Cour d'appel, 30 septembre 2004, *The Attorney-General v. Ahmed Zaoui And Ors*, CA 2000/04, *ILR* vol. 131, p. 308.
Cour suprême, 10 février 1977, *Van Gorkom c. le Procureur général et autre*, *New Zealand Law Reports*, n° 1, 1977, p. 535.
Cour suprême, 21 juin 2005, *Attorney-General v. Zaoui and Ors. Sc.*, SC. CIV 19/2004, [2005] NZSC 38.

PAYS-BAS

Cour du District de La Haye, 31 août 2001, *Slobodan Milošević v The State of the Netherlands*, n° KG 01/975, résumé in *Netherlands International Law Review*, vol. XLVIII, 2001, pp. 357-361.
Cour du District de La Haye, 3 février 2010, *A and ors v Netherlands (Ministry of Foreign Affairs and Ministry of Education, Culture, and Science)*, LJN: BL1862/334949; *ILDC* 1463 (NL 2010).
Cour du District de La Haye, 17 mai 2013, *Applicants 1, 2, 3 and 4 v. The Secretary of State for Security and Justice*, aff. n° AWB 12/11727, 12/11734 et 12/11741.
Cour du District de La Haye, 16 juillet 2014, *Stichting Mothers of Srebrenica*, C/09/295247 / HA ZA 07-2973.
Cour d'appel de La Haye, 31 octobre 2002, *VAJN and NJCM v. Netherlands*, *ILDC* 143 (NL 2002).

Cour suprême, 13 avril 2012, *Mothers of Srebrenica Association*, n° 10/04437 EV/AS.
Cour suprême, 6 septembre 2013, *The State of the Netherlands c. Hasan Nuhanović*, n° 12/03324.

ROUMANIE

Cour constitutionnelle, 8 avril 2002, déc. n° 70/2002, *Monitorul Oficial*, n° 234, 2002.
Cour constitutionnelle, déc. n° 38, du 5 avril 1995, *Monitorul Oficial*, n° 274, 24 novembre 1995.

ROYAUME-UNI²⁵⁶

Chambre des Lords, 17 mars 1933, *Barras v. Aberdeen Steam Trawling and Fishing Co Ltd*, HL 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 7, pp. 466-467.
Chambre des Lords, 11 février 1969, *Attorney-General v. Nissan*, *ILR*, vol. 44, p. 375.
Chambre des Lords, 19 février 1987, *Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department; Nelidow Santis v. Secretary of State for the Home Department; Norman v. Secretary of State for the Home Department; In re Musisi*, [1987] 1 AC 514, [1987], *ILR*, vol. 79, p. 643.
Chambre des Lords, 24 juillet 1995, *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co. and Another*, 1995 [1995] 1 WLR 1147.
Chambre des Lords, 8 février 2001, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co and another (n° 2)*, [2001] 1 WLR 429.
Chambre des Lords, 16 mai 2002, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co (n°s 4 et 5)*, UKHL 19 ; [2002] 2 WLR 1353.
Chambre des Lords, 10 décembre 2004, *Regina (European Roma Rights Centre) v Immigration Officer at Prague Airport and another*, Appeal, (2004) UKHL 55.
Chambre des Lords, 29 mars 2006, *R v. Jones and others*, [2006] UKHL 16.
Chambre des Lords, 13 juin 2007, *Al-Skeini and others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant), Al-Skeini and others (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent) (Consolidated Appeals)*, [2007] UKHL 26.
Chambre des Lords, 12 décembre 2007, *R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, [2007] UKHL 58.
Chambre des Lords, 9 avril 2008, *R (Gentle) v Prime Minister*, [2008] UKHL 20.
Chambre des Lords, 30 avril 2008, *M v HM Treasury*, [2008] UKHL 26.

Cour suprême, 27 janvier 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2.
Cour suprême, 4 février 2010, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2010] UKSC 2 & 5, UKSC 2009/0016.
Cour suprême, 23 février 2011, *R v. Forsyth and Mabey*, [2011] UKSC 9.

Cour d'appel, 10 novembre 2000, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)*, [2001] 3 WLR 1117.
Cour d'appel, 21 juillet 2004, *Ayliffe and others v. DPP*, [2004] EWCA Crim 1981.
Cour d'appel, 6 mars 2007, *M v HM Treasury*, [2007] EWCA Civ 173.
Cour d'appel, 30 octobre 2008, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2008] EWCA Civ 1187.
Cour d'appel, 21 janvier 2009, *Faisal Attiyah Nassar Al-Saadoon and Kha Laf Hussain Mufdhi (Appellants) v The Secretary of State for Defence (Respondent)*, n° C4/2008/3083, [2009] EWCA Civ 7.
Cour d'appel, 12 décembre 2010, *Kibris Türk Hava Yollari v. Secretary of State for Transport and The Republic of Cyprus*, [2010] EWCA Civ 1093.
Cour d'appel, 8 septembre 2011, *Regina v. PD & EB*, [2011] EWCA Crim 2082.
Cour d'appel, 12 octobre 2010, *Kibris Türk Hava Yollari CTA Holidays v. Secretary of State for Transport and the Republic of Cyprus*, [2010] EWCA Civ 1093.

High Court of Justice, 6 septembre 1993, *Regina v. HMT ex parte Centro-Com*, 1993 WL 965816 (QBD).
High Court of Justice, 27 décembre 2002, *The Campaign for Nuclear Disarmament v. The Prime Minister of the United Kingdom, The Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs, The Secretary of State for Defence*, [2002] EWHC 2777 (Admin), *LRC*, 2003, n° 3, p. 335.

²⁵⁶ Une grande partie de la jurisprudence britannique est disponible en texte intégral sur le site du *British and Irish Legal Information Institute* : <http://www.bailii.org/>

High Court of Justice, 21 mai 2004, *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*, 2004 WL 1372364 (QBD (Comm Ct)), 2004 WL 1372364.
High Court of Justice, 21 avril 2005, *Ayliffe and others v. DPP*, [2005] EWHC 684 (Admin).
High Court of Justice, 13 juillet 2005, *Sadiqa Ahmed Amin v. Irving Brown*, [2005] EWHC 1670 (Ch).
High Court of Justice, 28 novembre 2001, *R (Othman) v Secretary of State for Work and Pensions*, [2001] EWHC 1022 (Admin).
High Court of Justice, 22 septembre 2006, *M, A, MM v. HM Treasury*, [2006] EWHC 2328 (Admin).
High Court of Justice, 24 avril 2008, *Ahmed and Others v. HM Treasury*, [2008] EWHC 869 (Admin).
High Court of Justice, 22 mai 2009, *Khaled v Her Majesty's Treasury* [2009] EWHC 1643 (Admin).
High Court of Justice, 10 juillet 2009, *Hay v. HM Treasury*, n° CO/1200/2009, EWHC 1677 (Admin).
High Court of Justice, 27 juillet 2009, *The Queen on the Application of Al-Haq - and - Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, n° CO/1739/2009, [2009] EWHC 1910 (Admin).
High Court of Justice, 28 juillet 2009, *Kibris Türk Hava Yollari CTA Holidays v. Secretary of State for Transport*, [2009] EWHC 1918 (Admin).
High Court of Justice, 2 mai 2014, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB).

Privy Council, 16 février 1926, *Jerusalem-Jaffa District Governor and another v. Suleiman Murra and Others (Urtas Springs Case)*, LR (1926), AC 321, *Annual Digest of Public International Law Cases* vol. 3, p. 46.
Privy Council, 26 juillet 1934, *In re Piracy jure gentium*, [1934] AC 586.
Privy Council, 5 juillet 2004, *Boyce & Joseph v. The Queen*, [2004] UKPC 32.

SERBIE

Cour constitutionnelle fédérale, 6 novembre 2001, *Socialist Party of Serbia and ors v. Federal Republic of Yugoslavia (Constitutionality and legality of the decree on process of cooperation with the International Criminal Tribunal)*, Original petition for constitutional review, *JO de la République Fédérale de Yugoslavie*, n° 70/2001, p. 60 ; *ILDC* 29 (CSXX 2001).
Cour constitutionnelle, 13 février 2003, *Certain amendments to the Serbian Law on Judges, Supreme Court of the Republic of Serbia and ors v People's Assembly of the Republic of Serbia, Original petition for constitutional review*, *ILDC* 31 (CSXX 2003).

SINGAPOUR

High Court, 31 janvier 2011, *The Sahand case* [2011] SGHC 27, *Singapore Law Reports*, vol. 2, 2011, p. 1107.

SLOVAQUIE

Cour Constitutionnelle, 5 avril 2006, *K v. Judicial and Criminal Police of the District Police Directorate and General Prosecutor of Slovakia, Constitutional complaint procedure*, I. ÚS 126/06 ; *ILDC* 1207 (SK 2007).

SRI LANKA

Cour suprême, 15 septembre 2006, *Singarasa (Nallaratnam) v Attorney General, Application for judicial review*, SC Spl (LA) No 182/99, *ILDC* 518 (LK 2006).

SUISSE

Cour suprême fédérale, 3 septembre 2001, *Rukundo c. Office fédéral de Justice*, n° 1A.130/2001, *ILDC* 348 (CH 2001).

Tribunal fédéral, 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali c/M.*, *Rev. arb.*, 1993, p. 691.

Tribunal fédéral, 28 avril 1997, *X. c. Office fédéral de la Police*, *BGE* 123 II 175.

Tribunal fédéral, 28 mars 2001, *Beverly Overseas SA c. Privredna Banka Zagreb*, aff. n° 4C.172/2000, *ILDC* 713 (CH 2001), *AJIL*, vol. 97, n° 1, 2003, p. 176.

Tribunal fédéral, 29 avril 2002, *Estratto della sentenza della Corte di cassazione penale nella causa Ministero pubblico del Cantone Ticino c. A. e B.*, *BGE (ATF)* 128 IV 117, *ILDC* 347 (CH 2002).

Tribunal fédéral, 14 novembre 2007, *Nada c/ Secrétariat d'État à l'économie*, n° 1A.45/2007, *BGE* n°133, p. II 450.

Tribunal fédéral, 23 janvier 2008, *Al Dulimi c. Département fédéral de l'économie*, n° 2A.784/2006.

Tribunal fédéral, 23 janvier 2008, *Al-Dulimi and Montana Management Inc c. Département fédéral de l'économie*, 2A.785/2006.

Tribunal fédéral, 22 avril 2008, *Ali Ghaleb Himmat c. Département fédéral de l'économie*, aff. 1A.48/2007.

TURQUIE

Conseil d'État, 4 juillet 2006, *Yasin A.A. Kadi*, E : 2006/4795, K : 2006/4795

Conseil d'État, Ass., 22 février 2007, *A.A. Kadi*, E : 2006/2824, K : 2007/115.

UNION EUROPÉENNE

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26-62, *Rec.* 1963, p. 3.

CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV*, affs. jtes. 21-24/72, *Rec.* 1972, p. 1228.

CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, 181/73, *Rec.* 1973, p. 459

CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c. Parlement*, aff. 230/81, *Rec.* 1983, p. 255.

CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne*, aff. 178/84, *Rec.* 1987, p. 1227.

CJCE, 14 juillet 1988, *Smanor SA*, aff. 298/87, *Rec.* 1988, p. 04489.

CJCE, 22 septembre 1988, *Ministère public c/ Gérard Deserbais*, aff. 286/86, *Rec.* 1988, p. 4907.

CJCE, 27 septembre 1988, *Grèce c. Conseil*, aff. 204/86, *Rec.* 1988, p. 5323 ;

CJCE, 13 juillet 1990, ordonnance, *Zwartveld*, aff. C-2/88, *Rec.* 1990, p. 3365.

CJCE, 20 septembre 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-192/89, *Rec.* 1990, p. I-3461.

CJCE, 4 juin 1992, *Procédure pénale contre Michel Debus*, aff. jtes. 13/91 et 113/91, *Rec.* 1992, I-3617.

CJCE, 24 novembre 1992, *Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp.*, aff. C-286/90, *Rec.* 1992, p. I-06019.

CJCE, 21 janvier 1993, *Deutsche Shell (à propos de la Commission AELE)*, aff. C-188/91, *Rec.* 1993, p. I-363.

CJCE, 24 juin 1993, *Deutsche Shell*, aff. C-188/91, *Rec.* p. I-387.

CJCE, 8 juin 1994, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-382/92, *Rec.* 1994, p. I-2435.

CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-400/92, *Allemagne c. Commission*, *Rec.* 1994, p. I-4701.

CJCE, 26 octobre 1995, *Siesse c. Director da Alfândega de Alcântara*, aff. C-36/94, *Rec.* 1995, p. I-3573.

CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport*, aff. C-84/95, *Rec.* 1996, p. I-3953.

CJCE, 26 septembre 1996, *Procédure pénale contre André Allain, en présence de Steel Trading France SARL*, aff. C-341/94, *Rec.* 1996, p. I-4631.

CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.* 1996, p. I-05755.

CJCE, 14 janvier 1997, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl c. HM Treasury et Bank of England*, aff. C-124/95, *Rec.* 1997, p. I-81.

CJCE, 27 février 1997, *Ebony Maritime SA et Loten Navigation Co. Ltd c. Prefetto della Provincia di Brindisi et autres*, aff. C-177/95, *Rec.* p. I-01111.

CJCE, 6 novembre 1997, *Laboratoires de thérapeutique moderne (LTM)*, C-201/96, *Rec.*, p. I-6147.

CJCE, 17 février 1998, *Grant c. South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec.* 1998, p. I-621.

CJCE, 12 mars 1998, *Laboratoires Sarget*, C-270/96, *Rec.*, p. I-1121.

CJCE, 16 juin 1998, *Racke*, C-162/96, *Rec.* 1998, p. I-3704.

CJCE, 10 décembre 1998, *Glob-Sped*, C-328/97, *Rec.*, p. I-8357.

CJCE, 9 février 1999, *ROSE Elektrotechnik*, C-280/97, *Rec.*, p. I-689.

CJCE, 28 avril 1999, *Mövenpick Deutschland*, C-405/97, *Rec.*, p. I-2397.

CJCE, 5 juin 2000, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Conseil et Commission*, aff. C-237/98 P, *Rec.*, 2000 I-04549.

CJCE, 5 décembre 2000, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, C-448/98, *Rec.* 2000, p. I-10663.

CJCE, 25 octobre 2001, *République italienne c. Conseil*, aff. C-120/99, *Rec.* 2001, p. I-07997.

CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia SpA et a. c/ Presidenza del Consiglio dei Ministri et a.*, aff. C-236/01, *Rec.* 2003, p. I-8105.

CJCE, 19 janvier 2005, ordonnance, *Commissioners of Customs & Excise c. SmithKline Beecham pic.*, aff. C-206/03, *Rec.* 2005, p. I-418.

CJCE, Grde. Ch., 12 avril 2005, *Igor Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol*, aff. C-265/03, *Rec.* 2005, p. I-02579

CJCE Grde. Ch., 26 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03, *Rec.* 2005, p. I-5285 ;

CJCE, 9 mars 2006, *Siegfried Aulinger c. Allemagne*, C-371/03, *Rec.* 2006, p. I-2207.

CJCE, Grde. Ch., 27 février 2007, *Segi, Aritz Zubimendi Izaga et Aritza Galarraga c. Conseil*, aff. C-355/04 P, *Rec.* 2007, p. I-01657.

CJCE, Grde. Ch., 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía, Juan Mari Olano Olano et Julen Zelarain Errasti c. Conseil*, aff. C-354/04 P, *Rec.* 2007, p. I-01579.

CJCE, 11 octobre 2007, *Gerda Möllendorf*, aff. C-117/06, *Rec.* 2007, p. I-8361.

CJCE, Grde. Ch., arrêt 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) et al. c. Secretary of State for Transport*, C-308/06, *Rec.* 2008, p. I-4057.

CJCE, 17 juillet 2008, *cp-Pharma Handels GmbH c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-448/06, *Rec.* 2008, p. I-5685.

CJCE, Grde. Ch., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* 2008, p. I-6351.

CJCE, Grde. Ch., 8 septembre 2008, *FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission*, aff. jtes. C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.* 2008, p. I-6513.

CJCE, 6 novembre 2008, *Parlement c. Conseil*, aff. C-155/07, *Rec.* 2008, p. I-8103.

CJCE, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465/07, *Rec.*, 2009, p. I-00921.

CJCE, 5 mars 2009, *Commission c. France*, aff. C-556/07, *Rec.* 2009, p. I-25

CJCE, 5 mars 2009, *France c. Conseil*, aff. C-479/07, *Rec.* 2009, p. I-24.

CJCE, 16 juillet 2009, *Procédure pénale contre Tomasz Rubach*, aff. C-344/08, *Rec.* 2009, p. I-7033.

CJUE, 3 décembre 2009, *Faraj Hassan c. Conseil et Commission (C-399/06 P) et Chafiq Ayadi c. Conseil (C-403/06 P)*, aff. jtes. C-399/06 P et C-403/06 P, *Rec.* 2009, p. I-11393.

CJUE, Grde. Ch., 2 mars 2010, *Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08) et Dler Jamal (C-179/08) c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. jtes. C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Rec.* 2010, p. I-1493.

CJUE, Grde. Ch., 20 avril 2010, *Commission c. Suède*, aff. C-246/07, *Rec.* 2010, p. I-03317.

CJUE, 29 avril 2010, *M et al. c. Her Majesty's Treasury*, aff. C-340/08, *Rec.* 2010, p. I-3913.

CJUE, 6 mai 2010, *Axel Walz c/ Clickair SA*, aff. C-63/09, *Rec.* 2010, p. I-4257

CJUE, Grde. Ch., 17 juin 2010, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivata*, aff. C-31/09, *Rec.* 2010, p. I-5539

CJUE, Grde. Ch., 29 juin 2010, *Procédure pénale contre E. et F. (DHKP-C)*, aff. C-550/09, *Rec.* 2010, p. I-6213.

CJUE, 15 juillet 2010, *Alexander Hengartner et Rudolf Gasser c/ Landesregierung Vorarlberg*, aff. C-70/09, *Rec.* 2010, p. I-7233.

CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland c/ B*, aff. jtes. C-57/09 et C-101/09, *Rec.* 2010, p. I-10979.

CJUE, 17 mars 2011, *AJD Tuna c. Direttur tal-Agricoltura u s-Sajd et Avukat Generali*, aff. C-221/09, *Rec.* 2011, p. I-01655.

CJUE, Grde. Ch., 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c. Conseil*, C-548/09 P, *Rec.* 2011, p. I-11381.

CJUE, Grde. Ch., 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, *Rec.* 2011, p. I-13755.

CJUE, 21 décembre 2011, *Procédure pénale contre Mohsen Afrasiabi et autres.*, aff. C-72/11, *Rec.* 2011, p. I-14285.

CJUE, Grde. Ch., 21 décembre 2011, *People's Mojahedin Organization of Iran*, C-27/09P, Rec. 2011, p. I-13427

CJUE, Grde. Ch., 13 mars 2012, *Pye Phyoy Tay Za c. Conseil*, aff. C-376/10 P.

CJUE, Grde. Ch., 5 juin 2012, *Bonda*, C-489/10.

CJUE, 7 juin 2012, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, aff. C-27/11, publié au Rec. numérique.

CJUE, Grde. Ch., 19 juillet 2012, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-130/10, publié au Recueil numérique.

CJUE, Grde. Ch., 5 septembre 2012, *Pedro Lopes Da Silva Jorge*, aff. C-42/11, publié au Recueil numérique.

CJUE, 22 novembre 2012, *Pedro Espada Sánchez et autres c/ Iberia Líneas Aéreas de España SA.*, aff. C-410/11, non encore publié.

