

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 1^{er} décembre 2011

Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat



Université Panthéon-Assas

Hélène RASPAIL

Composition du jury :

M. Jean COMBACAU, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
directeur de thèse

Mme Geneviève BASTID-BURDEAU, Professeur à l'Ecole de droit de la
Sorbonne (Université Paris I)

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

Mme Karine PARROT, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, *rapporteur*

M. Eric WYLER, Chargé d'enseignement à l'I.H.E.I.D. de Genève, *rapporteur*

LE CONFLIT ENTRE DROIT INTERNE ET
OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT

—

POINT DE VUE DU DROIT INTERNATIONAL

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 1^{er} décembre 2011

Le conflit entre droit interne et
obligations internationales de l'Etat

—

Point de vue du droit international

Hélène RASPAIL

Composition du jury :

M. Jean COMBACAU, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
directeur de thèse

Mme Geneviève BASTID-BURDEAU, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
(Université Paris I)

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

Mme Karine PARROT, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, *rapporteur*

M. Eric WYLER, chargé d'enseignement à l'I.H.E.I.D. de Genève, *rapporteur*

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.

A mon père.

REMERCIEMENTS

Loin d'une démarche convenue et le plus sincèrement du monde, je tiens à remercier mon directeur de thèse, Monsieur le professeur Jean Combacau, pour tout ce qu'il m'a enseigné, tant sur le plan scientifique qu'humain.

Merci à ma famille et mes proches de m'avoir toujours concrètement soutenue dans cette démarche qui devait leur paraître si abstraite. Tout particulièrement, merci à mon frère Gilles, modèle d'érudition et source d'inspiration ; à ma mère, Christa, et à Patricia, pour leur attention et leur patience dans la relecture de cet ouvrage.

Merci également à l'équipe de l'I.H.E.I., parmi laquelle je me suis sentie chez moi durant toutes ces années ; à mes amis docteurs et doctorants, pour leur aide précieuse lors de l'hystérie finale ; et surtout à Alexis, grâce à qui je n'ai jamais été seule face à ma thèse.

Merci, enfin, à celui qui m'a rendue heureuse, et m'a portée au bout de cette aventure. Octave, mon mari.

RESUME DE LA THESE

Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat

A première vue, les obligations de l'Etat déterminent les comportements de ce dernier, et l'on ne perçoit pas en quoi le droit interne pourrait leur porter atteinte. Pourtant, la production de certains actes juridiques, entendus par le droit international comme réalisant immédiatement des situations individuelles, pourra être considérée comme une violation de ces obligations. Avant même leur exécution, un fait internationalement illicite pourra être consacré. Certaines règles juridiques, en revanche, apparaîtront plus abstraites au regard du droit international, et ne pourront donner lieu, de leur simple fait, qu'à un risque de violation des obligations de l'Etat. Il faudra alors envisager une autre catégorie d'obligations qui, cette fois, se porteront sur l'Etat du droit interne général. L'existence de règles dont l'Etat n'est pas celui requis par ces obligations pourra alors donner lieu à un fait internationalement illicite. Se pose toutefois, dans un second temps, la question de la responsabilité qui peut naître de tels faits, dont les conséquences préjudiciables semblent bien limitées. Plus le droit interne à l'origine de l'illicéité sera abstrait, plus la responsabilité de l'Etat s'éloignera d'une quelconque dimension réparatoire, pour se tourner vers une garantie de la légalité future. Vient alors la problématique de la mise en œuvre de cette responsabilité. Les conditions classiques de recevabilité des demandes devant les juridictions internationales peuvent en effet s'opposer à ce que puisse être prise en compte une violation du fait du droit interne *in abstracto*. Alors que ces obstacles pourront aisément être levés dans le cas des actes juridiques individuels, les règles internes en conflit avec les obligations de l'Etat seront, à des degrés divers, plus difficiles à mettre en cause dans un cadre contentieux. Toutefois, certaines juridictions ou quasi-juridictions internationales s'affranchissent aujourd'hui de ce cadre, incitant ainsi fortement les Etats adapter leur droit interne, selon les nouvelles exigences du droit international.

Descripteurs : RAPPORTS DE SYSTEMES – OBLIGATIONS DE RESULTAT/DE COMPORTEMENT – DROIT UNIFORME – REGLES INTERNES – RESPONSABILITE DE L'ETAT – EPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES – PREJUDICE JURIDIQUE – ACTIO POPULARIS.

The conflict between domestic law and international obligations of State

At first sight, international obligations define real actions of States. Domestic law seems, from certain points of view, unable to affect them. However, the mere enactment of national legal acts, understood by international law as immediate realizations of individual situations, may be amount to a breach of these international obligations. Without any enforcement, an international wrongful act will be exposed. Nevertheless, some domestic norms will still be very abstract from an international point of view. Their creation and maintenance in force can't be seen as an international failure rather a risk. Thus, our task will be to find some other kind of State's obligations, that relates specifically to a given state of general domestic law. An international wrongful act will be then constituted by the very existence of a national norm, if its state is not the one required by international law. Still, the question of State responsibility for such actions, which don't cause any concrete injury, has to be answered. The more abstract domestic law is, the furthest responsibility will be from a restorative dimension. Responsibility will only be aimed at protecting the international rule of law for the future. Finally, this leads us to the question of the implementation of this responsibility, since classic international litigation law can prevent a claim against domestic law as a wrongful act. This challenge is easily overcome as long as an individual legal act is at stake. On the contrary, a claim against the fact of a general norm is, on different levels, far more difficult to present before international courts. Today however, some international tribunals go beyond this frame, urging States to adapt their domestic law, following the new exigencies of international law.

Key-words : INTERNATIONAL AND NATIONAL LEGAL ORDERS – OBLIGATIONS OF RESULTS/OF MEANS – UNIFORM LAW – DOMESTIC LAW – STATE RESPONSIBILITY – EXHAUSTION OF DOMESTIC REMEDIES – LEGAL INJURY – ACTIO POPULARIS

SOMMAIRE

<u>Avertissement.....</u>	<u>VI</u>
<u>Remerciements.....</u>	<u>VIII</u>
<u>Résumé de la thèse.....</u>	<u>IX</u>
<u>Abréviations et sigles.....</u>	<u>XI</u>
<u>Introduction générale.....</u>	<u>1</u>
<u>PREMIÈRE PARTIE</u>	
<u>Identification des hypothèses dans lesquelles le conflit donnera lieu à la violation d'une obligation internationale.....</u>	<u>28</u>
Titre 1. Cas des actes juridiques individuels.....	31
Chapitre 1. Conflit avec les obligations de comportement opératif global.....	33
Chapitre 2. Conflit avec les obligations de comportement opératif aux modalités déterminées.....	90
Titre 2. Cas des règles juridiques.....	138
Chapitre 1. Conflit avec les obligations de comportement opératif, relatives à la réalisation de situations individuelles.....	141
Chapitre 2. Conflit avec les obligations de comportement normatif, relatives à l'état des règles internes.....	191
<u>SECONDE PARTIE</u>	
<u>Conséquences de la violation d'une obligation internationale.....</u>	<u>305</u>
Titre 1. Contenu de la responsabilité de l'Etat.....	310
Chapitre 1. Contenu rétrospectif : responsabilité stricto sensu de l'Etat pour violation de ses obligations internationales.....	312
Chapitre 2. Contenu prospectif : responsabilité lato sensu de l'Etat, pour violation de ses obligations de comportement normatif.....	381
Titre 2. Mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat.....	433
Chapitre 1. Mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat par le contentieux de la réparation.....	435
Chapitre 2. Mise en œuvre de la responsabilité extérieure au contentieux de la réparation.....	519
<u>Conclusion générale.....</u>	<u>586</u>
<u>Bibliographie sélective.....</u>	<u>591</u>
<u>Notice des sources.....</u>	<u>606</u>
<u>Index de jurisprudence.....</u>	<u>632</u>
<u>Table des matières.....</u>	<u>636</u>