CJUE, 15 novembre 2012, *Conseil c. Nadiany Bamba*, aff. C-417/11 P, non encore publié.

CJUE, Grde. Ch., 19 décembre 2012, *Mostafa Abed El Karem El Kott et a. c/ Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, aff. C-364/11, non encore publié.

CJUE, Grde. Ch., 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié.

CJUE, Grde. Ch., 23 avril 2013, *Laurent Gbagbo et autres c. Conseil*, aff. jtes. C-478/11 P à C-482/11 P, non encore publié.

CJUE, 25 avril 2013, *Jyske Bank Gibraltar Ltd c/ Administración del Estado*, aff. C-212/11, non encore publié.

CJUE, Grde. Ch., 28 mai 2013, *Abdulbasit Abdulrahim c. Conseil et Commission*, aff. C-239/12 P, non encore publié.

CJUE, Grde. Ch., 8 juillet 2013, *Commission et autres c. Yassin Abdullah Kadi*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non encore publié.

CJUE, Grde. Ch., 18 juillet 2013, *Commission e.a. c. Kadi*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non encore publié.

CJUE, 28 novembre 2013, *Conseil c. Fulmen*, aff. C-280/12 P, non encore publié.

CJUE, 28 novembre 2013, *Conseil c. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tehran*, aff. C-348/12 P, non encore publié.

CJUE, 30 janvier 2014, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-285/12, non encore publié.

TPICE, 24 avril 2002, *Elliniki Viomichania Oplon AE (EVO) c. Conseil et Commission*, aff. T-220/96, Rec. 2002, p. II-02265.

TPICE, 11 septembre 2002, *Alpharma Inc. c/ Conseil*, aff. T-70/99, Rec. 2002, p. II-3495.

TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi c. Commission et Conseil (Kadi I)*, aff. T-315/01, Rec. 2005, p. II-3649.

TPICE, 22 février 2006, *EURL Le Levant 015 et autres c. Commission*, aff. T-34/02, Rec. 2006, p. II-00267.

TPICE, 31 janvier 2007, *Leonid Minin c. Commission*, aff. T-362/04, Rec. 2007, p. II-002003.

TPICE, 11 juillet 2007, *Jose Maria Sison c. Conseil*, T-47/03, Rec. 2009, p. II-1483.

TPICE, 11 juin 2009, *Omar Mohammed Othman c. Conseil et Commission*, aff. T-318/01, Rec. 2009, p. II-01627.

TPICE, 9 juillet 2009, *Melli Bank plc c. Conseil*, aff. jtes. T-246/08 et T-332/08, Rec. 2009, p. II-02629.

TPICE, 2 septembre 2009, *Mohamed El Morabit c. Conseil*, aff. jtes. T-37/07 et T-323/07, Rec. 2009, p. II-00131, publication sommaire.

TPICE, 14 octobre 2009, *Bank Melli Iran c. Conseil*, aff. T-390/08, Rec. 2009, p. II-03967.

TPIUE, 9 septembre 2010, *Stichting Al-Aqsa c/ Conseil*, aff. T-348/07, Rec. 2010, p. II-4575.

TPIUE, 13 septembre 2010, *Olympiaki Aeroporía Ypiresies c. Commission*, aff. jtes. T-415, 416 et 423/05, Rec. 2010, p. II-04749.

TPIUE, 30 septembre 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission européenne (Kadi II)*, aff. T-85/09, Rec. 2010, p. II-5177.

TPIUE, 7 décembre 2010, *Sofiane Fahas c. Conseil*, aff. T-49/07, Rec. 2011, p. II-05555.

TPIUE, 8 juin 2011, *Nadiany Bamba c. Conseil*, aff. T-86/11, Rec. 2011, p. II-02749.

TPIUE, 16 septembre 2011, *Mathieu Kadio Morokro c. Conseil*, aff. T-316/11, Rec. 2011, p. II-293, publication sommaire.

TPIUE, 23 novembre 2011, *Jose Maria Sison c. Conseil*, aff. T-341/07, Rec. 2011, p. II-07915.

TPIUE, 12 novembre 2013, *North Drilling Co. c. Conseil*, aff. T-552/12, non encore publié.

TPIUE, 4 février 2014, *Syrian Lebanese Commercial Bank SAL c. Conseil*, aff. jtes. T-174/12 et T-80/13, non encore publié.

TPIUE, 3 juillet 2014, *Mohamad Nedal Alchaar c. Conseil*, aff. T-203/12, non encore publié.

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

CPJI

- CPJI, avis du 12 août 1922, *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, Série B n° 02.
- CPJI, 17 août 1923, *Vapeur « Wimbledon »*, Série A, n° 1.
- CPJI, 6 décembre 1923, avis consultative, *affaire de Jaworzina (Frontière Polono-Tchécoslovaque)*, Série B, n° 8.
- CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, Série A, n° 7.
- CPJI, 23 juillet 1926, avis consultatif, *Compétence de l'organisation internationale du travail pour régler accessoirement le travail personnel du patron*, Série B, n° 13.
- CPJI, 8 décembre 1927, avis consultatif, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, Série B, n° 14, p. 17
- CPJI, 7 septembre 1927, *Affaire du « Lotus »*, Série A, n° 70.
- CPJI, 8 décembre 1927, avis consultatif, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, Série B n° 14.
- CPJI, 3 mars 1928, avis consultatif, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B, n° 15.
- CPJI, 28 août 1928, avis consultatif, *Interprétation de l'accord Gréco-Turc du 1^{er} décembre 1926 (Protocole final, Article IV)*, Série B, n° 16.
- CPJI, 12 juillet 1929, *Emprunts brésiliens*, Série A, n° 15.
- CPJI, 12 août 1929, avis consultatif, *Compétence de l'OIT pour l'examen de proposition tendant à l'organisation et à développer les moyens de production agricole*, Série B n° 03.
- CPJI, 19 septembre 1929, *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, Série A, n° 23.
- CPJI, 15 octobre 1931, avis consultatif, *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*, Série A/B, n° 42.

CIJ

- CIJ, 25 mars 1948, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), exceptions préliminaires*, *CIJ Rec.* 1948, p. 26
- CIJ, 28 mai 1948, avis consultatif, *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, *CIJ Rec.* 1948, p. 57.
- CIJ, 11 avril 1949, avis consultatif, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *CIJ Rec.* 1949, p. 174.
- CIJ, 11 juillet 1950, avis consultatif, *Statut international du Sud-Ouest africain*, *CIJ Rec.* 1950, p. 127
- CIJ, 18 juillet 1950, avis consultatif, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, (deuxième phase)*, *Rec.* 1950, p. 221.
- CIJ, 28 mai 1951, avis consultatif, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *CIJ Rec.* 1951, p. 15.
- CIJ 13 juillet 1954, avis consultatif, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, *CIJ Rec.* 1954, p. 47.
- CIJ, 7 juin 1955, avis consultatif, *Sud-Ouest africain - Procédure de vote*, *CIJ Recueil*, 1955, p. 115.
- CIJ, 15 juin 1962, *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, *CIJ Rec.* 1962, p. 6.
- CIJ, 20 juillet 1962, avis consultatif *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, *CIJ Rec.* 1962, p. 151.
- CIJ, 21 décembre 1962, *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires*, *CIJ Rec.* 1962, p. 319.
- CIJ, 18 juillet 1966, *Sud-Ouest africain (Libéria c. Afrique du Sud ; Ethiopie c. Afrique du Sud), deuxième phase*, *CIJ Rec.* 1966, p. 24.
- CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, *CIJ Rec.* 1969, p. 3.
- CIJ, 21 juin 1971, avis consultatif, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *CIJ Rec.* 1971, p. 16.
- CIJ, 18 août 1972, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, *CIJ Rec.* 1972, p. 46.

- CIJ, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *CIJ Rec.* 1974, p. 253.
- CIJ, 20 décembre 1980, avis consultatif, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, *CIJ Rec.* 1980, p. 73.
- CIJ, 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *Compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, *CIJ Rec.* 1984, p. 419.
- CIJ, 3 juin 1985, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, *CIJ Rec.* 1985, p. 13.
- CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *CIJ Rec.* 1986, p. 14.
- CIJ, 14 avril 1992, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, *ordonnance en indication de mesures conservatoires*, *CIJ Rec.* 1992, p. 114.
- CIJ, 14 juin 1993, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, *CIJ Rec.* 1993, p. 38.
- CIJ, 13 septembre 1993, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *ordonnance en indication de mesures conservatoires*, *CIJ Rec.* 1993, p. 325.
- CIJ, 30 juin 1995, *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *CIJ Rec.* 1995, p. 90.
- CIJ, 8 juillet 1996, avis consultatif, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé Armes nucléaires (avis OMS)*, *CIJ Rec.* 1996, p. 66.
- CIJ, 8 juillet 1996, avis consultatif, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *CIJ Rec.* 1996, p. 226.
- CIJ, 25 septembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c/ Slovaquie)*, *CIJ Rec.* 1997, p. 7
- CIJ, 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, *Exception préliminaires*, *Rec.* 1998, p. 432.
- CIJ, 29 avril 1999, avis consultatif, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, *CIJ Rec.* 1999, p. 62.
- CIJ, 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, *fond*, *CIJ Rec.* 2001, p. 40.
- CIJ, 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *CIJ Rec.* 2003, par. 60, p. 161.
- CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *Compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, *CIJ Rec.* 2006, p. 6.
- CIJ, 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c/ France)*, *C.I.J. Rec.* 2008, p. 177.
- CIJ, 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, *CIJ Rec.* 2009, p. 3.
- CIJ, 13 juillet 2009, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *CIJ Rec.* 2009, par. 66, p. 213.
- CIJ, 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *CIJ Rec.* 2010, p. 14.
- CIJ, 22 juillet 2010, avis consultatif, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, *CIJ Rec.* 2010, p. 403.
- CIJ, 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, *CIJ Rec.* 2010, p. 639.
- CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, *CIJ Rec.* 2012, p. 99.
- CIJ, 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, non encore publié.

Sentences arbitrales

- 9 décembre 1921, *Jesse Lewis (United States) c. Great Britain (David J. Adams case)*, *RSA*, vol. VI, p. 89.
- 19 octobre 1928, *Georges Pinson (France) c. Mexique*, *RSA*, vol. V, 1928, p. 422.
- 24 mai 2005, *Royaume de Belgique c. Royaume des Pays-Bas (chemin de fer dit Iron Rhine "Ijzeren Rijn")*, *RSA*, vol. XXVII.
- 22 novembre 2002, *Sentence partielle concernant la licéité de la reprise des actions détenues par des personnes privées décidée le 8 janvier 2001 et les normes applicables à l'évaluation desdites actions*, *RSA*, vol. XXIII, pp. 183-251.

TPIY

TPIY, Ch. d'appel, 15 juillet 1999, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, aff. n° IT-94-1-A.

TPIY, Ch. d'appel, 2 octobre 1995, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence.

TPIY, Ch. de 1^{ère} inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c/ Mucić et consorts – « Camp de Čelebići »*, aff. n° IT-9621-T, § 976 ;

TPIY, Ch. de 1^{ère} inst., 3 mars 2000, *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić – « Vallée de la Lašva »*, aff. n° IT-95-14-

TPIY, Ch. de 1^{ère} inst., 2 août 2001, *Le Procureur c/ Radislav Krstić – « Srebrenica-Drina Corps »*, aff. n° IT-98-33-T

TPIY, Ch. de 1^{ère} inst., 5 décembre 2003, *Le Procureur c/ Stanislav Galić*, aff. n° IT-98-29-T.

CEDH

CrEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, n° 14553/89.

CrEDH, Grde. Ch., 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89.

CrEDH, Grde Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, n°45036/98.

CrEDH, Grde. Ch., 2 mai 2007, *Behrami c. France ; Saramati c. France, Allemagne et Norvège* décision sur la recevabilité, n° 71412/01 et n° 78166/01.

CrEDH, 24 juillet 2008, *Kononov c. Lettonie*, n° 36376/04.

CrEDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08.

CrEDH, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, n° 27021/08.

CrEDH, Grde. Ch., 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08.

CrEDH, 3^e sect., 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica et a. c. Pays-Bas*, n° 65542/12.

CrEDH, 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08.

OMC

29 avril 1996, *Etats-Unis – Mesures concernant l'essence ancienne et nouvelle formules*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R.

16 janvier 1998, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, rapport de l'Organe d'appel, WTIDS26/ABIR, WTIDS481ABIR.

26 septembre 2002, *Communautés européennes - Désignation commerciale des sardines*, AB-2002-3, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R.

29 septembre 2006, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, rapport du groupe spécial, WT/DS291/R Add.4, WT/DS292/R, WT/DS293/R.

Bibliographie

OUVRAGES

- A -

- ABI-SAAB, G. (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, 292 p. Actes du colloque de la SFDI (Rennes) sur *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies : 50e anniversaire des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1995, 324 p.
- ABRAHAM, R., *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette supérieur, Paris, 1989, 223 p.
- ALBARET, M. et DECAUX, E. et al. (dir.), *Les grandes résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies*, Paris, Dalloz, 2012, LV + 613 p.
- ALLAND, D., *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, Paris, Pedone, 2012, 197 p.
- ALSTON, P. et CRAWFORD, J., *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, CUP, 2000, 563 p.
- ALVAREZ, J. E., *International Organizations as Law Makers*, OUP, 2005, 708 p.
- AMERASINGHE, C. F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, CUP, 2^e éd., 2005, XXXIV + 535 p.
- ANZILOTTI, D., *Cours de droit international*, Paris, Éditions Panthéon Assas, facsimilé, coll. « Les introuvables », 1999, 534 p.
- AVBELJ, M., FONTANELLI, F., MARTINICO, G. (dir.), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Londres, Routledge, 2014, 222 p.

- B -

- BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States Law and Practice*, New York, OUP, 2014, XIX + 1296 p.
- BÉCHILLON (DE), D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, 557 p, en partic. pp. 406-530.
- BEN HACHOUR R. et LAGHMANI S. (dir), *Droit international et droits internes – développements récents* (rencontres de Tunis, 16-18 avril 1998), Paris, Pedone, 1998, 318 p.
- BEN MANSOUR, A., *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales*, Bruxelles, Larcier, 2011, 622 p.
- BERGE, J.-S., *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, X + 365 p.
- BETTATI, M., *Le droit des organisations internationales*, Coll. « Que sais-je ? », n° 2355, Paris, PUF, 1987, 126 p.

- BLANQUET, M., *L'article 5 du Traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994, 502 p.
- BOGDANDY (von), A., WOLFRUM, R., BERNSTORFF (von), J. et al. (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2010, XIII + 1008 p.
- BONNET, B., *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, 208 p.
- BOYLE, A. et CHINKIN, C., *The Making of International Law*, Oxford/New York, OUP, 2007, XXX + 338 p.
- BRADLEY, C. A., *International Law in the U.S. Legal System*, New York, OUP, 2013, 371 p.
- BROUDE, T. et SHANY, Y. (dir.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, XVIII + 333 p.
- BUERGENTHAL, Th., *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, 1969, 247 p.
- BURGORGUE-LARSEN, L., DUBOUT, E., MAITROT de la MOTTE A., et TOUZE, S. (dir.), *Les interactions normatives - Droit de l'Union européenne et droit international*, (Actes du colloque Paris, 3-4 février 2011), Paris, Pedone, 2012, 380 p.

- C -

- CARBONNIER, J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris : LGDJ, 10^e éd., 2001, 493 p.
- CAHIN, G., *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, VII + 782 p.
- CHEMAIN, R. et PELLET, A. (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, actes du colloque du CEDIN, Cahiers internationaux n° 20, Paris, Pedone, 2006, 237 p.
- CIOBANU, D., *Preliminary Objections related to the Jurisdiction of the United Nations Political Organs*, La Haye, Nijhoff, 1975, IX + 230 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Droit souple. Etude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État n° 64, 2013, 200 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, *La norme internationale en droit français*, coll. Études et documents du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2000, 190 p.

- D -

- DELMAS-MARTY, M., *Le pluralisme ordonné, Les Forces imaginantes du droit (II)*, Paris, Seuil, 2006, 303 p.
- DISTEFANO, G., *L'ordre international entre légalité et effectivité : le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris, Pedone, 2002, 585 p.
- DORMOY D., *Droit des organisations internationales*, Coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 1995, 114 p.
- DUBOUT, E. et TOUZÉ, S., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, 336 p.

DUPUY R.-J. (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, 2^e édition, Académie de Droit international de La Haye, Dordrecht, Nijhoff, 1998, 685 p.

DUPUY, P.-M. (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparé du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Editions Panthéon Assas, 2001, 128 p.

- E -

ECKES, C., *EU Counter-terrorist Policies and Fundamental Rights: the Case of Individual Sanctions*, Oxford, OUP, 2009, 478 p.

EISENMANN, P. M. (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 587 p.

- F -

FATIMA, S., *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 447 p.

FOHRER-DEDEURWAERDER, E., *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008, XIII + 570 p.

- G -

GOESEL-LE BIHAN, V., *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la V^e République*, Paris, Pedone, 1995, IX + 437 p.

GOLD, J., *The Fund Agreement in the Courts, vol. IV : Some problems of the uniform interpretation of multilateral treaties*, Washington, International Monetary Fund, 1989, XI + 330 p.

GOWLLAND-DEBBAS, V. (dir.), *National Implementation of United Nations Sanctions: A Comparative Study*, Leiden, Nijhoff, 2004, X + 671 p.

- H -

HART, H. L. A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, 314 p.

HIGGINS, R., *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 274 p.

- J -

JACQUÉ, J.-P., *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, thèse pour le doctorat en droit, Paris, LGDJ, 1972, 511 p.

- K -

- KELSEN H., *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, p. 366
- KELSEN, H., *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, X + 604 p.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, trad. de la 2^e éd. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, rééd. LGDJ, 1999, 367 p.
- KLABBERS, A. M., *An introduction to international institutional law*, 2^{ème} éd., Cambridge, CUP, 2009, XXXV + 360 p.
- KLABBERS, J., *The European Union in International Law*, Paris, Pedone, 2012, 94 p.
- KLABBERS, J., *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, CUP, 2009, 260 p.
- KLEIN, P., *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998, 673 p.
- KOSKENNIEMI, M., *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, 424 p.
- KRISCH, N., *Beyond Constitutionalism : The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, OUP, 2010, 358 p.

- L -

- LAGARDE, P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, 238 p.
- LAGRANGE, E., *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2002, XIII + 608 p.
- LAVERGNE, B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, 613 p.
- LESAFFRE, H., *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, t. 121, 2007, XVIII + 614 p.

- M -

- MALLOY, M. P., *United States Economic Sanctions: Theory and Practice*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, XXV + 738 p.
- MARTINEZ, M., *National Sovereignty and International Organizations*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, XI + 353 p.
- MASSON-MATTHEE, M. D., *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards*, TMC Asser Press, The Hague, 370 p.
- MATRINGE, J., *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les Etats membres*, thèse, Paris II, 2000, V + 525 p.

MILANO, E., *Unlawful territorial situations in international law : reconciling effectiveness, legality and legitimacy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, XXXIX + 304 p.

MIRON, A. et PELLET, A. (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, Paris, Dalloz, 2015, à paraître.

- N -

NIJMAN, J. E. et NOLLKAEMPER, A. (dir.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford, OUP, XX + 380 p.

NIJMAN, J. E. et NOLLKAEMPER, A. (dir.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford, OUP, 2007, XX + 380 p.

NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, XLV + 337 p.

NOLTE, G., (dir.), *Treaties and subsequent practice*, Oxford, OUP, 2013, XXXVIII + 393 p.

NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR commentary*, 2^e éd. rev., Kehl, Engel, 2005, XXXIX + 1277 p.

- O -

ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, OUP, 2006, XXXV + 622 p.

ORAKHELASHVILI, A., *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, OUP, 2008, XXVIII + 594 p.

OST, F. et KERCHOVE (VAN DE), M., *De la pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

- P -

PAUST, J. J., *International Law as Law of the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 2^{ème} éd., 2003, XI + 532 p.

PAUWELYN, J., *Conflict of norms in public international law : how WTO law relates to other rules of international law*, Cambridge, CUP, 2003, XXVIII + 522 p.

PELLET, A., *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, 364 p.

PLATON, S. *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens*, Paris, LGDJ, 2008, XV + 709 p.

- R -

RADI, Y., *La standardisation et le droit international. Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 374 p.

- RASPAIL, H., *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État : point de vue du droit international*, Paris, Dalloz, 2013, XVIII + 586 p.
- REINISCH, A. (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, 302 p.
- REINISCH, A. (dir.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, OUP, 2013, 376 p.
- RIETER, E. E., *Preventing Irreparable Harm : Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, School of Human Rights Research Series, vol. 37, Anvers, Intersentia, 2010, XXXIX + 1200 p.
- ROMANO, S., *L'ordre juridique*, trad. française [de l'italien] de la 2e éd. par Lucien François, Pierre Gothot, 2^e éd. / rééd., 1975, 174 p.
- ROSENNE, S., *The law and practice of the International Court 1920-2005*, Leiden, M. Nijhoff Publishers, 4^{ème} éd., 4 vol., 2006, XXXV + 1891 p.

- S -

- SANDS, P., et KLEIN, P., *Bowett's Law of International Institutions*, London, Sweet & Maxwell, 6^{ème} éd., 2009, XXXVIII + 619 p.
- SANTULLI, C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, XI + 584 p.
- SANTULLI, C., *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, 310 p.
- SANTULLI, C., *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris : Pedone, 2001, 540 p.
- SAROOSHI, D. (dir.), *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales/Remedies and Responsibility for the Actions of International Organizations*, Académie de droit international de la Haye, Brill, Martinus Nijhoff, 2014, 752 p.
- SAROOSHI, D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, OUP, 2007, 170 p.
- SCHERMERS, H. G. et BLOKKER, N. M., *International Institutional Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 5^e éd., 2011, XXXVI + 1273 p.
- SCHREUER, C. H., *Decisions of International Institutions before Domestic Courts*, Londres, Oceana Publications, 1981, 407 p.
- SFDI, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans des 4-5 juin 2004, Paris, Pedone, 2005, 170 p.
- SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Journée d'études, Strasbourg, 11-12 avril 2008, Paris, Pedone, 2009, 142 p.
- SFDI, *L'application du droit international par le juge français*, colloque de Grenoble, 22-23 mai 1970, Paris, Armand Colin, 1972, 128 p.
- SHELTON, D. (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, LXXII + 676 p.
- SHELTON, D. (dir.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford, OUP, 2003, XXVI + 560 p.

- SIMON, D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, XV + 936 p.
- SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, 779 p.
- SLOSS, D. (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A Comparative Study*, Cambridge, CUP, 2009, XXIX + 626 p.
- STAHN, C., *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge, CUP, 2008, XXXIV + 828 p.

- T -

- TEHINDRAZANARIVELO, D. L., *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires*, Paris, PUF, 2005, 523 p.
- THIBIERGE, C. et al. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/ Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009, XIII-891 p.
- THIRLWAY, H., *The Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2014, XXI + 239 p.
- TOMUSCHAT, Ch., *Human Rights : Between Idealism and Realism*, The collected courses of the Academy of European Law, 1^{ère} éd., vol. 13/1, Oxford, OUP, 2003, XLVI + 333 p.
- TRIEPEL, H., *Droit international et droit interne*, Paris, Editions de l'Université Panthéon-Assas, Collection Les introuvables, 2010, 448 p.
- TROPER, M., GRZEGORCZYK, Ch. et CHAMPEIL-DESPLATS, V. (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2005, 216 p.
- TZANAKOPOULOS, A., *Disobeying the Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, OUP, 2011, XXXII + 243 p.

- V -

- VERHOEVEN, J., *Les nullités du droit des gens. L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, VI + 174 p.
- VERZIJL, J. H. W., *International Law in Historical Perspective. Part VI, Juridical facts as sources of international rights and obligations*, Leiden, Sitjhoff, 1973, X + 861 p.
- VIRALLY, M., *La pensée juridique*, Paris, Université Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2010, III + XLI + 225 p.
- VISSCHER (DE), Ch., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.

- W -

- WESSEL, R. A., et BLOCKMANS, S., *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, VIII + 340 p.
- WET, E. (DE) et NOLLKAEMPER, A., (dir.), *Review of the Security Council by Member States*, Anvers, Intersentia, 2003, XVI+160 p.

WET, E. (DE), *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, 2004, 413 p.

WILHELM, C., *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Zurich, Schulthess, 1994, 343 p.

- Y -

YEMIN, E., *Legislative Powers in the United Nations and Specialized Agencies*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1969, 227 p.

- Z -

ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT, Ch. et OELLERS-FRAHM, K., *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2012, LXXXIV + 1577 p.

ZOLLER, E., *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, XXVI + 392 p.

THESES

- D -

DELORD, G., *La mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies par l'Union européenne*, Thèse de doctorat : Droit public, Université Nancy 2, 2011, 483 p.

- H -

HAMAMOTO, S., *Éléments pour une théorie de la nullité en droit international public*, Thèse de doctorat : Droit public, 2007, 220 p.

- M -

MATRINGE, J., *La contestation des actes unilatéraux des organisations internationales par les États membres : étude sur la centralisation de l'ordre juridique international*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris 2, 2000, 531 p.

- N -

NORODOM, A.-T., *L'influence du droit des Nations Unies sur le développement du droit international*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris 1, 2009, 2 vol., 677 + 217 p.

- R -

RODRIGO HERNANDEZ, A. J., *La recepción de las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales Intergubernamentales en los Ordenamientos Jurídicos Internos*, Thèse de doctorat : Droit public, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1996, 590 p. (disponible en ligne : <http://www.tdx.cat/handle/10803/7300>).

- T -

TRIGEAUD, B., *Les règles techniques dérivées de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris II Panthéon-Assas, 2013, 640 p.

- W -

WOLL, W., *La licéité des sanctions prises par les organisations internationales contre les particuliers*, Thèse de doctorat : Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, novembre 2010, 514 p.

RCADI

A -

ABI-SAAB, G., « Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 207, 1987, pp. 9-464.

- B -

BOISSON DE CHAZOURNES, L., « *Les relations entre organisations régionales et organisations universelles* », *RCADI*, tome 347, 2010, pp. 79-406.

BURGENTHAL, T., « Self-executing and Non-Self Executing Treaties in National and International Law », *RCADI*, tome 235, 1992-IV, pp. 303-400.

- C -

CAPOTORTI, F., « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1994, tome 248, pp. 9-343.

CASSESE, A., « Modern Constitutions and International Law », *RCADI*, 1985, tome 192, pp. 331-476.

CASTAÑEDA, J., « Valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *RCADI*, 1970, tome 129, pp. 205-331.

CRAWFORD, J., « Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law », *RCADI*, tome 365, 2013, pp. 9-390.

- G -

GUGGENHEIM, P., « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *RCADI*, 1949, tome 74, pp. 191-268.

- J -

JACQUÉ, J. P., « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, tome 227, 1991, pp. 361-417.

- H -

HIGGINS, R., « International Law and the Avoidance, Containment and resolution of Disputes (General Course on Public International Law) », *RCADI*, tome 230, 1991, pp. 9-341.

- K -

KELSEN, H., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, tome 14, 1926, pp. 227-331.

- L -

LAGRANGE, E., « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, tome 356, 2011, pp. 239-552.

- M -

MARESCEAU, M., « Bilateral agreements concluded by the European Community », *RCADI*, tome 309, 2004, pp. 125-452.

MAYER, P., « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, tome 327, 2007, pp. 9-377.

MIELE, M., « Les organisations internationales et le domaine constitutionnel des États », *RCADI*, 1970, tome 131, pp. 309-391.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Droit international et droit constitutionnel », *RCADI*, tome 38, 1931, pp. 307-466.

MOSLER, H., « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », *RCADI*, 1957, tome 91, pp. 619-711.

- N -

NEGULESCO, P., « Principes du droit international administratif », *RCADI*, 1935, tome 51, issue I, pp. 579-691.

- S -

SABA, H., « L'activité quasi-législative des institutions spécialisées des Nations Unies », *RCADI*, 1964, tome 111, pp. 603-690.

SALMON, J., « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, tome 175, 1982, pp. 257-414.

SCELLE, G., « Règles générales droit de la paix », *RCADI*, tome 46, 1932 pp. 327-703.

SCELLE, G., « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *RCADI*, 1936, tome 55, pp. 87-202.

SIMMA, B., « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *RCADI*, tome 250, 1994, pp. 217-384.

SPERDUTI, G., « Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, tome 153, 1976, pp. 319-410.

- T -

TAMMES, A.J.P., « Decisions of international organs as a source of international law », *RCADI*, tome 94, 1958, pp. 261-364.

THIRLWAY, H., « Concepts, principles, rules and analogies: international and municipal legal reasoning », *RCADI*, tome 294, 2002, pp. 265-405.

TOMUSCHAT, C., « Obligations Arising for States without or against their Will », *RCADI*, tome 241, 1993, pp. 195-374.

TRIEPEL, H., « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, tome 1, 1923, pp. 73-122.

- V -

VENTURINI, G., « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *RCADI*, tome 112, 1964, pp. 363-467.

VERDROSS, A., « Le fondement du droit international », *RCADI*, tome 16, 1927, p. 247-324.

VIRALLY, M., « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI*, tome 122, 1967, pp. 1-105.

VISSCHER (DE), Ch., « Méthode et système en Droit international », *RCADI*, tome 138, 1973, pp. 75-80.

VISSCHER (DE), P., « Les tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI*, tome 80, 1952, pp. 511-578.

- W -

WALZ, G.-A., « Les rapports du droit international et du droit interne », *RCADI*, tome 61, 1937, pp. 375-456.

WEIL, P., « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 237, 1992, pp. 9-370.

- Z -

ZACKLIN, R., « The problem of Namibia in international law », *RCADI*, tome 171, 1981, pp. 225-340.

ZOLLER, E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, 2002, tome 294, pp. 39-166.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

- A -

- ABBOTT, K. W., KEOHANE, R. O. et MORAVCSIK, A. « The Concept of Legalization », *International Organization*, vol. 54, 2000, n° 3, pp. 401-419.
- ABBOTT, K. et SNIDAL, D., « Hard and Soft Law in International Governance », *International Organization*, vol. 54, no. 3, 2000, pp. 421-456.
- ABI-SAAB, G. « The Security Council *Legibus Solutus* ? On the Legislative Forays of the Council », in L. Boisson de Chazournes (dir.), *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, pp. 23-44.
- ABI-SAAB, G., « Éloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-68.
- ABI-SAAB, G., « The Security Council as Legislator and as Executive in its Fight Against Terrorism and Against Proliferation of Weapons of Mass Destruction: The Question of Legitimacy », in R. Wolfrum et V. Röben (dir.), *Legitimacy in International Law*, Heidelberg, Springer, 2008, pp. 109-130.
- ABI-SAAB, G., « 'Interprétation' et 'auto-interprétation'. Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung : Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht : Festschrift für Rudolf Bernhard*, Berlin, Springer, 1995, pp. 10-19.
- ABI-SAAB, G., « De la sanction en droit international », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 61-77.
- ABI-SAAB, G., « The Security Council *Legibus Solutus* ? On the Legislative Forays of the Council », in *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre. Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, pp. 23-44.
- ABRAHAM, R., « Le juge administratif et le droit international et européen. Le dialogue des juges », in B. Bonnet (dir.), *Regards de la communauté juridique sur le contentieux administratif. Hommage à Daniel Chabanol*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, pp. 33-46.
- ABRAHAM, R., « L'articulation du droit interne et du droit international », in G. Cahin, F. Poirat, S. Szurek (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 257-278.
- ABRAHAM, R., « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », in *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles, SFDI, Colloque de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 283-293.

- AGO, R., « Pluralism and the origins of the International Community », *Italian Yearbook of International Law*, vol. III, 1977, pp. 3-30.
- ALABURNE F., « La pratique des comités des sanctions du Conseil de sécurité depuis 1990 », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 226-279.
- ALKEMA, E. A., « The Commentaries on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital – Effective on Domestic Law or in the Need of Alternatives », in S. Douma, F. A. Engelen (dir.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam, IBFD, 2008, p. 163-194.
- ALLAND, D., « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Sarran, Levacher et autres du 30 octobre 1998 », *RFDA* 1998, pp. 1094-1147.
- ALLAND, D., « L'applicabilité directe du droit international du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *RGDIP*, vol. 102, 1998, pp. 203-244.
- ALLAND, D., « Le droit international 'sous' la Constitution de la V^e République », *RDP*, 1998, pp. 1649-1670.
- ALLAND, D., « Le juge français et le droit d'origine internationale », in P.-M. Dupuy (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparé du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2001, pp. 47-59.
- ALLAND, D., « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, vol. 55, 2012, pp. 85-101.
- ALLARD, J., « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des Juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp 77-93.
- ALONA, V. et EVANS, E., « Some Aspects of the Problem of Self-Executing Treaties », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, vol. 45, 1951, pp. 66-75.
- ALVAREZ, J. E., « International Organizations: Then and Now », *AJIL*, vol. 100, 2006, pp. 324-347.
- ALVAREZ, J. E., « Judging the Security Council », *AJIL*, vol. 90, 1996, pp. 1-39.
- ALVAREZ, J. E., « Legal Remedies and the United Nations à la Carte Problem », *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1990-91, pp. 229-311.
- AMERASINGHE, C. F., « Interpretation of Texts in Open International Organizations », *BYIL*, vol 65, 1994, pp. 175-209.
- AMSELEK, P., « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in A. Roux, R. Ghevontian, D. Maus, F. Mélin-Soucramanien, P. Bon (dir.), *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 983-1014 (également publié in *Revue de la Recherche Juridique*, n° 2, 2007, pp. 557-581).
- ANGELET, N., « International Law Limits to the Security Council », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *United Nations Sanctions and International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 71-82.
- ARANGIO-RUIZ, G., « The 'Federal Analogy' and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue », *EJIL*, 1997, vol. 8, n° 1, pp. 1-28.

- ASCENSIO, H., « Les fins de la sanction externe », in I. Pingel (dir.), *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, Paris, Pedone, 2006, pp. 69-82.
- ASCENSIO, H., « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in SFDI/OCDE, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, journée d'études de Paris, Paris, Pedone, 2014, pp. 7-24.
- ASPREMONT (D'), J. « Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials », *EJIL*, vol. 19, n° 5, 2008, pp. 1075-1093.
- ASPREMONT (D'), J., « The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts : Domestic Ju *Théorie des contraintes juridiques* dges as Architects of the Consistency of the International Legal Order », in O. K. Fauchald et A. Nollkaemper (dir.), *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 141-165.
- ASPREMONT (D'), J. et BRÖLMANN, C. , « Challenging International Criminal Tribunals Before Domestic Courts », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, OUP, 2010, pp. 111-136.
- ASPREMONT (D'), J. et DOPAGNE, F., « Two Constitutionalisms in Europe : Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 68, n° 4, 2008, pp. 939-977.
- ASPREMONT (D'), J. et VENTURA, D., « La composition des organes et le processus décisionnel », in E. Lagrange, J.-M. Sorel, (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 402-433.
- AUBY, J.-B., « Droit administratif et *jus cogens* », *Droit administratif*, n° 3, mars 2006, pp. 3-5.

- B -

- BAADE, H. W., « Nullity and Avoidance in Public International Law : A Preliminary Survey and a Theoretical Orientation », *Indiana Law Journal*, vol. 34, 1964, pp. 497-559.
- BACHELIER, G., « Les règles non écrites du droit international public et le juge administratif », in P.-M. Dupuy (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparé du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Editions Panthéon Assas, 2001, pp. 47-59.
- BARBERIS, J., « Les résolutions des organisations internationales en tant que sources du droit des gens », in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung-Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, pp. 21-39.
- BARRET, J. « The United Kingdom and Parliamentary Scrutiny of Treaties : Recent Reforms », *ICLQ*, vol. 60, n° 1, 2011, pp. 225-245.
- BASTID-BURDEAU (G.), « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », in *La création du droit par le juge : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 289-304.
- BASTID-BURDEAU, G. « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir, pouvoir de droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 161-175.