ABREVIATIONS ET SIGLES

Publications

<i>A.F.D.I.</i>	Annuaire français de droit international
<i>A.P.D.</i>	Archives de Philosophie du droit
<i>Ann. C.D.I.</i>	Annuaire de la Commission du droit international
<i>Ann. C.E.D.H.</i>	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme
<i>Ann. I.D.I.</i>	Annuaire de l'Institut de droit international
<i>B.Y.I.L.</i>	British Yearbook of International Law
<i>Bull. off. B.I.T.</i>	Bulletin officiel du B.I.T.
<i>Bull. off. B.I.T.</i>	Bulletin officiel du Bureau international du travail
<i>E.J.I.L.</i>	European Journal of International Law
<i>G.Y.I.L.</i>	German Yearbook of International Law
<i>I.B.D.D.</i>	
<i>I.C.L.Q.</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>I.L.M.</i>	International Legal Materials
<i>I.L.R.</i>	International Law Reports
<i>ICSID Rep.</i>	ICSID Report
<i>ICSID Rev.-F.I.L.J.</i>	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
<i>J.D.I.</i>	Journal du droit international
<i>J.O.C.E.</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>J.O.R.F.</i>	Journal officiel de la République Française
<i>O.A.S. Treaty Series</i>	Organization of American States (O.E.A.) Treaty Series
<i>R.C.A.D.I.</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
<i>R.D.I.L.C.</i>	Revue de droit international et de législation comparée
<i>R.G.D.I.P.</i>	Revue générale de droit international public
<i>R.S.A.</i>	Recueil des sentences arbitrales de l'O.N.U.
<i>Rec.</i>	Recueil des décisions de la juridiction précitée
<i>R. Crit. D.I. priv.</i>	Revue critique de droit international privé

Institutions et autres

A.G.N.U.	Assemblée générale des Nations Unies
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
ALENA	Accord de libre-échange Nord-Atlantique
B.I.T.	Bureau international du travail
C.A.D.H.	Convention américaine des droits de l'homme
C.D.I.	Commission du droit international
C.E.	Communautés européennes
C.E.D.H.	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C.I.A.D.H.	Cour interaméricaine des droits de l'homme
C.I.J.	Cour internationale de justice
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
C.P.A.	Cour permanente d'arbitrage
C.P.I.	Cour pénale internationale
C.P.J.I.	Cour permanente de justice internationale
C.S.N.U.	Conseil de sécurité des Nations Unies
Comm. d'enquête de l'O.I.T.	Commission d'enquête instituée conformément à l'article 26 de la Constitution de l'O.I.T.
Comm. E.D.H.	Commission européenne des droits de l'homme
Cour E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs et le commerce)
ICSID/CIRDI	International Center for Settlement of Investment Disputes / Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements
O.A.C.I.	Organisation de l'aviation civile internationale
O.A.S./O.E.A.	Organization of American States/Organisation des Etats américains
O.I.T.	Organisation internationale du travail
O.L.P.	Organisation de libération de la Palestine
O.M.C.	Organisation mondiale du commerce

O.R.D.	Organe de règlement des différends de l'O.M.C.
ONU	Organisation des Nations Unies
S.d.N	Société des Nations
S.F.D.I.	Société française de droit international
T.N.P.	Traité de non-prolifération des armes nucléaires
T.P.I.R.	Tribunal pénal international pour le Rwanda
T.P.I.Y.	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
Tal CIRDI	Tribunal arbitral institué sous l'égide du CIRDI
TICEN	Traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires

INTRODUCTION GENERALE

Au carrefour de multiples thèmes du droit international, la question du conflit entre droit interne et obligations de l'Etat n'a pas véritablement été l'objet d'une étude spécifique, approfondie et exhaustive. Ce problème est fréquemment englobé dans celui, plus général, des rapports de systèmes, qui n'y répond pourtant pas spécifiquement. Du point de vue du droit international, il ne peut en effet se résoudre grâce à la simple assertion suivant laquelle un Etat ne peut se prévaloir de son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations internationales¹. La formule de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *Haute-Silésie* pourrait nous permettre de préciser l'objet de nos recherches : « (a)u 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. »² La « loi » n'aurait ainsi pas, au regard du droit international, de quelque spécificité. Ces règles, générales et abstraites, ne seraient vraisemblablement pas différentes de « décisions » ou « mesures », autrement dit d'actes individuels. Enfin, l'ensemble de ce droit interne ne serait pas pris en considération en tant que tel, mais comme manifestation de l'activité de l'Etat, c'est-à-dire comme du « fait ». Certes, mais que recouvre la *prise en considération* du droit interne par le droit international ? Cette question peut en effet être envisagée de manière très large, comprenant l'ensemble du « traitement du droit interne par le droit international »³. La démarche de la Cour, ainsi que sera la nôtre, était toutefois plus précise. Elle devait en effet déterminer si une loi polonaise était ou non « compatible » avec les obligations conventionnelles par laquelle l'Etat était lié⁴. Dans ce dessein, c'est sur l'application de la loi que la Cour a porté son regard, laissant apparaître que cette règle interne ne pouvait être réalisée tout en assurant le respect de l'obligation internationale. En effet, la loi en question autorisait l'expulsion de personnes ou sociétés protégées par la Convention⁵. Une parfaite illustration d'un premier type de conflit nous est ainsi fournie. La Cour a alors considéré que toute application à de tels biens

¹ Convention sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1155, p. 132 : article 27 : « Une partie ne peut invoquer une disposition de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »,

² C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, Allemagne c. Pologne, *Rec., Série A*, n° 7, p. 19.

³ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne – Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, XIV-540 p.

⁴ Pour la Cour, « il convient, en premier lieu, de rechercher si, d'une manière générale, les articles 2 et 5 de la loi du 14 juillet 1920 sont ou non compatibles avec les articles 6 à 22 de la Convention de Genève », C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, préc., p. 20, nous soulignons.

⁵ Selon la Cour, « en autorisant le fisc polonais à demander l'expulsion de tous ceux qui, après la mise en vigueur de la loi, demeurent, en vertu d'un contrat visé dans l'article 5, dans un des immeubles dont il y est question, cet article reconnaît la faculté de ne pas respecter même des droits privés », *ibid.*, p. 24.

privés constituait « une mesure contraire » à cet instrument⁶. On découvre ainsi que les mesures d'application, actes juridiques individuels de droit interne pris sur le fondement de la loi, entreraient dans un conflit plus franc avec les obligations de l'Etat. *Contraires* à la Convention, elles conduiraient à son manquement. Dans ce contexte, ce terme que nous emploierons également n'implique aucune idée de « négation du droit », de « contradiction logique » entre le droit interne et le droit international. La « mesure contraire » doit simplement être entendue comme un comportement distinct de celui requis de l'Etat, mais qui « existe à l'intérieur du droit » et déclenchera les conséquences attachées par ce dernier à sa violation⁷. Voici donc illustré un second niveau de « conflit » entre lesdites obligations et le droit interne.

Ainsi qu'on vient de le voir, les possibles mésententes entre droit interne et obligations internationales de l'Etat sont multiples. Elles ne se limitent d'ailleurs pas aux deux illustrations précédentes. La terminologie relative aux rapports entre normes est riche, mais varie d'une discipline à l'autre sans qu'aucun vocable n'ait, par nature, vocation à désigner spécifiquement les concepts que l'on cherchera à identifier. Aucun de ces vocables n'est, non plus, parfaitement adéquat pour désigner *l'ensemble* des mésententes évoquées. Le terme d'« antinomie » a pu être utilisé de manière générale⁸, mais celui de « conflit », appartenant également au langage courant, nous semble à la fois plus neutre et plus parlant. Déjà utilisé en doctrine en ce sens⁹, il nous

⁶ « La Cour est d'avis que, réserve faite pour les questions qui seront traitées ci-après, l'application des articles 2 et 5 de la loi polonaise du 14 juillet 1920 en Haute-Silésie n'est pas conforme au système établi par le titre III de la Convention de Genève. », *ibid.*, p. 24, propos confirmés plus loin, p. 34. Enfin, dans son dispositif, elle utilise l'expression que nous préférons retenir, pour des raisons qui seront développées dans le corps de notre étude : jugeant « (q)ue l'application tant de l'article 2 que de l'article 5 de la loi du 14 juillet 1920 en Haute-Silésie polonaise, ordonnée par la loi du 16 juin 1922, constitue, pour autant qu'elle frappe des ressortissants allemands ou des sociétés contrôlées par des ressortissants allemands visés par le titre III de la première partie de la Convention de Genève, une *mesure contraire* aux articles 6 et suivants de cette Convention » *ibid.*, p. 81, nous soulignons.

⁷ Pour H. Kelsen en effet, l'emploi du terme « contraire » pouvait être réprouvé car impliquait cette idée de « négation du droit », bien entendu totalement absente du jugement de la Cour et de nos propos qui suivront. L'illicite est en effet une « condition du droit » et non sa négation ; la conduite ne serait pas « contraire » au droit car elle conditionne une « sanction » prévue par le droit (KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la Reine Rechtslehre par Eisenmann (Ch.) (1^{re} éd. en langue allemande : Franze Dutike, 1934), Paris, L.G.D.J./Bruxelles, Bruylant, 1999, 367 p., p. 121-122.) Notre usage n'est pas destiné à remettre ces propos en cause, et entend simplement s'aligner sur celui de la Cour Permanente.

⁸ Le terme d'« antinomie » a été utilisé pour désigner l'ensemble des désaccords entre normes : voir, notamment, l'ouvrage collectif dirigé par Ch. Perelman (*Les antinomies en droit*, 1965, Bruxelles, Bruylant, 404 p.) qui, toutefois, n'en dresse aucune typologie claire et ne clarifie pas l'emploi des différents vocables généralement utilisés en la matière (notamment : SILANCE (L.), « Quelques exemples d'antinomie et essai de classement », *ibid.*, p. 63-137. Pour un emploi relatif à la question des rapports de systèmes, voir l'article très général de VAN BOGAERT (E.), « Les antinomies entre le droit international et le droit interne », *R.G.D.I.P.*, 1968, vol. 72, p. 346-360.

⁹ Voir surtout la définition « large » donnée par le professeur E. Vranes, selon laquelle « (t)here is a conflict between two norms, *one of which may be permissive*, if in obeying or applying one norm, the other one is necessarily or possibly violated » : on le voit, de multiples hypothèses de conflit sont ici englobées (VRANES (E.), « The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory », *E.J.I.L.*, 2006, p. 395-418, ici p. 415). Voir également, pour un emploi dans ce sens large sans véritable justification : KOPELMANAS (L.), « Du *conflit* entre le traité international et la loi interne. Quelques remarques au sujet des rapports du droit interne et du droit international », *R.D.I.L.C.*, 1937, p. 88-143 et 310-361, nous soulignons. Virally utilise également ce terme dans un sens large,

servira de point de départ, nous assurant une grande liberté à venir pour caractériser chacun des cas spécifiques par des termes que nous réservons ainsi à un emploi plus précis, tels que *contrariété*, *incompatibilité*, mais aussi *non-conformité*.

Dans ces hypothèses de conflit, comment le droit international perçoit-il le droit interne ? Le *dictum* de la Cour paraît limpide : il sera, dans tous les cas, considéré comme « un simple fait ». Toutefois, certains ont pu contester une telle interprétation, remarquant que la Cour s'était en l'occurrence livrée à un véritable examen de la norme interne, en tant que telle¹⁰. Ces deux interprétations seraient-elles toutefois, pour reprendre un terme qui nous sera cher, incompatibles ? A notre sens, cette prise en considération du droit interne comme du « fait » n'est pas tant liée à l'objet sur lequel porte l'examen du juge international qu'à l'effet d'un conflit entre droit interne et droit international. Ce droit serait considéré comme une activité de l'Etat susceptible de donner naissance à un fait internationalement illicite, et non comme du droit, autrement dit comme un acte juridique potentiellement invalide. Les questions de la violation de l'obligation internationale qui pourraient naître d'un conflit avec le droit interne et du mode de cette violation surgissent ainsi de l'examen de notre sujet. Elles ne résument toutefois pas l'ensemble des interrogations qui en découlent. Que le « fait du droit interne » puisse donner lieu à la violation d'une obligation internationale de l'Etat semble en effet soumis, entre autres, à la détermination de la fonction de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes – tâche si souvent entreprise dans d'autres circonstances. Le rôle de l'éventuelle exécution matérielle d'actes juridiques qui, sinon, demeureraient *abstrait*s, vient également à l'esprit, et l'on se demande alors si les comportements requis de l'Etat par ses obligations internationales ne seraient pas, au contraire, nécessairement *concrets*.

Mais, et faute de quoi cette présentation manquerait elle aussi de matérialité, quittons les abstractions, pour illustrer quelques-unes des implications de notre sujet par les faits à l'origine d'une requête belge portée en 2009 devant la Cour internationale de Justice, affaire à ce jour encore pendante¹¹. La Belgique reproche en l'espèce au Sénégal de ne pas avoir jugé ni extradé M. Habré, ancien président tchadien, auteur allégué de crimes contre l'humanité et de tortures au

désignant tant un rapport entre normes de droit international qu'entre normes de droit interne et de droit international dans : VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pédone, 1964, p. 488-505. *Contra*, voir *infra* dans cette introduction l'emploi qu'en fait Kelsen, désignant exclusivement un rapport entre normes appartenant à un seul et même ordre juridique.