- BASTID-BURDEAU, G., « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », *Archives de philosophie du droit*, vol. 50, 2007, pp. 289-304.
- BASTID-BURDEAU, G., « Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 753-776.
- BASTID-BURDEAU, G., « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir, pouvoir de droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 161-175.
- BAXTER, R. R., « International Law in "Her Infinite Variety" », *ICLQ*, vol 29, n° 4, oct. 1980, pp 549-566.
- BEDJAOUI, M., « Du contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité », *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux*, Coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 69-110.
- BEDJAOUI, M., « The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals », *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 28, 1996, pp. 45-64.
- BELAÏD, S. « Droit international et droit constitutionnel : les développements récents », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, pp. 47- 79.
- BEN ACHOUR, R., « Rapport de synthèse », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, pp. 307-316.
- BENVENISTI, E., « The Interplay between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 319-340.
- BENVENISTI, E., « Judicial Misgivings regarding the Application of International Law: an Analysis of Attitudes of National Courts », *EJIL*, vol. 4, 1993, pp. 159-183.
- BENVENISTI, E., « Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts », *AJIL*, vol. 102, 2008, pp. 241-274.
- BENVENISTI, E., « The Interplay Between Actors as a Determinant of the Evolution of Administrative Law in International Institutions », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n° 3-4, 2005, pp. 319-340.
- BENZING, M., « International Organizations or Institutions, Secondary Law », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, édition en ligne, mars 2007.
- BERGTHALER, W., « The Relationship Between International Monetary Fund Law and European Union Law: Influence, Impact, Effect, and Interaction », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 159-198.
- BERNHARDT, R. « *Ultra vires* activities of international organizations », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 599-609.
- BERNSTORFF (VON), J., « Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations », in A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. Bernstorff et al (dir.),

- The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2010, pp. 777-806.
- BETLEM, G. et NOLLKAEMPER, A., « Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation », *EJIL*, vol. 14, n°3, 2003, pp. 569-589.
- BEULAC, S., « National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 41, 2003, pp. 225-269.
- BIANCHI, A., « Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion », *EJIL*, vol. 17, n° 5, 2006, pp. 881-919.
- BIANCHI, A., « International Law and US Courts: the Myth of Lohengrin Revisited », *EJIL*, vol. 15, n° 4, pp. 751-781.
- BIANCHI, A., « Security Council's Anti-Terror Resolutions and their Implementation by Member States. An Overview », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, pp. 1044-1073.
- BIANCHI, A., « International Law and USCourts: the Myth of Lohengrin Revisited », *EJIL* 2004, vol.15, n° 4, pp.751-781.
- BLOKKER, N., « Skating on Thin Ice ? On the Law of International Organizations and the Legal Nature of the Commentaries on the OECD Model Tax Convention' », in S. Douma and F. Engelen (dir.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam, IBFD, 2008, pp. 13-28.
- BODANSKY, D., « Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms », in M. Arsanjani *et al.* (dir.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 119-134.
- BOGAERT (VAN), E., « Les antinomies entre le droit international et le droit interne », *RGDIP*, 1968, pp. 346-360.
- BOGDANDY (VON), A., « General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field », *German Law Journal*, vol. 9, 2008, pp. 1909-1938.
- BOGDANDY (VON), A., « Legal Effects of World Trade Organization Decisions within European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages under Article 288(2) EC », *Journal of World Trade*, vol. 39, n° 1, 2005, pp. 45-66.
- BOGDANDY (VON), A., « Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: on The Relationship between International and Domestic Constitutional Law », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, pp. 397-413.
- BOGDANDY (VON), A. et DANN, P., « International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority », in A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. Bernstorff *et al.* (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2010, pp. 883-912.
- BOGDANDY (VON), A., DANN, P. et GOLDMANN M., « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », in A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. Bernstorff *et al.* (dir.), *The Exercise of*

- Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2010, pp. 3-32.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Collective security and the economic interventionism of the UN – The need for a coherent and integrated approach », *Journal for International Economic Law*, vol. 10, n° 1, 2007, pp. 1-36.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Le pouvoir réglementaire de l’OMS à l’aune de la santé mondiale : réflexions sur la portée et la nature du Règlement sanitaire international de 2005 », in *Droit du Pouvoir, Pouvoir du droit : Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1157-1181.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Standards et normes techniques dans l’ordre juridique contemporain : quelques réflexions », in *International Law and the Quest for its Implementation. Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, pp. 351-376.
- BONUCCI N., et THOUVENIN, J.-M., « L’OCDE, site de gouvernance globale ? », in SFDI/OCDE, *Le pouvoir normatif de l’OCDE*, journée d’études de Paris, Paris, Pedone, 2014, pp. 25-44
- BORE EVENO, V., « Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité : vers un constitutionnalisme international ? », *RGDIP*, vol. 110, n° 4, 2006, pp. 827-859.
- BOS, M., « Theory and Practice of Treaty Interpretation », *Netherlands International Law Review*, vol. 23, 1980, pp. 3-38.
- BOTHE, M., « Article 46 of the 1969 Vienna Convention », in O. Corten, P. Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, New York: OUP, vol. II, p. 1099, pars. 26-27.
- BOTHE, M., « Article 46 of the 1969 Vienna Convention », in O. Corten, P. Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, New York: OUP, vol. II, p. 1099, pars. 26-27.
- BOYLE, A., « Soft Law in International Law-Making », in M. D. Evans, *International Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 141-157.
- BOYLE, A., « Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law », *ICLQ*, vol. 48, n° 4, 1999, pp. 901-913.
- BRADLEY, C. A., « The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law », *Georgetown Law Journal*, vol. 86, 1998, pp. 479-536.
- BRADLEY, C. A., « Breard, Our Dualist Constitution, and the Internationalist Conception », *Stanford Law Review*, vol. 51, 1999, p. 529-566.
- BRADLEY, C. A. et KELLEY, J. G., « The Concept of International Delegation », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, n° 1, 2008, pp. 1-36.
- BREEN, E., « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *RFDA*, n° 6, 2003, pp. 1159-1175.
- BRONCKERS, M., « From ‘Direct Effect’ To ‘Muted Dialogue’. Recent Developments in the European Courts’ Case Law on the WTO and Beyond », *Journal of International Economic Law*, vol. 11, n° 4, 2008, pp. 885–898.

- BRUCH, C., « Is International Environmental Law Really “Law”? : An Analysis of Application in Domestic Courts », *Pace Environmental Law Review*, 2006, vol. 2, n° 23, pp. 423-464.
- BRUNET, P., « Les principes généraux de droit et la hiérarchie des normes », in D. de Béchillon et al. (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207-221.
- BRUNET, P., « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », in P. Brunet et F. Arena (dir.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 53-74.
- BRUNNÉE, J., « Reweaving the Fabric of International Law ? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements », in R. Wolfrum et V. Röben (dir.), *Developments of International Law in Treaty-Making*, Berlin, New York, Springer, 2005, pp. 108-115.
- BRUNNÉE, J., « Reweaving the Fabric of International Law ? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements », in R. Wolfrum et V. Röben (dir.), *Developments of International Law in Treaty-Making*, Berlin, New York, Springer, 2005, pp. 108-115.
- BUERGENTHAL, T. « International Tribunals and National Courts: The Internationalization of Domestic Adjudication », in U. Beyerlin et E.-U. Petersmann (dir.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung-Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, pp. 687-703.
- BÚRCA (DE), G., « The ECJ and the international legal order: A re-evaluation », in G. de Búrca et J. H. H. Weiler (dir.) *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 2012, pp. 105-149.
- BÚRCA (DE), G., « The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values: Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci », *EJIL*, vol. 20, n° 3, 2009, pp. 853-887.
- BÚRCA (DE), G., « The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi », *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n° 1, 2010, pp. 1-49.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « Existe-t-il une approche européenne du droit international ? Éléments de réponse à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in C. Tomuschat, J.-M. Thouvenin (dir.), *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Journée franco-allemande de la SFDI, Paris, Pedone, 2008, p. 257-276.
- BUTLER, W. E., « International and Municipal Law: Some Reflections on British Practice », in W. E. Butler (dir.), *International Law and the International System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 67-76.

- C -

- CAHIER, Ph., « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international de La Haye, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 377-397.
- CAHIER, Ph., « Les caractéristiques de la nullité en droit international », *RGDIP*, vol. 76, n° 3, 1972, pp. 645-697.

- CAHIN, G., « Droit de la Charte et coutume internationale », in J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3e édition, Paris, Economica, vol. I, 2005, vol. I, pp. 83-109.
- CAHIN, G., « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, vol. 107, 2003, pp. 535-600.
- CAHIN, G., « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, vol. 107, n° 3, 2003, pp. 535-600.
- CANDAŞ, U. et MIRON, A., « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, n° 3, 2011, pp. 769- 804.
- CANIVET, G., « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolence des juges », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, 2005, pp. 799-818.
- CANNIZZARO, E. et PALCHETTI, P., « *Ultra vires* Acts of International Organizations », in J. Klabbers et A. Wallendahl (dir.), *Research Handbook on the Law of International Organisations*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 365-397.
- CANNIZZARO, E., « A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law », *International Organizations Law Review*, vol. 3, n° 2, 2006, p. 189-224.
- CANOR, I., « 'Can Two Walk Together, Except They Be Agreed ?' The Relationship Between International Law and European Law : the Incorporation of United Nations Sanctions against Yugoslavia into European Community Law through the Perspective of the European Court of Justice », *CMLRev.*, vol. 35, n°1, 1998, pp. 137-187.
- CANOR, I., « The European Courts and the Security Council: Three Replies », *EJIL*, vol. 20, 2009, pp. 870-887.
- CASOLARI, F., « L'insertion du droit international dans l'ordre juridique de l'Union européenne : analyse à la lumière du processus de réforme institutionnelle en cours », in M. Dony et L. S. Rossi (dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Dir. de l'Université de Bruxelles, 2008, pp. 125-153.
- CASSESE, S., « Global Standards for National Administrative Procedures », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 109-126.
- CATALDI, G., « L'application des décisions du Conseil de sécurité en droit interne », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, pp. 205-226.
- CAYLA, O., « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n° 7, p. 77-86.
- CAZALA, J., « Le rôle du *soft law* dans l'interprétation du droit international », *Analele Universitatii Titu Maiorescu - Seria Drept*, vol. VIII, Bucarest, Editura Universit tii Titu Maiorescu, 2009, pp. 42-53.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la constitution », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Paris, Dalloz, 2012, pp. 733-764.

- CHAPPEZ, « La lutte internationale contre le blanchiment des capitaux d'origine illicite et le financement du terrorisme », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 542-562.
- CHARNEY, J., « Universal International Law », *AJIL*, vol. 87, 1993, pp. 529-551.
- CHARPENTIER, J., « Engagements unilatéraux et engagements conventionnels : différences et convergences », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 367-380.
- CHARPENTIER, J., « Les procédures de suivi dans le domaine du maintien de la paix. Les comités des sanctions du Conseil de sécurité », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 9-22.
- CHEVALLIER, J., « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, vol. 49, 2001, pp. 827-846.
- CHEVALLIER-GOVERS, C., « Les actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP*, vol. 105, n° 2, 2002, pp. 373-412.
- CHIMNI, B. S., « International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making », *EJIL*, vol. 15, n°1, 2004, pp. 1-37.
- CIAMPI, A., « Individual Remedies against Security Council Targeted Sanctions », *Italian Yearbook of International Law*, vol. XVIII, 2007, pp. 55-77.
- CLAES, E. et VANDAELE, A., « L'effet direct des traités internationaux – Une analyse en droit positif et en théorie du droit axé sur les droits de l'homme », *RBDI*, 2001, pp. 411-491.
- COHEN, H. G., « Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources », *Iowa Law Review*, vol. 93 n° 1, pp. 65-129.
- COMBACAU, J. « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Paris, Dalloz, 2012, pp. 405-439.
- COMBACAU, J., « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105.
- COMBACAU, J., « L'écoulement du temps », in SFDI, *Le droit international et le temps*, Colloque de Paris, Paris, Pedone, 2001, pp. 77-107.
- COMBACAU, J., « La souveraineté internationale de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, févr. 2001, pp. 113-118.
- COMBACAU, J., « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203.
- CONDORELLI, L., « Le pouvoir législatif du Conseil de sécurité vu à la 'loupe Salmon' », in *Droit du pouvoir, pouvoir de droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1229-1239.
- CONDORELLI, L., « Le Conseil de sécurité, les sanctions ciblées et le respect des droits de l'homme », in L. Boisson de Chazournes et M. G. Kohen (dir.), *Le droit international et la*

- quête de sa mise en œuvre. *Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, pp. 73-84.
- CONFORTI, B. « The Legal Effect of Non-Compliance with Rules of Procedure in the U.N. General Assembly and Security Council », *AJIL*, vol. 63, 1969, pp. 479-489.
- CONFORTI, B., « L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat », *AIDI (Session de Milan)*, Paris, Pedone, 1993, vol. 65-I, pp. 327-448.
- CORNU, E., « The Impact of Council of Europe Standards on the European Union », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 113-130.
- COSTA, O. et JØRGENSEN, K. E., « The Influence of International Organisations on the European Union: A Political Science Perspective », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 69-84.
- COTTIER, T., « A Theory of Direct Effect in Global Law », in A. von Bogdandy, P. C. Mavroidis et Y. Mény, *European Integration and International Co-Ordination : Studies in Transnational Economic Law in Honour Of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, pp. 99-123.
- CREMA, L., « Subsequent Agreements and Practice within the Vienna Convention », in G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 13-28.
- CZUCZAI, J., « The Autonomy of the EU Legal Order and the Law-Making Activities of International Organizations : Some Examples Regarding the Council's Most Recent Practice », *Yearbook of European Law*, vol. 31, n° 1, pp. 452-472.

- D -

- DAILLIER, P. « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, pp. 9-21.
- DAILLIER, P. et ZOLYNSKI, C., « Approche critique du vocabulaire juridique européen : qu'est-ce que la transposition ? », *Petites Affiches*, n° 205, 2008, p. 4.
- DAUGIRDAS, K., « International Delegations and Administrative Law », *Maryland Law Review*, vol. 66, n° 3, 2007, pp. 707-749.
- DAVID, E., « La portée juridique des actes institutionnels », *Thesaurus Acroasium*, Thessaloniki Institute of International Public Law, vol. XIX, 1992, pp. 229-256.
- DECAUX, E., « Coordination et suivi dans le système de protection des droits de l'homme des Nations Unies », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes/Paris, Sakkoulas/Pedone, 2000, pp. 229-246.
- DECAUX, E., « Le développement de la production normative : vers un« ordre juridique international » ? », in B. Badie et G. Devin (dir.), *Le multilatéralisme*, Paris, La Découverte, 2007, pp. 113-128.
- DEFFIGIER, C., « L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *RCDIP*, vol. 90, n° 1, janv.-mars, 2001, pp. 43-84.

- DEGAN, V., « Unilateral Act as a Source of Particular International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, pp. 149 -266.
- DEHAUSSY, J. et ASCENSIO, H., « Les actes unilatéraux et l'action normative des organisations internationales », *JCI Droit international*, Fascicule 14, cote 11-2005, sept. 2005.
- DELAS, O. et ROBICHAUD, M., « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis? », *RQDI*, vol. 21, n° 1, 2008, pp. 1-52.
- DELCOURT, C., « Le principe de coopération loyale entre les institutions dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *Liber amicorum J. Raux*, Rennes, Apogée, 2006, p. 459-480.
- DELUPIS, I., « The Legal Value of Recommendations of International Organisations », in W. E. Butler (dir.), *International Law and the International System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 47-65.
- DETTET, I., « The Effect of Resolutions of International Organizations », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 381-392.
- DIPLA, H., « Les résolutions du Conseil de sécurité imposant des mesures coercitives et leur mise en œuvre : quelques réflexions concernant la responsabilité des Etats », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 23-57.
- DOBBERT, J. P., « Decisions of International Organizations- Effectiveness in Member States. Some Aspects of the Law and Practice of the FAO », in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 206-276.
- DOBELLE, J.-F., « Le droit dérivé de l'OACI et le contrôle du respect de son application », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 453-491.
- DOEHRING, K., « Unlawful resolutions of the Security Council and their Legal Consequences », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, pp. 91-109.
- DOMINICÉ, C., « Le Conseil de sécurité et l'accès aux pouvoirs qu'il reçoit du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies », *ASDI*, 1995, pp. 417-439.
- DOMINICÉ, C., « La nature juridique des actes des organisations et des juridictions internationales et leurs effets en droit interne », in C. Dominicé, *Recueil d'études*, Paris, PUF, 1997, pp. 421-434.
- DOMINICÉ, C., « Valeur et autorité des actes des organisations internationales », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 441-461.
- DUBOUT, E. et TOUZE, S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 11-35.
- DUGARD, J., « The role of Human Rights Treaty Standards in Domestic Law: the Southern African Experience », in P. Alston et J. Crawford (dir.), *The future of UN human rights Treaty Monitoring*, Cambridge, CUP, 2000, pp. 269-286.

- DUGARD, J., « Judicial Review of Sanctions », in V. Gowlland-Debbas (dir.), *United Nations Sanctions and International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 83-91.
- DUPUIS, G., « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Dir. Cujas, 1977, pp. 205-213.
- DUPUY P.-M., « Sécurité collective et organisation de la paix », *RGDIP*, 1993, pp. 617-627.
- DUPUY, P.-M. et al., « Table ronde », in P.-M. Dupuy (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparé du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Dir. Panthéon Assas, 2001, pp. 63-93.
- DUPUY, P.-M., « Observations sur la pratique récente des "sanctions" de l'illicite », *RGDIP* vol. 87, n° 3, 1983, pp. 505-548.
- DUPUY, P.-M., « Quelques remarques sur l'évolution de la pratique des sanctions décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre du chapitre VII de la Charte », in V. Gowlland-Debbas, *United Nations Sanctions and International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 47-55.
- DUPUY, R.-J., « L'État et l'organisation internationale », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 13-30.
- DUPUY, R.-J., « L'ordre public en droit international », in R. Polin (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, Politiques d'aujourd'hui, 1996, pp. 103-116.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., « Le droit international fait-il partie du droit anglais ? : (réflexions sur les relations entre le droit international et le droit interne au Royaume-Uni à la lumière de l'appartenance communautaire de ce pays) », in D. Bardonnnet et al., *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, pp. 243-268.

- E -

- ECKES, C., « Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures: The *Yusuf* and *Kadi* Judgments of the Court of First Instance », *European Law Journal*, vol. 14, n° 1, 2008, pp. 74-92.
- ECKES, C., « The European Court of Justice and (Quasi-)Judicial Bodies of International Organisations », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 85-109.
- ECONOMIDÈS, C., « Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international », *AFDI*, vol. 34, 1988, pp. 131-145.
- ECONOMIDÈS, C., « Nature juridique des actes des organisations internationales et leurs effets en droit interne », *Revue Hellénique du Droit International*, 1970, pp. 225-238.
- EDWARD, D. « Direct Effect: Myth, Mess or Mystery », in J. M. Prins et A. A. M. Schrauwen (dir.), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, G.K. van Hogendorp Centre for European Constitutional Studies, Groningen, Europa Law Publishing, 2002, pp. 3-13.

- EDWARD, D., « Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations », in *Scritti in onore di Guiseppe Federico Mancini (Essays in honour of Guiseppe Federico Mancini)*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, vol. II, pp. 423-443.
- EISEMANN, P. M., « La contribution des États à la mise en œuvre des sanctions ; le cas de la France », in R. Mehdi (dir.), *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ? (Colloque des 10 et 11 décembre 1999)*, Paris, Pedone, 2000, pp. 67-85.
- EITEL, T., « The UN Security Council and its Future Contribution in the Field of International Law », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 4, 2000, pp. 53-71.
- ESTY, D. C., « Good Governance at the WTO: Building a Foundation of Administrative Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n° 3, 2007, pp. 509-527.

- F -

- FARAH, J. A., LIMA (DE), L., « Le Groupe d'Action Financière (GAFI) et sa 'liste noire' : punir sans juger ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 3, 2006, pp. 567-576.
- FASTENRATH, U., « Relative normativity in international law », *EJIL*, vol. 4, no. 3, 1993, pp. 305-340.
- FAWCETT, J. E. S., « Security Council Resolutions on Rhodesia », *BYIL*, vol. 41, 1965-1966, pp. 103-121.
- FAWCETT, J. E. S., « *Détournement de pouvoir* by International Organizations », *BYBIL*, 1957, pp. 311-317.
- FEINÄUGLE, C. A., « The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals? », in A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. Bernstorff et al (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2010, pp. 101-132.
- FERJANI, N. et HUET, V., « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *JDI*, n° 3, 2010, pp. 737-760.
- FERRAUD-CIANDET, N., « La Commission du *Codex Alimentarius* », *JDI*, vol. 136, n°4, 2009, pp. 1181-1212.
- FITZGERALD, G., « The International Civil Aviation Organization – A Case Study in the Implementation of Decisions of a Functional International Organization », in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 156-205.
- FITZMAURICE, G. G., « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl présentées au Professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXX-ème anniversaire*, La Haye, M. Nijhoff, 1958, pp. 153-176 (reproduit in M. Koskenniemi (dir.), *Sources of International Law*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000, pp. 57-80).
- FLAUSS, J.-F., « Les réserves aux résolutions des Nations Unies », *RGDIP*, vol. 85, 1982, pp. 5-37.
- FOCSANEANU, L., « La modification des statuts du Fonds monétaire international et la création des droits de tirage spéciaux », *AFDI*, vol. 15, 1969, pp. 490-521.