¹⁰ 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 », *R.G.D.I.P.*, 1962, p. 260-298, ici p. 268-277.

¹¹ Au jour où nous écrivons, les mémoires et contre-mémoires des deux Etats parties à la procédure n'ont pas été déposés.

Tchad, mais résidant à Dakar¹². Les juges sénégalais ont en effet refusé de se prononcer, en raison de l'absence de qualification du crime contre l'humanité en droit pénal sénégalais, ainsi que, relativement à la torture qui était quant à elle incriminée dans cet ordre juridique, en raison de la non-reconnaissance, en droit interne, de la compétence universelle des juridictions internes. Sans chercher à nous prononcer sur le bien-fondé des demandes belges¹³, nous relèverons simplement les intéressantes perspectives qu'elles ouvrent. En l'espèce, la Belgique entendait défendre son « droit » d'exercer sa compétence personnelle passive, voire sa compétence universelle, envers l'intéressé¹⁴. Sa requête est alors relative au refus, dans ce cas précis, d'extradition de M. Habré vers la Belgique, effet d'un acte juridictionnel de droit interne : la déclaration d'incompétence de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar pour se prononcer sur cette question, concernant selon elle des faits couverts par l'immunité des chefs d'Etat étrangers. Le droit interne entre alors en conflit avec l'obligation de l'Etat telle qu'envisagée par le demandeur. Pour justifier cette attitude, toujours selon l'Etat demandeur, le Sénégal devait alors accepter de juger lui-même l'individu qu'il refusait d'extrader, en vertu de sa compétence universelle. C'est ainsi un manquement à l'obligation de réprimer les crimes de droit international commis par les sujets internes se trouvant sur son territoire qui serait imputable au Sénégal. Ce manquement serait toujours issu d'un conflit entre l'obligation de juger ou d'extrader avec le droit interne, et plus précisément avec un acte juridique interne individuel : la décision de non-lieu relative à M. Habré prononcée par la Cour d'appel de Dakar le 4 juillet 2000¹⁵. Se posent alors des questions relatives au caractère définitif de la conduite de l'Etat : est-il en mesure de revenir sur ces décisions de justice, et d'extrader ou bien de juger le prévenu ? Il semblerait qu'un arrêt de la Cour de cassation du Sénégal ait confirmé, le 20 janvier 2003, le refus de jugement¹⁶. Bien que l'épuisement des voies de recours internes n'ait pas lieu d'être dans le cadre d'une demande strictement interétatique, non ancrée dans le mécanisme de la protection diplomatique comme en

¹² C.I.J., Requête introductive d'instance du 19 février 2009, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, Belgique c. Sénégal, <<http://www.icj-cij.org>>.

¹³ On sait, depuis l'affaire du *Mandat d'arrêt* (C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, *Rec.*, n°121), combien la conception extensive que retient la Belgique de sa propre compétence en matière de répression des crimes de droit humanitaire est contestée. Voir VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *A.F.D.I.*, 1999, p. 55-71.

¹⁴ Voir notamment : C.I.J., ordonnance du 28 mai 2009, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, Belgique c. Sénégal, *Rec.*, p. 139, § 14, p. 142. Si la Belgique peut alléguer d'un lien personnel avec l'affaire, la nationalité d'une victime constitue un lien de rattachement faible avec la situation en cause. De plus, la Belgique entend juger bien au-delà des seuls crimes perpétrés à l'encontre de ses ressortissants, qui, pris isolément, ne pourraient caractériser un crime contre l'humanité. Elle accepte ainsi les requêtes de ressortissants tchadiens. Voir : *Mandat d'arrêt international* du 19 septembre 2005, délivré par le juge d'instruction belge en charge du dossier, C.I.J., Requête introductive d'instance du 19 février 2009, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, Belgique c. Sénégal, annexe 3, p. 28-94.

¹⁵ C.I.J., Requête introductive d'instance du 19 février 2009, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, préc., § 2 p. 5.

¹⁶ *Ibid.*, § 4 p. 6.

l'espèce, il faut se demander s'il ne serait pas la condition de la perfection du fait internationalement illicite éventuel, influant ainsi sur le *tempus commissi delicti*. La demande belge relative à ce refus impliquerait ainsi que le Sénégal annule lesdits actes juridictionnels, ou bien réforme le procès en cause. Extrapolons : la Belgique aurait-elle eu également intérêt pour agir à l'encontre du fait que le Sénégal n'incriminait pas, dans son droit interne, le crime contre l'humanité et ne pouvait exercer une compétence universelle pour réprimer un crime de torture commis par un individu qui se serait trouvé sur son territoire ? Dans l'affirmative, force serait alors d'admettre que tous les Etats liés par ces obligations de prévenir et réprimer les crimes de droit humanitaire auraient également pu agir, dans le cadre d'actions qui se seraient davantage rapprochées, à première vue, d'une *actio popularis* que de la défense du droit propre d'un Etat déterminé. Les règles juridiques internes sénégalaises sont-elles en effet susceptibles de porter atteinte à un droit subjectif ? Existerait-il en outre un différend réel entre les Etats en cause, alors que l'objet de la requête serait, au contraire, parfaitement abstraite ? Dans une telle hypothèse, à quand seraient remontés les faits à l'origine du différend, date dont la détermination est importante en cas de limite posée par les Etats à la compétence *ratione temporis* de la Cour¹⁷ ? Cette date apparaîtrait, en outre, essentielle afin de déterminer le droit applicable, qui n'est que celui en vigueur au moment desdits faits¹⁸. L'attitude du Sénégal, enfin, pourrait être remarquée : tout en campant sur son refus d'extrader M. Habré vers la Belgique, l'Etat s'est empressé, suite à la requête, de modifier son droit interne, introduisant le crime contre l'humanité dans son droit pénal et donnant à ses juges une base de compétence universelle, leur permettant ainsi de répondre aux exigences de la Convention sur la torture. Le conflit abstrait entre son droit interne et ses obligations internationales aurait-il pu, au-delà du différend concret qui l'oppose à la Belgique, être mis en cause, voire être à l'origine de sa responsabilité internationale ? Ces nouvelles dispositions sont toutefois destinées à permettre le jugement de M. Habré au Sénégal, autrement dit à permettre le respect, dans un cas concret, d'une obligation internationale de juger des crimes de droit international en de telles circonstances¹⁹. La Cour aurait-elle pu obliger le Sénégal à modifier ainsi son droit interne, lui précisant le contenu des règles internes qui

¹⁷ C'était en l'espèce le cas dans la déclaration belge d'acceptation unilatérale de la compétence obligatoire de la C.I.J., laquelle n'inclut dans le champ de la compétence de la Cour que les « différends d'ordre juridique nés après le 13 juillet 1948 au sujet de situations ou de faits postérieurs à cette date » (*ibid.*, p. 20). Bien entendu, une telle date, antérieure à l'indépendance du Sénégal, ne peut être un obstacle à la compétence de la Cour.

¹⁸ C.D.I., Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité, annexe à A.G.N.U., résolution 56/83 du 12 décembre 2001, Codification du droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, article 13, p. 4 : « Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État – Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit. »

¹⁹ Encore une fois : sous réserve qu'une telle obligation soit effectivement reconnue.

devraient être en vigueur dans son propre ordre juridique en vue d'assurer le respect futur de son obligation ?

Devant d'autres juridictions ou quasi-juridictions, cette fois spécialisées, le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat prend une autre dimension, cette fois beaucoup plus centrale. On citera, à l'appui de ces propos, la question posée à la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Dudgeon*. Un individu, se disant victime d'une législation prohibant les comportements homosexuels entre adultes consentants sans qu'elle lui ait été individuellement appliquée, demandait à la Cour reconnaissance de la violation de *son* droit au respect de *sa* vie privée, et satisfaction du préjudice subi. Pouvait-il véritablement se prétendre victime d'une règle qui, du fait de son caractère général et abstrait, ne le touchait pas encore, et disposer d'un intérêt pour agir ? Comment serait alors traitée l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, si cette condition procédurale inscrite dans la C.E.D.H.²⁰ est même considérée comme applicable à une telle configuration ? Une telle demande est-elle fondée ?

Face à l'ensemble de ces interrogations, quelques hypothèses peuvent être formulées à partir d'éléments classiques du droit international général. Notre thèse nous conduira, au moins en partie, à les remettre en cause.

A. Hypothèses

Plusieurs présupposés, nés d'une première observation de la jurisprudence et de la doctrine internationales, devront ainsi être vérifiés.