- FOCSANEANU, L., « Le droit interne de l'Organisation des Nations unies », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 315-349.
- FORCESE, C., « Hegemonic Federalism: The Democratic Implications of the UN Security Council's 'Legislative' Phase », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, 2007, pp. 175-197.
- FORTEAU, M., « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, n°4, 2007, pp. 737-770.
- FORTEAU, M., « Le dépassement de l'effet relatif de la Charte », in R. Chemain, A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, pp. 121-159.
- FORTEAU, M., « Les renvois inter-conventionnels », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 71-104.
- FORTEAU, M., « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à l'articulation du droit européen et du droit des Nations Unies », *RMCUE*, n° 259, 2009, pp.397-402.
- FORTEAU, M., « La levée et la suspension des sanctions internationales », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 57-84.
- FORTEAU, M., « La place des conventions internationales dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 587-609.
- FORTEAU, M., « Organisations internationales et sources du droit », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, pp. 257-285.
- FRANCK, T. M., « The 'Powers of Appreciation': Who is the Ultimate Guardian of UN Legality? », *AJIL*, vol. 86, 1992, pp. 519-523.
- FRANCK, T. M., « Can the United States Delegate Aspects of Sovereignty to International Regimes? », in T. M. Franck (dir.), *Delegating State Powers: The Effect of Treaty Regimes on Democracy and Sovereignty*, Irvington, NY, Transnational Publishers, 2000, pp. 1-17.
- FRENCH, A. D., « The interaction of Community and international law: similar, but different, or just different? », *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. 12, 2001, pp. 331-353.
- FRIEDRICH, J., « Legal Challenges of Nonbinding Instruments: The Case of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries », *German Law Journal*, vol. 9, n° 11, 2008, pp. 1539-1564.
- FRWEIN, J. A., « The Internal and External Effects of Resolutions by International Organisations », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 49, 1989, pp. 778-790.
- FRWEIN, J. A., « Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions, a Threat to Collective Security? », in V. Götz, P. Selmer, R. Wolfrum *et al.*, *Liber Amicorum Günther Jaenicke*, Berlin, Springer, 1998, pp. 97-112.

- G -

- GAJA, G., « Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial », *RGDIP*, 1993, pp. 297-320.

- GAJA, G., « Dualism – A Review », in J. E. Nijman et A. Nolkaemper (dir.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford, OUP, 2007, pp. 52-62.
- GAUDIN, H., « Un ordre juridique propre : l'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », *Annuaire de droit européen*, vol. 5, 2007, pp. 3-28.
- GENEVOIS, B., « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2012, p. 877-887.
- GERVAIS, A., « Constatations et réflexions sur l'attitude du juge administratif français à l'égard du droit international », *AFDI*, vol. 11, 1965, pp. 13-39.
- GESTRI, M., « Legal Remedies against Security Council Targeted Sanctions: *de Lege Lata* and *de Lege Ferenda* options for Enhancing the Protection of the Individual », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 25-53.
- GILL, T. D., « Legal and Some Political Limitations of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Power under Chapter VII of the Charter », *NYIL*, 1995, pp. 33-138.
- GLESS, S. et SCHFFNER, D. « Judicial Review of Freezing Orders due to a UN Listing by European Courts », in S. Braum et A. Weyembergh (dir.) *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Dir. de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 163-193.
- GOBBI, M., « Making Sense of Ambiguity: Some Reflections on the Use of Treaties to Interpret Legislation in New Zealand », *Statute Law Review*, vol. 23, n° 2, 2002, pp. 24-46.
- GODINHO, J., « When Worlds Collide: Enforcing United Nations Security Council Asset Freezes in the EU Legal Order », *European Law Journal*, vol. 16, n° 1, 2010, pp. 67-93.
- GOLD, J., « Certain Aspects of the Law and Practice of the International Monetary Fund in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 71-99.
- GOLD, J., « The Interpretation by the International Monetary Fund of its Articles of Agreement », *ICLQ*, vol. 3, n° 2, 1954, pp. 256-276.
- GOLD, J., « The Interpretation by the International Monetary Fund of its Articles of Agreement II », *ICLQ*, vol. 16, n° 2, 1967, p. 289-329.
- GOLDMANN, M., « Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority », *German Law Journal*, vol. 9, n° 11, 2008, pp. 1865-1908.
- GOWLLAND-DEBBAS, V., « Collective Security Revisited in light of the Flurry over UN Reform : an International Law Perspective », in V. Chetail et V. Y. Ghébal (dir.), *Conflicts, Sécurité et coopération: Liber Amicorum Victor-Yves Ghebali*, Bruylant, 2007, pp. 251-278.
- GOWLLAND-DEBBAS, V., « Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility », *ICLQ*, vol. 43, n° 1, 1994, pp. 55-98.
- GOWLLAND-DEBBAS, V., « Legal Significance of the Legitimizing Function of the United Nations : the Cases of Southern Rhodesia and Palestine », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 323-332.
- GOWLLAND-DEBBAS, V., « Security Council Enforcement Action And Issues of State Responsibility », *ICLQ*, vol. 43, n° 1, 1994, pp. 55-98.

- GRANT COHEN, H., « Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources », *Iowa Law Review*, vol. 93, 2007, pp. 65-129.
- GRARD, L., « L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 492-515
- GRARD, L., « L'Union européenne, sujet de droit international », *RGDIP*, 2006, vol. 110, n° 2, pp. 337-372.
- GROSS, L., « States as Organs of International Law and the Problem of Autointerpretation », in G.A. Lipsky (dir.), *Law and Politics in the World Community : Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley, University of California Press, 1953, pp. 59-89.
- GRUCHALLA-WESIERSKI, T., « A Framework for Understanding "Soft Law" », *Revue de droit de McGill*, vol. 37, 1984-1985, pp. 39-44.
- GUASTINI, R., « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in S. Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 109-118.
- GUASTINI, R., « *Lex superior*. Pour une théorie des hiérarchies normatives », *Revus*, n° 21, 2013, pp. 47-55.
- GUAZZAROTTI, A., « Security Council Resolutions before European Courts: The Elusive Virtue of Non Direct Effect », *Centro Studi sur Federalismo, Perspectives on Federalism*, vol. 4, n° 3, 2012, p. 148 p.
- GUILLAUME, G., « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des États des résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies prises en vertu du chapitre VII de la Charte », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 2, 1998, pp. 539-549.
- GUILLAUME, G., « Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales. Avis d'*amicus curiae* », *RFDA* 2012, pp. 19-26.
- GUILLAUME, G., « Le suivi de l'exécution des décisions de la Cour internationale de justice au sein des organisations internationales », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 123-134.
- GUTTERIDGE, F., « Notes on Decisions of the World Health Organization », in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 277-284.

- H -

- HAMROUNI, S., « Le droit international devant le juge constitutionnel », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, pp. 259-280.
- HARLOW, C., « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values », *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp.187-214.
- HARRINGTON, J., « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re)establishing a Role for Parliament », *MacGill Law Journal*, vol. 50, n° 3, 2005, pp. 465-509.
- HATHAWAY, O. A., « International Delegation and State Sovereignty », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, n° 1, pp. 115-150.

- HEISKANEN, V., « The Relation of International and Municipal Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 154-265.
- HELPER, L., « Nonconsensual International Lawmaking », *University of Illinois Law Review*, n° 1, 2008, pp. 71-125.
- HENKIN, L., « Resolutions of International Organizations in American Courts », in *Essays on the Development of the International Legal Order. In Memory of Haro F. van Panhuys*, Rockville, Sijthoff & Noordhoff, 1980, pp. 199-211.
- HENKIN, L., « Implementation and Compliance: Is Dualism Metastasizing? », in *ASIL Implementation, Compliance and Effectiveness*, Proceedings of the Annual Meeting (9-12 avril, 1997), vol. 91, 1997, pp. 515-518
- HERMIDA, J., « A Proposal Toward Redefining the Model of Application of International Law in the Domestic Arena », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, n° 2, 2003, pp. 489-510.
- HEXNER, E. P., « Interpretation by Public International Organizations of their Basic Instruments », *AJIL*, vol. 53, n° 2, 1959, pp. 341-370.
- HIGGINS, R., « Interprétations occidentales du concept d'organisation internationale (d'après les auteurs spécialisés) », in G. Abi-Saab (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, p. 209-222.
- HIGGINS, R., « Compliance with United Nations Decisions on Peace and Security and Human Rights Questions », in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 32-51.
- HIGGINS, R., « Dualism in the Face of a Changing Legal Culture », in M. Andenas et D. Fairgrieve (dir.), *Judicial Review in International Perspective: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague, Kluwer Law International, vol. II, 2000, pp. 9-22.
- HIGGINS, R., « The Role of Resolutions of International Organizations in the Process of Creating Norms in the International System », in W. E. Butler (dir.), *International Law and the International System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 21-30.
- HIGGINS, R., « The Concept of the 'State' : Variable Geometry and Dualist Perceptions », in L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas (dir.), *L'ordre juridique international, Un système en quête d'équité et d'universalité: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Nijhoff, 2001, pp. 547-562.
- HILPOLD, P., « UN Sanctions Before the ECJ: the Kadi Case », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, OUP, pp. 18-53.
- HOFFMEISTER, F., « Outsider or Frontrunner? Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organizations and Treaty Bodies », *CMLRev*, vol. 44, n° 1, 2007, pp. 41-68
- HOLDGAARD, R., « Principles of Reception of International Law in Community Law », *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pp. 263-314.
- HOSTERT, J., « Droit international et droit interne dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 », *AFDI*, vol. 15, 1969, pp. 92-121.

- I -

- ISANGA, J., « Counter-Terrorism and Human Rights: the Emergence of a Rule of Customary International Law from U.N. Resolutions », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 37, n° 2, 2009, pp. 233-255.
- IWASAWA, Y., « The Domestic Impact of international human rights standards: the Japanese Experience », in Alston, P. et Crawford, J. (dir.), *The future of UN human rights treaty monitoring*, Cambridge, CUP, 2000, pp. 245-268.

- J -

- JACKSON, J. H., « Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis », *AJIL*, vol. 86, 1992, pp. 310-340.
- JACKSON, J., « The WTO Dispute Settlement Understanding- Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation », *AJIL*, n° 1, 1997, pp. 60-64.
- JACQUÉ, J.-P. et RIGALDIES, F., « Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public », *Thémis*, n° 3, 1980-1981, pp. 417-451.
- JACQUÉ, J.-P., « L'Union européenne et les sanctions décidées par l'organisation des Nations unies », in R. Mehdi (dir.), *Les Nations Unies et les sanctions : quelle efficacité ?*, Colloque Aix-en-Provence, 10 et 11 déc. 1999, Paris, Pedone, 2000, pp. 63-66
- JACQUÉ, J.-P., « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 69, n° 1, 2007, pp. 3-37.
- JACQUET J.-M., « L'émergence du droit souple (ou le droit 'réel' dépassé par son double) », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2009, pp. 331-348.
- JENNINGS, R. Y., « Nullity and Effectiveness in International Law », in *Cambridge Essays in International Law : Essays in honour of Lord McNair*, Londres, Stevens & Sons, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publications, 1965, pp. 64-87.
- JOHNSTONE, I., « Law-Making through the Operational Activities of International Organizations », *George Washington International Law Review*, vol. 40, 2008, pp. 87-122.
- JOHNSTONE, I., « Legislation and Adjudication in the Un Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit », *AJIL*, vol. 102, n° 2, 2008, pp. 275-308.
- JOLIET, R., « La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques », *RFDA*, 1994, pp. 647-874.
- JOUANNET, E., « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *AFDI*, vol. 46, 2000, pp. 1-57.
- JOYNER, D., « The Security Council as a Legal Hegemon », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 43, n° 2, 2012, pp. 225-257.
- JUILLARD, P., « Le suivi des instruments OCDE du 21 juin 76 (déclaration et décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales) », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 182-195.

- K -

- KADELBACH, S. « Domestic Constitutional Concerns with Respect to the Use of Subsequent Agreements and Practice at the International Level », in G. Nolte (dir.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 145-153.
- KAISER, K., « WIPO's International Registration of Trademarks: An International Administrative Act Subject to Examination by the Designated Contracting Parties », *German Law Journal*, vol. 9, no. 11, 2008, pp. 1597-1624.
- KAMTO, M., « Europe intégrée et sanctions internationales : des Communautés européennes à l'Union européenne », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, n° 3, 1995, pp. 511-567.
- KANETAKE, M., « Enhancing Community Accountability of the Security Council through Pluralistic Structure: the Case of the 167 Committee », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 12, 2008, pp. 113-175.
- KARAGIANNIS, S., « Sanctions internationales et droit communautaire : à propos du règlement 1901/98 sur l'interdiction de vol des transporteurs yougoslaves », *RTDE*, vol. 35, n° 3, 1999, pp. 363-394.
- KAWASHIMA, Y., « Aspects of Illegal Acts of International Organizations », *Osaka Univ. Law Rev.*, vol. 16, 1968, pp. 13-35.
- KEITH, K. J., « International Law is Part of the Law of the Land : True or False ? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, n° 2, 2013, pp. 351-368.
- KELLER, H. et GROVER, L., « General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy », in H. Keller et G. Ulfstein (dir.), *UN Human Rights Treaty Bodies : Law and Legitimacy*, Cambridge, CUP, 2012, pp. 116-198.
- KELLY, J. P., « The Twilight of Customary International Law », *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, n° 2, 2000, pp. 449-544.
- KELSEN H., « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP*, 1936, pp. 5-49.
- KINGSBURY, B., « Global Administrative Law: Implications for Domestic Courts », in C. Geiringer et D. R. Knight, *Seeing the World Whole. Essays in Honour of Sir Kenneth Keith*, Wellington, Victoria University Press, 2008, pp. 101-125.
- KINGSBURY, B., « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », in E. B. Weiss (dir.), *International Compliance with Non-binding Accords*, Washington, ASIL, 1997, pp. 49-80.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N. et STEWART, R. B., « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-61.
- KIRBY, M., « International Law - The Impact of National Constitutions », 7th Annual Grotius Lecture, *The Grotius Lecture Series*, American Society of International Law, 30 mars 2005, reproduit in *American University International Law Review*, vol. 21, n° 3, 2006, pp. 327-364.
- KIRGIS, F. L., « The Security Council's First Fifty Years », *AJIL*, vol. 89, 1995, pp. 506-539.
- KLABBERS, J., « Checks and Balances in the Law of International Organizations », *Jus Gentium*, vol. 1, 2007, pp. 141-163.

- KLABBERS, J., « International Law in Community Law: the Law and Politics of Direct Effect », *Yearbook of European law*, vol. 21, 2001, pp. 263-298.
- KLEIN, P., « International Organizations or Institutions, Decision-Making Process », *Max Planck Encyclopedia of public international law*, édition en ligne, mars 2007.
- KLEIN, P., « Le Conseil de sécurité et la lutte contre le terrorisme : dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands ? », *RQDI*, hors-série, 2007, pp. 133-147.
- KNOP, K., MICHAELS, R., et RILES, A., « International Law in Domestic Courts: A Conflict of Laws Approach », *ASIL Proceedings of the Annual Meeting*, vol. 103, 2009, pp. 269-274.
- KOH, H. H., « Bringing International law Home », *Houston Law Review*, vol. 35, 1998, pp. 623-681.
- KOLASA, J ; « Some Remarks on the Concept of a Resolution and Decision of International Organizations », in J. Makarczyk (dir.) *Études de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, pp. 493-499.
- KOLB, R., « Nullité, inapplicabilité ou inexsistence d'une norme coutumière contraire au jus cogens universel », *RGDIP*, t. 117, n° 2, 2013, pp. 281-298.
- KOSKENNIEMI, M., « International Legislation Today: Limits and Possibilities », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 23, no.1, 2005, pp. 61-92.
- KRAMER, V., « Les actes unilatéraux dans le cadre de la jurisprudence internationale CDI », *Le droit international à l'aube du XXIe siècle - réflexions de codificateurs*, Nations Unies, 1997, pp. 137-161.
- KU, J. G., « International Delegations And The New World Court Order », *Washington Law Review*, vol. 81, n° 1 févr. 2006, pp. 1-70.
- KU, J. G., « The Delegation of Federal Power to International Organizations: New Problems with Old Solutions », *Minnesota Law Review*, vol. 85, n° 71, 2000, pp. 71-145.
- KUIJPER, J. P., « Customary International Law, Decisions of International Organisations and Other Techniques for Ensuring Respect for International Legal Rules in European Community Law », in J. Wouters, A. Nollkaemper, E. de Wet (dir.), *The 'Europeanisation' of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 87-106.
- KUIJPER, J. P., « Les mesures commerciales à l'encontre d'États tiers. Tendances de la pratique », in Pingel, I. (dir.), *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, Paris, Pedone, 2006, PP. 83-98.
- KUIJPER, P. J et HOFFMEISTER, F., « WTO Influence on EU Law: Too Close for Comfort? », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 131-158.

- L -

- LABAYLE, H. et MEHDI, R., « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme : les « blacks lists » de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice », *RTDE*, vol. 45, 2009, pp. 231-265.
- LACHS, M., « Le rôle des organisations internationales dans la formation du droit international », in *Mélanges offerts à Henri Rolin : problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 157-170.
- LAGHMANI, S., « Droit international et droits internes : vers un renouveau du *jus gentium* ? », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, pp. 23-44.
- LAGRANGE, E., « La catégorie 'organisation internationale' », in E. Lagrange, J.-M. Sorel, (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 35-50.
- LALIVE, P., « L'ordre public transnational et l'arbitre international », in G. Venturini et S. Bariatti (dir.), *Nouveaux instruments du droit international privé. Liber Fausto Pocar*, Milan, Giuffrè, 2009, pp. 599-611.
- LANFRANCHI, M.-P., « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 31-57.
- LATTY, F., « L'ordre public sans l'État. Quelques remarques sur un oxymore en trompe-l'œil », in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Paris, Dir. Cujas, 2013, pp. 21-31.
- LAUTERPACHT, E., « Implementation of Decisions of International Organizations through National Courts », in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 57-65.
- LAUTERPACHT, E., « The Legal Effect of Illegal Acts of International Organisations », in *Cambridge Essays in International Law : Essays in honour of Lord McNair*, Londres, Stevens & Sons, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publications, 1965, pp. 88-121.
- LAVRANOS, N., « UN Sanctions and Judicial Review », in J. Wouters, A. Nollkaemper, E. de Wet (dir.), *The Europeanisation of International Law: the Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 343-359.
- LEBEN, Ch., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39.
- LENOIR, N., « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », in P.-M. Dupuy (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparé du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Dir. Panthéon Assas, 2001, pp. 11-30.
- LEONARD, S. et KAUNERT, C., « 'Between a Rock and a Hard Place?': The European Union's Financial Sanctions against Suspected Terrorists, Multilateralism and Human Rights », *Cooperation and Conflict*, vol. 47, n° 4, 2012, pp. 473-494.
- LIIVOJA, R., « The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter », *ICLQ*, vol 57, n° 3, 2008 pp 583-612.
- LLOPIS, A. P., « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis », *RGDIP*, vol. 109, n° 2, 2005, pp. 609-642.
- LOWE, A. V., « Shadows in the Cave: The Nature of International Law when it Appears before English Courts », in K.H. Kaikobad et M. Bohlander (dir.), *International Law &*

Power, Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honor of Colin Warbrick, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 125-139.

LUKASUK, I. I., « Recommendations of International Organisations in the International Normative System », in W. E. Butler (dir.), *International Law and the International System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 31-45.

- M -

MACLACHLAN, C., « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, vol. 54, n° 2, 2005, pp. 279-319.

MAHINGA, J.-G., « L'opposabilité des normes et actes juridiques en droit international », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 70, 1994, pp. 301-343.

MALENOVSKY, J., « Dix ans après la chute du Mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des pays d'Europe centrale et orientale », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 29-54.

MALONE, D. et COCKAYNE, J., « The UN Security Council: 10 Lessons from Iraq on Regulation and Accountability », *Journal of International Law & International Relations*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 1-24.

MANIN, A., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 août 1972 dans l'affaire relative à l'appel concernant la compétence du Conseil de l'O.A.C.I. », *AFDI*, vol. 19, 1973, pp. 290-319.

MANN, F. A., « The 'Interpretation' of the Constitutions of International Financial Organizations », *BYIL*, 1968-1969, pp. 1-19.

MARCOFF, M., « Les règles d'applicabilité indirecte en droit international », *RGDIP*, n° 2, 1976, pp. 385-424.

MAREK, K., « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale », *RGDIP*, 1962, pp. 260-298.

MARTENCZUK, B., « Decisions of Bodies Established by International Agreements and the Community Legal Order », in V. Kronenberger (dir.), *The European Union and the international legal order : discord or harmony?*, La Haye, TMC Asser Press, 2001, pp. 141-163.

MARTHA, R. S. J., « Challenging Acts of INTERPOL in Domestic Courts », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, pp. 206-238.

MARTINEZ, L. M. H., « The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political And Practical Limits », *ICLQ*, vol. 57, n° 2, 2008, pp. 333-359.

MATHIEU, B., « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juil. 2011, pp. 45-66.

MATRINGE, J., « Les actes unilatéraux des organisations internationales devant le juge français », in G. Cahin, F. Poirat et S. Szurek (dir.), *La France et les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2013, pp. 85-120.

- MATRINGE, J., « Problèmes et techniques de mise en œuvre des sanctions économiques de l'ONU en droit interne », in L.-A. Sicilianos, L. Picchio Forlati (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 637-681.
- MAYER, P., « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, vol. 38, n° 2, 1986, pp. 467-485.
- MAZIAU, N., « L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie. Le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *RGDIP*, vol. 106, n° 3, 2002, pp. 549-579.
- MAZIAU, N., « La réception du droit international (public) par la Cour de cassation », *JDI*, 2013-3, pp. 791-820.
- MBENGUE, M. M., « Technique de l'*opting out* : acceptation par les États des normes techniques internationales », in E. Brosset et È. Truilhé-Marengo (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale : entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La documentation française, 2006, pp. 121-152.
- McLACHLAN, C., « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, vol. 54, n° 2, 2005, pp. 279-319.
- McMAHON, J. F., « The Legislative Techniques of the International Labour Organization », *BYIL*, vol. 41, 1965-1966, pp. 1-102.
- MENA PARRAS, F. J., « Retour sur Kadi: de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies », *Cahiers de Droit européen*, vol. 46, n° 5-6, pp. 683-729.
- MENDEZ, M., « The Legal Effect of Community Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques », *EJIL*, vol. 21, 2010, pp. 83-104.
- MERLE, M., « Le contrôle exercé par les organisations internationales sur les activités des États membres », *AFDI*, vol. 5, 1959, pp. 411-431.
- MERLE, M., « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *AFDI*, vol. 4, 1958, pp. 341-360.
- MEUWISSEN, D. H. M., « The Relationship between International Law and Municipal Law and Fundamental Rights », *NILR*, 1977, pp. 189-204.
- MILANOVIĆ, M., « Norm Conflict in International Law : Whither Human Rights ? », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, 2009, pp. 69-132.
- MILLARD, E., « La hiérarchie des normes », *Revus*, n° 21, 2013, en ligne : <http://revus.revues.org/2681>, p. 163-199 (dernière consultation : 5 octobre 2014).
- MILLET, F.-X., « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in E. Lagrange, A. Hamann et J.-M. Sorel (dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, pp. 27-54.
- MINET, A., « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », *RFDA*, n° 5, nov. 2013, pp. 1082-1095.
- MIRON, A., « L'application par les juges des autres États », in J.-M. Thouvenin et A. Trebilcock (dir.), *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, T. 1 : Particularités du droit international social, Bruxelles, Bruylant, pp. 550-589.

- MIRON, A., « Les ‘sanctions ciblées’ du Conseil de sécurité des Nations Unies – Réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de sécurité », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 355-366.
- MIRON, A., « Les actes unilatéraux des organisations internationales (hors les résolutions du Conseil de sécurité) », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 668-685.
- MORGENSTERN, F. « Legality in International Organizations », *BYBIL*, vol. 48, 1976-77, pp. 241-257.
- MOULIER, I., « L'ordre public international », in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Paris, Dir. Cujas, 2013, pp. 85-96.
- MURASE, S. D., « Unilateral Measures and the Concept of Opposability in International Law », in K. Koufa (dir.), *Might and right in international relations*, Thesaurus Acroasium, vol. 28, Thessalonique, Sakkoulas, 1999, pp. 397-454.
- MURPHY, S. D., « The Relevance of Subsequent Agreements and Practice for Treaty Law to Date and in the Future », in G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 82-94.
- MURPHY, S. D., « Does International Law Obligate States to Open Their National Courts », in D. Sloss (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, CUP, 2009, pp. 61-119.
- MURPHY, S. D., « Reflections on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Interpreting Security Council Resolution 1244 (1999) », *GWU Legal Studies Research Paper*, n° 2013-118, 44 p. (publié également in M. Wood et M. Milanovic (dir.), *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*, à paraître).

- N -

- NAFZIGER, A. R. et WISE, E. M., « The Status in United States Law of Security Council Resolutions Under Chapter VII of the United Nations », *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, pp. 421-436.
- NEFRAMI, E., « Accords internationaux. - Fondements. Élaboration. - Liens conventionnels », *JCI Europe*, Fascicule 192-1, août 2011.
- NEFRAMI, E., « Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *JCI Europe*, Fascicule 192-2, août 2011.
- NEUMAN, G. L., « The Uses of International Law in Constitutional Interpretation », *AJIL*, vol. 98, n° 1, 2004, pp. 82-90.
- NOLLKAEMPER, A. et ALEBEEK (VAN), R., « The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law », in H. Keller et G. Ulfstein (dir.), *UN Human Rights Treaty Bodies : Law and Legitimacy*, Cambridge, CUP, 2012, pp. 356-413.
- NOLLKAEMPER, A., « The European Courts and the Security Council: Three Replies », *EJIL*, vol. 20, n° 3, 2009, pp. 862-870.
- NOLLKAEMPER, A., « Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », *AJIL*, vol. 101, n° 4, 2007, pp. 760-799.

NORODOM, A.-T., « Typologie des résolutions de l'O.N.U. créatrices de Droit international général », in J. Crawford et S. Nouwen (dir.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 3, 4^e conférence biannuelle de la Société européenne de droit international, 2-4 septembre 2010, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 103-114.

- O -

O'KEEFE, R., « The Doctrine of Incorporation Revisited », *BYIL*, vol. 89, 2008, pp. 7-85.

ÖBERG, M. D., « The Legal Effects of United Nations Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion », *AJIL*, vol. 105, n° 1, 2011, pp. 81-90.

OLIVIER, M. E., « Exploring the Doctrine of Self-execution as Enforcement Mechanism of International Obligations », *South African Yearbook of International Law*, vol. 27, 2002, pp. 99-119.

ORAKHELASHVILI, A., « The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review », *Max-Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007, pp. 143-195.

ORAKHELASHVILI, A., « The Idea of European International Law », *EJIL*, vol. 17, n° 2, 2006, pp. 315-347.

ORAKHELASHVILI, A., « Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice », *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, n° 3, 2010, pp. 823-842.

OSIEKE, E., « The Legal Validity of *Ultra Vires* Decisions of International Organizations », *AJIL*, vol. 77, 1983, pp. 239-256.

OSIEKE, E., « *Ultra Vires* Acts in International Organizations – the Experience of the International Labour Organization », *BYIL*, vol. 48, 1976-77, pp. 259-280.

OUALI, A. El, « La sentence internationale directement applicable », in D. Bardonnet (dir.), *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, Paris, Pedone, pp. 269-292.

- P -

PAPASTAVRIDIS, E., « Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis », *ICLQ*, vol. 56, n° 1, 2007, pp. 83-118.

PARDINI, J., « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in *Communicabilité entre les ordres juridiques. Mélanges en l'honneur du Doyen Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 131-15.

PAULUS, A. L., « The Emergence of the International Community and the Divide Between International and Domestic Law », in J. E. Nijman et A. Nollkaemper (dir.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford, OUP, 2007, pp. 216-250.

PAUST, J. J., « Customary International Law and Human Rights Treaties Are Law of the United States », *Michigan J.I.L.*, 1999, pp. 301-336.

PAUST, J. J., « Self-executing Treaties », *AJIL*, vol. 82, n° 2, 1988, pp. 760-783.

PELLET, A. « Judicial Settlement of International Disputes », in R. Wolfrum et al. (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, OUP, 2012, vol. VI, pp. 526-546.

- PELLET, A. « Les sanctions de l'Union européenne », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 431-455.
- PELLET, A., « Article 38 », in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat et K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2012, pp. 731-870.
- PELLET, A., « Le bon droit et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international) », in *Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493.
- PELLET, A., « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », *EJIL*, vol. 6, 1995, pp. 401-425.
- PELLET, A., « Le droit international à l'aube du XXI^{ème} siècle (La société internationale contemporaine – permanences et tendances nouvelles) », cours fondamental, in *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. I, 1997, Aranzadi, Pampelune, 1998, pp. 19-112.
- PELLET, A., « Legitimacy of Legislative and Executive Actions of International Institutions » in R. Wolfrum et V. Röben (dir.), *Legitimacy in international Law*, Springer, Berlin, 2008, pp. 63-82.
- PELLET, A., « Vous avez dit 'monisme'? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.
- PELLET, A. et MIRON, A., « 'Nationalisation' du droit international et particularismes constitutionnels français », in P. d'Argent, B. Bonafè, J. Combacau (dir.), *Les limites du droit international - essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 353-373.
- PESCATORE, P., « Monisme, dualisme et 'effet utile' dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne », in N. Colneric (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, pp. 329-342.
- PETERS, A., « The position of international law within the European Community Legal Order », *German yearbook of international law*, vol. 40, 1997, pp. 9-77.
- PETERS, A., « L'acte constitutif de l'organisation internationale », in É. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, pp. 201-245.
- PETERS, A., « Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law », *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 3, n° 3, 2009, pp. 170-198.
- PETERSEN, N., « The Reception of International Law by Constitutional Courts through the Prism of Legitimacy », Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, n° 39, 2009, 29 p.
- PETROCHILOS, G., « The Relevance of the Concepts of War and Armed Conflict to the Law of Neutrality », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, n° 3, 1998, pp. 575-615.
- PFERSMANN, O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, pp. 279-334.

- PFERSMANN, O., « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Paris, Dalloz, 2012, pp. 483-528.
- PICARD, E., « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du Juge. Actes du colloque co-organisé au Sénat par l'UBO et Paris 13 Paris-Nord*, le 29 et 30 sept. 2006, Publications du Sénat, coll. « Les colloques du Sénat », 2008, pp. 42-147.
- PICOD, F., « Droit au juge et voies de droit communautaire », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 907-920.
- PINON, S., « L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Regard sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *RTDE*, vol. 44, n° 2, 2008, pp. 283-287.
- POCAR, F., « Legal Value of the Human Rights Committee's Views », *Canadian Human Rights Yearbook*, 1991-1992, pp. 119-123.
- POIARES MADURO, M., « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 199-213.
- POILLOT PERUZZETTO, S., « Le droit international devant le juge français: la mesure de l'ouverture du système juridique français », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, pp. 291-306.
- POLI, S., et TZANOÛ, M., « The Kadi Rulings: A Survey of the Literature », *Yearbook of European Law*, vol. 28, n° 1, 2009, pp. 533-558.
- PUIG, P., « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.*, n° 4, déc. 2001, pp. 749-794.

- R -

- RASPAIL, H., « Contrôle de validité des actes juridiques des organisations internationales », in É. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, pp. 937-967.
- RAU, M., « NATO's New Strategic Concept and the German Federal Government's Authority in the Sphere of Foreign Affairs. The Decision of the Federal Constitutional Court of 22 November 2001 », *GYIL*, vol. 44, 2000, p. 544.
- RAYMOND, G., « Le dernier territoire sous tutelle : les îles du Pacifique », *AFDI*, vol. 34, 1988, pp. 454-474.
- REINISCH, A., « Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions », *AJIL*, vol. 95, no. 4, 2001, pp. 851-872.
- REINISCH, A., « Introduction and Conclusion », in Reinisch A. (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, OUP, 2010, pp. 1-17 et 258-273.
- REINISCH, A., « The International Relations of National Courts : a Discourse on International Law Norms on Jurisdictional and Enforcement Immunity », in *The Law Of*

- International Relations : Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007, pp. 289-309.
- REISMAN, M. et PULKOWSKI, D., « Nullity », *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, édition en ligne, septembre 2006.
- REUTER, P., « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel national », in P. Reuter et al (dir.), *L'application du droit international par le juge français*, Paris, A. Colin, 1972, pp. 17-42.
- RICHMOND, H. (Baroness), « Human Rights in the Age of Terrorism: The Democratic Dialogue in Action », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 39, 2008, pp. 383-404.
- RIDEAU, J., « Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes. Situation dans les États membres autres que la France », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 3, 1990, pp. 425-454.
- RIDEAU, J., « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la CJCE : réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et national », *RGDIP*, 1990, pp. 289-418.
- RIDEAU, J., « Ordre juridique de l'Union européenne. Sources écrites », *JCI Europe*, Fascicule 192-1, novembre 2011.
- RIEDEL, E., « Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? », *EJIL*, 1991, n° 2, pp. 58-84.
- RIGALDIÈS, F., « Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public », *Thémis*, n° 3, 1980-1981, pp. 417-451.
- RISSENFELD, S. A., « The Doctrine of Self-Executing Treaties », *AJIL*, 1980, pp. 892-904.
- RITLENG, D., « De l'irresponsabilité extracontractuelle de la Communauté », in J.-C. Masclet et al (dir.), *L'Union européenne : union de droit, union des droits : mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 921-932.
- RIVIER, R., « L'utilisation d'autres formes d'"organisation internationale" », *RGDIP*, n° 3, 2012, pp. 483-509.
- RIVIER, R., « Le 'Guide de la pratique' ou la codification d'une vision du droit international », in SFDI, *Actualités des réserves aux traités*, Journée d'études de Nanterre du 15 nov. 2013, Paris, Pedone, 2014, pp. 45-64.
- RIVIER, R., « Les maîtres 'dualistes' et la Cour européenne des droits de l'homme, quel lien de filiation ? À propos du dualisme des 'origines', de ses dérivés et de ses applications », in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville et J. E. Viñuales, *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 321-355.
- RÖBEN, V., « The Enforcement Authority of International Institutions », in A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. Bernstorff et al (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2010, pp. 819-842.
- ROBERTS, A., « Comparative International Law? The Role of National Courts in International Law », *ICLQ*, vol. 60, n° 1, 2011, pp. 57-92.

- RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., « Le droit interne devant le juge international et communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amoricum P. Pescatore*, Baden- Baden, Nomos Verlag, 1987, pp. 583-600.
- ROSAND, E., « The Security Council as “Global Legislator”: *Ultra Vires* or *Ultra Innovative?* », *Fordham International Law Journal*, Volume 28, n° 3, 2004, pp. 542-590.
- ROSAND, E., « The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions », *AJIL*, vol. 98, 2004, pp. 745-763.
- ROSAS, A., « The European Court of Justice and Public International Law », in J. WOUTERS, Nollkaemper et E. De Wet (dir.), *The 'Europeanisation' of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 71-85.
- ROSEBERG, D., « Les sanctions financières contre les Etats tiers. Essai de typologie », in I. Pingel (dir.), *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, Paris, Pedone, 2006, pp. 99-128.
- ROSENFELD, M., « Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 415-455.
- ROSENFELD, M., « Repenser l'ordonnement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique », in H. Ruiz Fabri, M. Rosenberg (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de Législation Comparée, 2011, pp. 93-144.
- ROSENFELD, E. et VEIL, J., « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, n° 128, 2009/1, pp. 61-73.
- ROSSEM (VAN), J. W., « Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi* : The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 40, déc. 2009, pp. 183-227.
- ROSSEM (VAN), J. W., « The Autonomy of EU Law : More is Less ? », in R. A. Wessel and S. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 13-46.
- ROUSSEAU, Ch., « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, vol. 39, 1932, p. 133-191.
- ROUX, J., « Quel statut pour le droit communautaire dans l'ordre juridique national ? », *Annuaire de droit européen*, vol. 5, 2007, pp. 141-161.
- RUIZ-FABRI, H., « Subsequent Agreements and Practice: Domestic Constitutions, Courts, and Legitimacy », in G. Nolte (dir.), *Treaties and subsequent practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 160-168.
- RUIZ-FABRI, H., « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 3, pp. 881-947.
- RUZIÉ, D., « Le juge français et les actes des organisations internationales », in P. Reuter et al. (dir.), *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Armand Collin, 1972, pp. 103-126.

- SABLIÈRE, P., « Une nouvelle source de droit ? Les ‘documents référents’ », *AJDA*, n° 2, 2007, p. 66-74.
- SALES, P. et CLEMENT, J., « International Law in Domestic Courts: the Developing Framework », *The Law Quarterly Review*, vol. 124, 2008, pp. 388-421.
- SANTULLI, C., « Qu’est-ce qu’une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l’O.R.D. », *AFDI*, vol. 46, 2000. pp. 58-81.
- SANTULLI, C., « Retour à la théorie de l’organe commun : réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas de l’ALBA et de la CELAC, comparées notamment à l’Union européenne et à l’O.N.U », *RGDIP*, vol. 116, n° 3, 2012, pp. 565-578.
- SANTULLI, C., « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 50, 2004, pp. 564-579.
- SAROOSHI, D., « The Legal Framework Governing United Nations Subsidiary Organs », *BYIL*, 1996, pp. 413-478.
- SCHACHTER, O., « Towards a Theory of International Obligation », in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 9-31 (reproduit in M. Koskeniemi (dir.), *Sources of international law*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000, pp. 3-26).
- SCHACHTER, O., « United Nations Law », *AJIL*, vol. 88, 1994, pp. 1-22.
- SCHEININ, M., « International Mechanisms and Procedures for Implementation », in R. Hanski et S. Markku (dir.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights : A Textbook*, 2^e éd., Turku, Åbo Akademi University, 1999, pp. 451-452.
- SCHERMERS, H. G., « International Organizations and the Law of Treaties », *GYIL*, vol. 42, 1999, pp. 56-65.
- SCHERMERS, H. G., « The Legal Bases of International Organization Action », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 401-411.
- SCHILD, F. D., « The Influence of the Food and Agriculture Organization (FAO) on the EU Legal Order », in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 217-241.
- SCHOTT, J., « Chapter VII as Exception: Security Council Action and the Regulative Ideal of Emergency », *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 6, 2007, pp. 24-176.
- SCHREUER, C. H., « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », *BYIL*, vol. 45, 1971, pp. 255-301.
- SCHREUER, Ch., « The Relevance of United Nations Decisions in Domestic Litigation », *ICLQ*, vol. 27, n°1, 1978, pp. 1-17.
- SCHÜTZE, R., « The “Succession Doctrine” and the European Union », in A. Arnulf *et al.* (dir.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 459-484.

- SCHWEBEL, S., « The Legal Effects of Resolutions and Codes of Conduct of the United Nations », *Forum Internationale*, n° 7, octobre 1985, pp. 3-15.
- SCHWEITZER, T. A., « The United Nations as a Source of Domestic Law: Can Security Council resolutions be Enforced in American Courts? », *Yale Studies of World Public Order*, vol. 4, 1977-1978, pp. 162-273.
- SCOVAZZI, T., « The enforcement in the Mediterranean of United Nations resolutions on large-scale driftnet fishing », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2, 1998, pp. 365-385.
- SENA (DE), P. et VITUCCI, M. C., « The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL*, vol. 20, n° 3, 2009, pp. 889-896.
- SHANY, Y., « No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary », *EJIL*, vol. 20, n° 1, 2009, pp. 73-90.
- SHELTON, D., « International Law and ‘Relative Normativity’ », in M. Evans (dir.), *International Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2010, pp. 137-165.
- SHELTON, D., « Normative Hierarchy in International Law », *AJIL*, vol. 100, 2007, pp. 291-323.
- SHELTON, D., « The Legal Status of Normative Pronouncements of Human Rights Treaty Bodies », in *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. 1, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 553-575.
- SHOCKEY, G. R. Jr., « Enforcement in United States Courts of the United Nations Council for Namibia’s Decree on Natural Resources », *Yale Studies in World Public Order*, vol. 2, 1976, pp. 285-339.
- SICILIANOS, L. A., « Les mécanismes de suivi au sein du Conseil de l’Europe », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L’effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 247-272.
- SINCLAIR, I. M., « The Principles of Treaty Interpretation and their Application by the English Courts », *ICLQ*, vol. 12, p. 1963, pp. 508-551.
- SKUBISZEWSKI, K., « Enactment of Law by International Organizations », *BYIL*, vol. 41, 1965-1966, pp. 198-274.
- SKUBISZEWSKI, K., « Recommendations of the United Nations and Municipal Courts », *BYIL*, vol. 46, 1972-1973, pp. 353-364.
- SKUBISZEWSKI, K., « L’élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative. Résolutions de l’Assemblée générale des Nations unies », Institut du Droit International, travaux de la session d’Helsinki, 1985 *Annuaire de l’I.D.I.*, vol. 61, t. II, pp. 29-241.
- SLAUGHTER, A.-M., « Judicial Globalization », *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 40, 2000, pp. 1103-1124.
- SLAUGHTER, A.-M., et BURKE-WHITE, W., « The Future of International Law is Domestic », in Nolkaemper, A. et Nijman, J. (dir.), *New Perspectives on the Divide between International and National Law*, Oxford, OUP, 2007, pp. 110-133.

- SMRKOLJ, M. « International Institutions and Individualized Decision-Making: an Example of UNHCR's Refugee Status Determination », *German Law Journal*, vol. 9, n° 11, 2008, pp. 1779-1803.
- SOMMER, J., « Environmental Law-Making by International Organisations », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 56, 1996, pp. 628-667.
- SOREL, J.-M., « Conclusions. La sanction en droit communautaire : nouvelles variations sur une inconnue célèbre », in I. Pingel (dir.), *Les sanctions contre les États en droit communautaire*, Pedone, 2006, pp. 147-158.
- SOREL, J.-M., « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », in SFDI, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les nouveaux aspects de la sécurité collective*, colloque SFDI de Rennes (juin 1994), Paris, Pedone, 1995, pp. 3-58.
- SOREL, J.-M., « La puissance normative des mesures de suivi au sein du FMI et de la Banque Mondiale », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 197-212.
- SOUSSAN, A., « Coutume internationale et droit communautaire », in M. Benlolo-Carabot, U. Candaş et E. Cujo (dir.), *Union européenne et Droit international : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 655-667.
- SPERDUTI, G., « Dualism and Monism: A Confrontation to Be Overcome », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 3, 1977, pp. 31-49.
- SPERDUTI, G., « La personne humaine et le droit international », *AFDI*, vol. 7, 1961, pp. 41-162.
- STARKE, J. G., « The Concept of Opposability in International Law », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 5, 1968-69, pp. 1-4.
- STEIN, E., « Application and Enforcement of International Organization Law by National Authorities and Courts », in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 66-70.
- STEIN, E., « International Integration and Democracy: No Love at First Sight », *AJIL*, vol. 95, No. 3, 2001, pp. 489-534.
- STEIN, T., « Too 'Smart' for Legal Protection? UN Security Council's Targeted Sanctions and a Pladoyer for Another Tribunal », in *Coexistence, Cooperation and Solidarity : Liber Amicorum RüDiger Wolfrum*, vol. 2, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 1527-1541.
- STEINHARDT, R. G., « The Role of International Law as a Canon of Domestic Statutory Construction », *Vanderbilt Law Review*, vol. 43, 1990, pp. 1103-1197.
- STERN, B., « Conclusions », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 111-119.
- STERN, B., « Interpretation in International Trade Law », in M. Fitzmaurice, O. Elias et P. Merkouris (dir.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2010, pp. 111-128.
- STERN, B., « L'affaire du bureau de l'O.L.P. devant les juridictions internes et internationales ». *AFDI*, vol. 34, 1988, pp. 165-194.

- SUBEDI, S. P., « The Doctrine of Objective Regimes in International Law and the Competence of the United Nations to Impose Territorial or Peace Settlements on States », *German Yearbook of International Law*, vol. 37, 1994, pp. 162-205.
- SUR, S., « Progrès et limites de la réception du droit international en droit français », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, pp. 227-243.
- SUR, S., « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, n° 4, 1985, pp. 903-928.
- SUY, E., « The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms », in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung-Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, pp. 267-277.
- SWAINE, E. T., « The Constitutionality of International Delegations », *Columbia Law Review*, vol. 104, n° 6, 2004, pp. 1492-1614.
- SZUREK, S., « Du particularisme à l'autonomie ? Esquisse des rapports du droit international public et du droit communautaire », *Annuaire de droit européen*, vol. 5, 2007, pp. 57-92.

- T -

- TALMON, S., « Adaptation of Treaties by the Security Council and the Rule of Law », *ASIL Proceedings*, vol. 103, 2009, pp. 249-252.
- TALMON, S., « The Security Council as World Legislature », *AJIL*, vol. 99, no. 1, 2005, pp. 175-193.
- TAXIL, B., « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France », *RIDC*, n° 1, 2007, pp. 157-176.
- TERESI, L., « Remarques sur la lecture des arrêts de cassation du Conseil d'État », *RFDA*, n°1, 2010, pp. 99-115.
- THIERRY, H., « Le suivi des décisions juridictionnelles dans l'ordre international – conclusions », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 175-178.
- THOMAS, C., OELTZ, M. et BEAUDONNET, X., « The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications », in J.-C. Javillier et B. Gernigon (dir.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, Bureau international du travail, 2004, pp. 249-285.
- THOUVENIN, J.-M., « Les décisions du Conseil de sécurité en procès », in *Liber amicorum Jean-Pierre Cot : le procès international*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 309-321.
- THOUVENIN, J.-M., « Pas de refuge pour la grande piraterie », in R. Casado Raigon et G. Cataldi (dir.), *L'évolution et l'état actuel du droit international de la mer. Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 887-905.
- THOUVENIN, J.-M., « Sanctions économiques et droit international », *Droits*, n° 57, 2013, pp. 161-175.

- TIETJE, C., « The Status of International Law in the European Legal Order: the Case of International Treaties and Non-binding International Instruments », in J. Wouters, A. Nollkaemper et E. de Wet (dir.), *The 'Europeanisation' of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 55-69.
- TIGROUDJA, H., « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA*, n° 1, 2003, pp. 154-168.
- TIMMERMANS, C., « Un nouveau chapitre sur l'invocabilité des directives », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissechet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 291-302.
- TOMUSCHAT, C., « Le juridisme fait place à la politique : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 juil. 1994 sur l'envoi à l'étranger de forces armées allemandes », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 371-378.
- TOMUSCHAT, C., « The *Kadi* Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order? », *Yearbook of European Law*, vol. 28, 2010, pp. 654-663.
- TOMUSCHAT, Ch., « Foreign Policy Issues before Domestic Courts : the Rule of Law under Challenge », in A. Reinisch et U. Kriebaum (dir.), *The Law of International Relations : Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2007, pp. 415-435.
- TOUBLANC, A., « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, vol. 108, n° 2, 2004, pp. 439-462.
- TOUZÉ, S., « Entre particularismes et autonomie. Droit européen des droits de l'homme et droit international », *Annuaire de droit européen*, vol. 5, 2011, pp. 121-140.
- TRABUCCHI, A., « L'effet *erga omnes* des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1974, pp. 56-87.
- TREVES, T., « Les décisions d'interprétation des statuts du Fonds monétaire international », *RGDIP*, vol. 79, 1975, pp. 5-24.
- TREVES, T., « The Security Council as Legislator », in A. Constantinides et N. Zaikos (dir.), *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 61-70.
- TROPER, M., « Le pouvoir constituant et le droit international », in *L'internationalisation du droit constitutionnel, Recueil des cours de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel*, vol. 16, 2007, pp. 357-409.
- TUNKIN, G. I., « Remarks on the Primacy of International Law in Politics », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 455-464.
- TUNKIN, G. I., « The Role of Resolutions of International Organisations in Creating Norms of International Law », in W. E. Butler (dir.), *International Law and the International System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 5-19.
- TZANAKOPOULOS, A., « Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions », in A. Reinisch (dir.), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, pp. 54-76.

TZANAKOPOULOS, A., « Domestic Courts in International Law: the International Judicial Function of National Courts », *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, pp. 101-135.

TZANAKOPOULOS, A., « Judicial Dialogue in Multi-level Governance: the Impact of the Solange Argument' in FAUCHALD, O.K. and NOLLKAEMPER, A. (dir.) *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Hart, Oxford, 2012, pp. 185-215.

- U -

UERPMANN, R., « Implementation of United Nations Human Rights Law by German Courts », *German Yearbook of International Law*, vol. 46, 2003, pp. 87-122.

- V -

VALTICOS, N., « Pluralité des ordres juridiques et unité du droit international », in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century : Essays in Honor of K. Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 301-322.

VALTICOS, N., « The International Labour Organization », in S. M. Schwebel (dir.), *The Effectiveness of International Decisions*, Leyden/New York, Sijthoff/Oceana Publications, 1971, pp. 134-155.

VALTICOS, N., « Les activités normatives et quasi-normatives. Contrôle », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 461-484.

VANDERPOORTER, A., « L'application communautaire des décisions du Conseil de sécurité », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp. 102-136.

VÁZQUEZ, C. M., « The Four Doctrines of Self-executing Treaties », *AJIL*, vol. 89, 1995, pp. 95-723.

VERESHCHETIN, V. S., « New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law », *EJIL*, vol. 7, n° 1, 1996, pp. 29-41.

VERHOEVEN, J., « Communautés européennes et sanctions internationales », *RBDI*, 1984-1985, n° 18, pp. 79-95.

VERHOEVEN, J., « Les activités normatives et quasi-normatives. Elaboration, adoption, coordination », in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international de La Haye, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 413-441.

VERHOEVEN, J., « La notion 'd'applicabilité directe' en droit international », *RBDI*, n° 2, 1980, pp. 243-264.

VERHOEVEN, J., « Sur les 'bons' et les 'mauvais' emplois du *jus cogens* », *Anuário brasileiro de direito internacional*, vol. 1, 2008, pp. 163-160.

VERHOEVEN, J., « Sur les relations entre le juge communautaire et les 'autorités' internationales », *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 1-21.

VERZIIL, J. H. W., « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Revue de Droit International.*, t. 15, 1935, pp. 284-339.

- VIGNES, C.-H., « Le règlement sanitaire international », *AFDI*, vol. 11, 1965, pp. 649-667
- VIRALLY, M., « L'ONU devant le droit », in M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 241-270.
- VIRALLY, M., « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 271-289.
- VIRALLY, M., « Organisations internationales : définition et classification juridique », in M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 227-240.
- VIRALLY, M., « Sur un pont aux ânes. Sur le rapport entre droit international et droits internes », in M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 103-118.
- VIRALLY, M., « Définition et classification des organisations internationales », in G. Abi-Saab (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, pp. 51-67.
- VIRALLY, M., « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », in G. Abi-Saab (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, Chambéry, UNESCO, 1980, pp. 51-67.
- VIRALLY, M., « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, vol. 2, 1956, pp. 66-96.
- VIRALLY, M., « Les actes unilatéraux des organisations internationales », in M. Bedjaoui (dir.), *Droit international : bilan et perspectives*, tome 1, Paris, Pedone, 1991, pp. 253-276.
- VIRALLY, M., « Réflexions sur le 'jus cogens' », *AFDI*, vol. 12, 1966, pp. 5-29.
- VIRALLY, M., « Résolution et accord international », in J. Makarczyk (dir.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Institut de l'État et de droit de l'Académie polonaise des sciences, The Hague/Boston, Martinus Nijhoff publishers, 1984, pp. 299-306.
- VISSCHER, P. (DE), « Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies », in *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 173-185.
- VITTA, E., « Le traité multilatéral peut-il être considéré comme un acte législatif ? », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 225-238.
- VOEFFRAY, F., « Le Conseil de sécurité de l'ONU : gouvernement mondial, législateur ou juge ? Quelques réflexions sur les dangers des dérives », in M. Kohen (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 1195-1209.

- W -

- WAHL, R., « Europeanisation beyond Supremacy », in J. Wouters, A. Nollkaemper, E. de Wet (dir.), *The 'Europeanisation' of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 17-37.
- WALKER, N., « Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, pp. 373-396.

- WASUM-RAINER, S., « Domestic Consequences of Non-Treaty Law Making », in R. Wolfrum et V. Röben (dir.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 487-496.
- WATERS, M., « Creeping Monism: The Judicial Trend toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties », *Columbia Law Review*, vol. 107, 2007, pp. 628-704.
- WEIL, P., « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers », *AFDI*, vol. 23, 1977, pp. 9-52.
- WEIL, P., « Vers une normativité relative en droit international? », *RGDIP*, vol. 86, n° 1, 1982, pp. 5-47.
- WENGLER, W., « Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes », *RGDIP*, 1968, p. 921-990.
- WENGLER, W., « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux : Rapport et projet de Résolutions », *Ann. IDI*, vol. 44-I, 1952, p. 224.
- WENGLER, W., « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux : Projet révisé de Résolutions avec commentaire », *Ann. IDI*, vol 45-I, 1954, p. 265.
- WENGLER, W., « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux : Matériel d'illustration et projet de Résolutions », *Ann. IDI*, vol 47-I 1957, p. 5 et vol. 47-II, p. 274.
- WENGLER, W., « Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes », *RGDIP*, 1968, p. 921-990.
- WESSEL, R. A., et BLOCKMANS, S., « Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order under the Influence of International Organisations : An Introduction », in R. A. Wessel et S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 1-12.
- WESSEL, R. A., et BLOCKMANS, S., « The Influence of International Organisations on the EU and its Legal Order: Between Autonomy and Dependence » in R. A. Wessel, S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 297-312.
- WET (DE), E., « Holding the United Nations Security Council Accountable for Human Rights Violations through Domestic and Regional Courts: a Case of 'Be Careful what you wish for'? », in J. M. Farrall (dir.), *Sanctions, Accountability and Governance in a Globalised World*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 143-168.
- WET (DE), E., « The Direct Administration of Territories by the United Nations and its Member States in the Post Cold War Era : Legal Bases and Implications for National Law », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 8, 2004, pp. 291-340.
- WET (DE), E., « Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review », in A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. Bernstorff et al (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2010, pp. 855-882.

- WET, E. (DE), « The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Powers of the Security Council : A Principled View », in E. de Wet et A. Nollkaemper (dir.), *Review of the Security Council by Member States*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 19-23.
- WET (DE), E. et NOLLKAEMPER, A., « Review of Security Council Decisions by National Courts », *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 166-202.
- WEYEMBERGH, A. et RICCI, V. « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », in S. Braum et A. Weyembergh (dir.) *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 227-272.
- WOLFRUM, R., « Le contrôle juridictionnel des décisions du Conseil de Sécurité (ONU) », *Annuaire de l'IDI*, Session de Tokyo, Travaux préparatoires, 2013, Paris, Pedone, 66 p.
- WOLFRUM, R., « Legitimacy of International Law and the Exercise of Administrative Functions: The Example of the International Seabed Authority, the International Maritime Organization (IMO) and International Fisheries Organizations », in A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. Bernstorff et al (dir.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg/Londres, Springer, 2010, pp. 917-940.
- WOLFRUM, R., « Obligation of Result versus Obligation of Conduct: Some Thoughts about the Implementation of International Obligations », in M. Arsanjani et al. (dir.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 363-384.
- WOOD, M., « The Interpretation of Security Council Resolutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2, 1998, pp. 73-95.
- WOUTERS, J. et ODERMATT, J., « Norms Emanating from International Bodies and Their Role in the Legal Order of the European Union », in R. A. Wessel et S. F. Blockmans (dir.), *Between Autonomy and Dependence : The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, La Haye/Berlin, Asser Press/Springer, 2013, pp. 47-68.
- WOUTERS, J. et VIDAL, M., « Non-Tax Treaties: Domestic Courts and Treaty Interpretation », in G. Maisto (dir.), *Courts and Tax Treaty Law*, EC and International Tax Law Series vol. 3, Amsterdam, International Bureau of Fiscal Documentation, 2007, pp. 3-23.
- WOUTERS, J., NOLLKAEMPER, A. et WET, E. (DE), « Introduction: the 'Europeanisation' of International Law », in J. Wouters, A. Nollkaemper, E. de Wet (dir.), *The 'Europeanisation' of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haye, TMC Asser Press, 2008, pp. 1-13.

- Y -

- YOKARIS, A., « La compétence normative de l'OACI : fonctions et contrôle », in H. Ruiz Fabri, A. Sicilianos et J.-M. Sorel (dir.), *L'effectivité des organisations internationale : mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes-Paris, Sakkoulas-Pedone, 2000, pp. 213-221.

- Z -

- ZAMBELLI, M., « L'attuazione delle sanzioni ONU nel diritto svizzero », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 5, 2006, pp. 585-604.

ZEMANEK, K., « Is the Security Council the Sole Judge of its Own Legality », in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, pp. 629-645.

ZIMMERMANN, A., « A Comment on Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law », *University of Illinois Law Review*, 2008, pp. 253-264.

ZOLLER, E., « The 'Corporate Will' of the United Nations and the Rights of the Minority », *AJIL*, vol. 81, n° 3, 1987, pp. 610-634.

Table des matières

Avertissement	
Remerciements	
Résumé	
Sommaire	
Principales abréviations.....	1
INTRODUCTION	9
Section I. Les partis pris : la méthode, le champ et l'objet de l'étude	11
1. Le champ de l'étude et la méthodologie choisie.....	13
2. L'objet de l'étude.....	15
a) Définition des organisations internationales de coopération	15
b) Définition de la notion de « droit dérivé »	19
c) Définition de l'objet par exclusion	20
Section II. Les repères théoriques de l'analyse.....	23
1. Le droit institutionnel, une forme de « législation » internationale.....	25
a) Le droit institutionnel comme droit unilatéral, dérivé du traité constitutif.....	25
b) Le rapport dialectique entre le droit institutionnel et le consentement étatique	29
2. Le droit institutionnel et la théorie de la normativité relative.....	35
a) La normativité de la <i>soft law</i>	35
b) Les fonctions du droit souple dans le raisonnement judiciaire.....	39
3. Le droit institutionnel et la problématique des sources formelles	40
4. La mise en perspective des rapports de systèmes	43
5. L'office du juge	49
Section III. La thèse.....	54
Section IV. Structure de la thèse.....	55
1. Les conventions terminologiques	55
2. Plan de la démonstration.....	56

TITRE 1.	La détermination de la force normative du droit institutionnel par les juges internes	61
	Chapitre 1. L’approche classique – la force normative du droit institutionnel à l’épreuve du consentement étatique	63
Section I.	Le fondement de la normativité du droit institutionnel	63
§ 1.	La difficile distinction entre source conventionnelle et source institutionnelle.....	64
A.	Explications de la difficulté	64
1.	Le rôle du consentement étatique à l’égard de l’entrée en vigueur de l’acte.....	65
2.	Manifestations de la force d’attraction de la source conventionnelle dans le raisonnement des juges internes.....	69
B.	Les critères de la distinction entre conventionnel et institutionnel.....	73
§ 2.	La <i>summa divisio</i> entre l’obligatoire et le recommandatoire mise à mal.....	80
A.	Critères conventionnels de la valeur normative : distinguer obligatoire et recommandatoire	81
1.	La sémantique de l’obligatoire	83
2.	L’ <i>opting out</i> comme indication de l’obligatoire.....	85
3.	L’appréciation des critères conventionnels de l’obligatoire par la jurisprudence interne	85
B.	Les mécanismes perturbateurs de la distinction entre l’obligatoire et le recommandatoire	89
1.	Une intention d’exécution vaguement établie	89
2.	L’influence délétère du contenu sur la nature de l’acte.....	91
Section II.	L’opposabilité des actes institutionnels.....	94
§ 1.	L’engagement institutionnel, source prééminente d’opposabilité	96
A.	L’infécondité des arguments fondés sur le respect de la souveraineté étatique.....	96
B.	L’engagement institutionnel, un fondement d’opposabilité reconnu par la jurisprudence interne	103
1.	Références à la qualité de membre de l’organisation	103
2.	La pondération de l’exigence de ratification interne.....	106
§ 2.	Une opposabilité au-delà de l’engagement institutionnel ?.....	109
A.	L’engagement spécial, source d’opposabilité ?	109

1.	Le consentement spécial, condition conventionnelle d'opposabilité (les mécanismes d' <i>opting out</i>)	109
2.	L'acquiescement comme consentement spécial à l'acte institutionnel.....	117
	a) L'attitude internationale de l'État, source d'opposabilité.....	117
	b) Un consentement autonome résultant de l'incorporation interne ?	121
	B. L'opposabilité <i>erga omnes</i>	124
1.	Les théories internationalistes de l'effet <i>erga omnes</i> des décisions du Conseil de sécurité	124
2.	L'opposabilité des résolutions du CSNU à l'Union européenne	127
	Chapitre 2. L'approche dynamique : la force normative du droit institutionnel, à l'aune des enchevêtrements normatifs	139
	Section I. L'interaction du droit institutionnel avec la source coutumière	141
	§ 1. Le droit institutionnel, preuve de la coutume	143
	§ 2. Le droit institutionnel, preuve de la maturation des normes coutumières	150
	Section II. L'interaction du droit institutionnel avec la source conventionnelle	152
	§ 1. Le droit institutionnel, outil d'interprétation du traité constitutif	153
	A. Pouvoir d'interprétation par voie d'autorité.....	155
1.	Les organes administratifs investis d'un pouvoir d'interprétation authentique.....	159
2.	Interprétations par les organes quasi juridictionnels : un cas contesté d'interprétation par voie d'autorité	163
	B. La pratique institutionnelle, un moyen d'interprétation parmi d'autres.....	170
1.	La reconnaissance de l'autorité interprétative simple du droit institutionnel	173
2.	L'application uniforme du traité constitutif.....	176
3.	Le rôle de la pratique institutionnelle dans l'interprétation évolutive	177
	§ 2. L'interaction du droit institutionnel avec des conventions internationales autres <i>que</i> le traité constitutif	179
	A. Les renvois au droit institutionnel par certains instruments obligatoires.....	181
1.	Renvois ayant pour effet de rendre l'acte institutionnel opposable aux États parties.....	181
2.	Renvois ayant pour effet de rendre opposable une situation objective.....	183
3.	Renvois ayant pour effet de rendre un acte institutionnel opposable aux personnes privées	185
	B. Le renvoi interprétatif aux principes de droit international de l'article 31, paragraphe 3 (c), de la Convention de Vienne.....	189
	Conclusion du Titre 1	194
TITRE 2.	L'efficacité du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes	197

Chapitre 3. L'incorporation du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes	
201	
Section I. L'incorporation vue comme adaptation au cadre constitutionnel interne.....	202
§ 1. Un dépassement des particularités constitutionnelles des États.....	204
A. Une confusion persistante entre effet direct et application immédiate	205
B. Le concept d'effet direct dans les systèmes « dualistes »	210
§ 2. L'incorporation comme traduction de l'équilibre des pouvoirs au sein de l'État.....	212
A. La séparation des pouvoirs à l'épreuve de l'adoption des actes institutionnels.....	213
B. Le contrôle du Parlement sur l'incorporation par l'Exécutif.....	219
§ 3. La réserve de compétence en matière pénale.....	220
A. Une incapacité générale du droit international à fournir une base directe d'incrimination	221
B. L'enjeu de la définition de la matière pénale.....	225
Section II. L'incorporation comme mesure d'exécution normative	228
§ 1. L'intention de conférer un effet direct aux actes institutionnels n'est pas établie	230
A. Le traité constitutif, fondement contingent de l'intention d'effet direct	230
1. L'effet direct dans un contexte d'intégration.....	231
2. L'effet direct dans un contexte de coopération.....	234
B. Quelle place à l'intention de l'organe institutionnel ?	236
§ 2. La réalisation conditionnée de l'effet direct, à la lisière des ordres internes et de l'ordre international	238
A. Les critères textuels : l'objet de la norme institutionnelle et la complétude normative.....	239
1. L'objet de la norme internationale concerne-t-il les droits subjectifs des particuliers ?.....	239
2. Le critère de la complétude normative	243
a) La définition du critère de la complétude normative.....	243
b) Le lien entre la valeur normative et la complétude normative	245
B. Prépondérance du critère du destinataire dans l'appréciation de l'effet direct des actes institutionnels.....	247

Section III. Les modalités d'incorporation du droit institutionnel : plutôt qu'un statut, un bilan	252
§ 1. L'incorporation automatique : une virtualité exclue.....	253
A. Inapplicabilité des mécanismes constitutionnels de réception automatique	254
1. L'inapplicabilité des dispositions constitutionnelles relatives à la réception des décisions des organisations internationales d'intégration.....	254
2. Une référence artificielle aux mécanismes constitutionnels de réception du droit conventionnel	260
B. L'incorporation du traité constitutif, ordre interne d'exécution des actes institutionnels.....	265
§ 2. Des techniques d'incorporation spéciale.....	268
A. Coexistence de plusieurs méthodes d'incorporation.....	269
B. L'incorporation par renvoi : une hypothèse d'école	271
C. Difficultés liées à l'incorporation matérielle	274
§ 3. L'incorporation par le biais d'actes de l'Union européenne	275
A. Quelques exemples d'incorporation par le biais d'instruments européens	275
1. L'incorporation des sanctions ciblées onusiennes	275
2. D'autres exemples d'incorporation des actes institutionnels par le biais d'instruments européens	277
B. Une forme d'incorporation admise par les juridictions internes	279
C. Les doutes quant à l'efficacité pénale des incorporations par le biais des actes de l'UE	280

Chapitre 4. La prise en considération des actes institutionnels déconnectée de l'incorporation 287

Section I. La prise en considération se distingue de l'application des actes institutionnels	288
§ 1. Les formes d'invocabilité exclues.....	289
A. Le refus de l'invocabilité de substitution.....	289
B. L'invocabilité d'exclusion en débat.....	291
C. L'invocabilité descendante : la reconnaissance du devoir d'adaptation du droit interne	293
D. L'invocabilité de réparation difficilement envisageable.....	295
§ 2. L'invocabilité d'interprétation largement reconnue.....	297

Section II. Les modalités de la prise en considération observées dans la pratique judiciaire..	302
§ 1. Une typologie des actes institutionnels pris en considération par les juges internes	302
A. La prise en considération des actes prescriptifs	303
1. La prise en considération des décisions qui posent des règles juridiques nouvelles	304
2. La prise en considération des décisions qui créent des régimes objectifs	305
a) L'application des régimes objectifs dans les ordres juridiques administrés ..	307
b) La reconnaissance des régimes objectifs dans les ordres juridiques tiers	311
c) Les règles d'habilitation et les questions préalables de licéité internationale	314
i) Le rôle des actes institutionnels dans l'attribution des actes aux fins de la responsabilité	314
ii) Une question préalable dans le procès interne	320
B. La prise en considération des actes à portée déclarative	322
1. La prise en considération des actes déclaratifs du droit existant	323
2. La prise en considération des actes d'application : outil de qualification de situations juridiques complexes	323
a) Terrorisme	324
b) Génocide	328
c) Guerre	329
3. La reconnaissance précaire des qualifications individuelles	333
§ 2. La prise en considération indifférente à l'objet de l'acte	335
A. Les actes institutionnels en tant qu'éléments de preuve	335
B. Les actes institutionnels en tant que fait du prince ou cas de force majeure	338
Section III. Réflexions sur la nature de la prise en considération	339
§ 1. La prise en considération : une forme de reconnaissance du l'acte institutionnel	340
§ 2. Critique de l'approche exclusivement factuelle des actes institutionnels non incorporés	346
Conclusion du Titre 2	349
Seconde partie – La situation du droit institutionnel dans les ordres juridiques internes	353
TITRE 3. Les solutions aux conflits entre le droit interne et les normes institutionnelles	355

Chapitre 5. L'évitement des conflits potentiels par le biais de l'interprétation.....	361
.....	
Section I. La théorie de l'interprétation conforme.....	363
§ 1. Les fondements de la théorie de l'interprétation conforme	364
A. Des fondements internes contingents.....	364
1. Les renvois interprétatifs opérés par des dispositions de droit interne	365
2. L'interprétation conforme de l'acte interne d'incorporation de l'acte institutionnel : le principe de l'effet utile renforcé.....	369
B. L'interprétation conforme : un principe à valeur systémique	377
§ 2. Les contraintes de l'interprétation conforme	382
A. Les limites imposées par l'ordre interne.....	383
1. L'interprétation <i>praeter legem</i> est admise	383
2. L'interprétation <i>contra textum</i> est bannie.....	385
3. L'applicabilité contestée de la théorie de l'interprétation conforme en relation avec la <i>soft law</i> internationale.....	389
B. Les écueils de l'interprétation des actes institutionnels : le cas des résolutions du CSNU	392
1. Les réserves à propos de la compétence d'interprétation des actes internationaux	392
2. La déférence aux règles interprétatives de l'ordre international.....	396
a) La spécificité des méthodes d'interprétation des actes institutionnels	397
b) L'interprétation textuelle invariablement accompagnée de l'interprétation contextuelle.....	401
c) L'interprétation téléologique	404
d) L'autorité particulière des interprétations des organes subsidiaires	405
e) La pratique étatique, un outil d'interprétation dynamique	406
Section II. La pratique de l'interprétation croisée.....	409
§ 1. L'interprétation croisée comme levier pour l'extension des droits humains	410
§ 2. L'interprétation croisée comme harmonisation du droit interne avec des concepts transnationaux.....	418
Chapitre 6. Les principes régissant les conflits déclarés de normes.....	425
Section I. Les hiérarchies multiples participant à la résolution des conflits entre normes internes et institutionnelles.....	431

§ 1.	La place insaisissable du droit institutionnel dans la hiérarchie formelle (interne)	432
	A. L'emprunt limité des principes hiérarchiques applicables au droit conventionnel ou au droit européen	434
	B. Les indices de l'exclusion des actes institutionnels de la hiérarchie formelle	441
1.	La position incertaine des actes dépourvus d'effet direct (ou non incorporés)	441
2.	L'exclusion sur la base de la doctrine du droit souple	446
§ 2.	Les hiérarchies logiques entre les normes institutionnelles et les actes internes d'incorporation	450
	A. L'acte institutionnel n'est pas la base juridique de l'acte d'incorporation	451
1.	La hiérarchie logique n'engendre pas un rapport de validité	452
2.	L'influence de l'acte institutionnel sur le jeu des hiérarchies organiques	454
	B. L'acte interne d'incorporation, entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire	456
1.	L'effet de licéité imprimé à l'action administrative par l'existence d'une obligation institutionnelle	457
2.	L'acte institutionnel, paramètre d'appréciation du caractère raisonnable d'une décision administrative	461
§ 3.	Les hiérarchies axiologiques, vecteurs d'exclusion ou d'inclusion des actes institutionnels dans le raisonnement judiciaire	465
	A. La rhétorique constitutionnelle, une application non assumée des hiérarchies axiologiques	466
1.	L'autonomie de l'ordre juridique comme cadre interprétatif	467
2.	L'autonomie comme justification de la supraconstitutionnalité des droits fondamentaux	470
3.	Des prétentions constitutionnelles rivales	472
	B. L'ordre public comme mécanisme d'éviction du droit applicable contraire aux résolutions du CSNU	475
1.	L'ordre public transnational et les lois étrangères	476
2.	L'ordre public transnational et les contrats	479
Section II.	Une application hésitante des recettes hiérarchiques de l'ordre international	481
§ 1.	Le juge interne aux prises avec la hiérarchie des sources internationales	482
	A. Une hiérarchie formelle largement ignorée : la soumission du droit dérivé au traité constitutif	483
	B. Les méandres d'une hiérarchie formelle fondée sur le <i>jus cogens</i>	487

§ 2. L'article 103 de la Charte des Nations Unies : une primauté ébranlée ?	496
A. La neutralisation progressive de l'article 103 comme norme de conflit dans l'ordre interne	499
B. Les États piégés au cœur des relations triangulaires	503
Conclusion du Titre 3	507
TITRE 4. Le contrôle juridictionnel des normes institutionnelles	511
Chapitre 7. La nature du contrôle des normes institutionnelles par les juges internes	517
Section I. L'objet du contrôle : la nécessaire distinction entre le contrôle de la norme et celui de l'acte institutionnel	517
§ 1. L'incompétence des juges internes pour exercer un contrôle de validité de l'acte institutionnel	518
A. Les arguments organiques : l'absence de pouvoir à l'égard d'une autorité d'un ordre juridique extérieur	518
B. Les actes institutionnels sont-ils des actes faisant grief ?	523
§ 2. Le contrôle de validité des actes internes d'incorporation	524
A. Le critère organique de l'imputation des normes institutionnelles : un sésame juridictionnel	524
B. Les indices équivoques de la marge d'appréciation dans la jurisprudence interne	528
Section II. Les normes de référence du contrôle juridictionnel exercé à l'égard des normes institutionnelles	534
§ 1. Les normes de référence : le lien indissoluble entre contrôle de validité et hiérarchie formelle	535
§ 2. Les contrôles indirects de légalité des normes institutionnelles	539
A. Des contrôles indirects menés sous couvert d'interprétation conforme	539
B. Un contrôle de la substance de l'acte international ?	544
C. Un contrôle de l'excès de pouvoir des organes internes	547
1. L'exclusion des mécanismes de contrôle <i>a priori</i>	549
2. Le contrôle <i>a posteriori</i> exercé à l'égard des actes d'incorporation	551
Section III. La présomption de légalité des normes institutionnelles	554
§ 1. La reconnaissance de la présomption de légalité par les ordres internes	554
§ 2. Une présomption nécessairement réfragable	556

Chapitre 8. La portée du contrôle juridictionnel à l'aune de l'office du juge interne dans les rapports de systèmes	561
Section I. Les effets du contrôle juridictionnel des normes institutionnelles	561
§ 1. Les effets dans l'ordre interne du contrôle juridictionnel des normes institutionnelles	562
A. Les mécanismes de maîtrise des effets internes des normes institutionnelles	562
B. Une transgression de la séparation des ordres juridiques : les obligations imposées à la charge de l'administration	568
§ 2. Les conséquences des contrôles de légalité sur le plan international.....	570
A. Quelques repères sur les effets des contrôles de légalité réalisés sur le plan international	570
B. Le contrôle unilatéral et la subjectivité des prononcés d'illégalité	573
Section II. Le contrôle juridictionnel des normes institutionnelles : un édifice inachevé .	578
§ 1. L'agencement des contrôles juridictionnels internationaux et internes	579
A. La déférence au contrôle centralisé.....	580
B. Une déférence ajournée : l'inapplicabilité du principe de la protection équivalente (ou <i>Solange</i>).....	581
§ 2. Le contrôle juridictionnel, corollaire de l'état de droit	585
A. L'état de droit et la gouvernance mondiale.....	586
B. Les échos de l'état de droit au niveau onusien.....	587
Conclusion du Titre 4.....	590
CONCLUSION GÉNÉRALE	593
INDEX DE JURISPRUDENCE.....	601
Bibliographie.....	619
Table des matières.....	669
Résumé.....	68080

Résumé

Le droit des organisations internationales a été le lieu d'une belle querelle d'école entre les détracteurs et les adeptes de la normativité relative. Il en va de même des rapports de systèmes, qui divisent la doctrine entre les monistes (en voie de disparition), les dualistes et les non-alignés. Aborder le thème du traitement du droit dérivé par les ordres juridiques internes c'est prendre le risque de s'égarer dans ces tourbillons doctrinaux. Si l'on accepte que le point de vue du juge interne est pertinent pour la détermination de la force normative du droit dérivé, on comprend que le premier débat semble dépassé : le juge admet que le droit institutionnel est du droit, qu'il soit obligatoire ou non. Se pose dès lors la question de la capacité de ce droit à être source de droits et obligations dans l'ordre interne. On remarque qu'à cette fin, l'ensemble des ordres juridiques examinés exige l'incorporation des actes institutionnels, mais aussi que les juges internes accordent de la place à des formes de reconnaissance des effets des actes institutionnels déconnectées de l'incorporation. Ces tendances convergentes démontrent à la fois que le clivage monisme/dualisme n'est pas décisif, mais aussi que la pensée dualiste ne reflète pas fidèlement les modalités d'interaction entre les ordres juridiques dans le monde pluraliste. La reconnaissance participe d'un principe de coordination et non pas de séparation des ordres juridiques, qui se prolonge par ailleurs dans les solutions aux conflits normatifs, ainsi que dans les modalités et les effets du contrôle juridictionnel, par les juges internes, des normes institutionnelles.

DESCRIPTEURS : FORCE NORMATIVE, *SOFT LAW*, SOURCE DE DROIT, RAPPORTS DE SYSTEMES, EFFET DIRECT, INCORPORATION, PRISE EN CONSIDERATION, RECONNAISSANCE, CONFLITS DE NORMES, INTERPRETATION CONFORME, HIERARCHIES, CONTROLE DE LEGALITE, PLURALISME

The law of international organisations has been the theatre of passionate academic debate between the detractors and the disciples of the relative normativity. The same can be said about the relations between the legal orders, which divide the doctrine into monists, dualists and non-aligned. Analysing the topic of the place of institutional law in domestic legal orders is taking the risk of losing one's way in these doctrinal whirls. If we take for granted that the point of view of the domestic judge is relevant for appreciating the normative force of institutional law, we may say that the first debate seems outdated : the domestic judge recognizes that the law produced by international organisations is law, whether is binding or not. The following question becomes to what extent the norms thus produced may be source of rights and obligations in the internal legal orders. The entire range of legal orders examined requires for institutional law to be incorporated for that purpose. Absent incorporation, the domestic judges leave nonetheless the door open to other forms for taking into account some of the legal effects of institutional acts. These convergent tendencies show both that the monist/dualist divide is immaterial for the legal status of these acts and that the dualist doctrine does not accurately reflect the modalities of interaction between the legal systems in the world of pluralism. The recognition of unincorporated legal norms, which triggers consequences in terms of conflict of norms and judicial review of institutional law, stands in favour of a model of coordination and not of separation of the legal orders.

KEY-WORDS : NORMATIVE FORCE, *SOFT LAW*, SOURCE OF LAW, RAPPORTS DE SYSTÈMES (RELATIONS BETWEEN LEGAL ORDERS), SELF-EXECUTING, INCORPORATION, PRISE EN CONSIDÉRATION (CONSIDERATION) RECOGNITION, NORMATIVE CONFLICTS, CONSISTENT INTERPRETATION, HIERARCHIES, CONTROL OF LEGALITY, PLURALISM