1. La première hypothèse, à l'origine de l'intitulé même de notre sujet, est que le droit interne n'entre pas en conflit, en tant que tel, avec le « droit international », mais plus précisément avec les obligations de l'Etat, prescriptions de comportement à la charge de ce dernier. Cela implique que la validité du droit interne en conflit ne serait pas en question, mais seulement la licéité du comportement de l'Etat y relatif.

Il n'existerait en effet aucun conflit de normes dans la mesure où les normes en question sont ancrées dans des ordres juridiques distincts²¹. Pourtant, ordres juridiques internes et ordre

²⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dite Convention européenne des droits de l'homme, C.E.D.H.), Rome, 4 novembre 1950, telle qu'amendée par les protocoles n°11 et n°14, <<http://www.echr.coe.int>>, article 35. 1, p. 8.

²¹ TRIEPEL (H.), « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923, p. 77-118. ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 1929, 534 p., spéc. p. 49-65. A l'encontre de

juridique international peuvent avoir le même objet, à la différence de deux ordres juridiques étrangers, tels le droit anglais et le droit français²². Pour certains, l'existence même d'un conflit de normes est un moyen d'affirmer l'unité des ordres juridiques. Le terme de « conflit » est alors employé pour désigner exclusivement le rapport entre normes d'un seul et même ordre juridique²³. Or, dans ce cas de figure, il ne pourrait exister de normes simultanément valables applicables à un même objet. Tout conflit serait ainsi « temporaire » et pourrait se résoudre par l'annulation d'une des deux normes, qui n'aurait pas dû être²⁴. Sans chercher à concilier ces théories ni à trancher les questions qu'elles soulèvent, on constatera simplement qu'en effet, droit international et droits internes ont aujourd'hui très fréquemment le même objet : on pense naturellement au traitement des sujets internes, mais aussi au traitement de la figure de l'Etat étranger et de ses représentants dans l'ordre juridique interne. Un « conflit », *lato sensu* tel que nous l'entendons, entre normes n'appartenant pas au même ordre juridique, peut ainsi être envisageable, nécessitant toutefois coordination et non invalidation de l'une des deux normes²⁵. Simplement, et à la différence de deux ordres étrangers tels le droit français et le droit anglais, cette coordination sera nécessairement dictée par le droit international, puisque l'Etat s'est engagé à respecter les prescriptions de comportement qui lui sont adressées. En cas de conflit avec le droit interne, il doit ainsi donner une préférence au droit international, en vertu du principe *Pacta sunt servanda*. Si l'on parle fréquemment à ce sujet du principe de supériorité du droit international, rien ne vient remettre en cause l'existence légale du droit interne en conflit. Le principe de supériorité n'est en vérité qu'un principe général du droit international qui oblige l'Etat à donner primauté au respect des obligations internationales sur le respect des règles internes, et aucunement un principe de légalité du droit interne. Le conflit existerait donc, plus précisément, entre le droit interne et les obligations internationales que l'Etat s'est engagé à respecter. Tout au plus, le droit interne ne pourrait être entendu, dans ce contexte, que comme du « fait », autrement dit comme la manifestation d'un comportement illicite de l'Etat, et ne pourrait ni être nul, ni même annulable²⁶.

cette doctrine dominante : SCHELLE (G.), *Précis de droit des gens. Principes et systématique, Partie I : Introduction. Le milieu intersocial*, Paris, Sirey, 1932, 312 p., réimpression : Paris, Dalloz, 2008, XV-312 p., lequel entend les règles de l'Etat comme émanations du pouvoir législatif dans sa fonction d'organe de droit international.

²² *Ibid.*, p. 57 : « Parler de conflit entre le droit international et le droit interne est aussi inexact que de parler de conflit entre les lois des différents Etats ».

²³ Voir surtout KELSEN (H.), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 14, 1926-IV, p. 227-331.

²⁴ *Ibid.*, § 26, p. 268 et s.

²⁵ VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *op. cit.*

²⁶ Cette affirmation s'appuie bien évidemment sur le *dictum* de la Cour permanente dans l'affaire de la *Haute-Silésie* (C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond), préc., p. 19), mais aussi sur ses propos dans l'affaire du *Territoire de Memel* : « La Cour croit utile d'ajouter que son rôle, dans la présente espèce, se borne à interpréter le Statut de Memel en tant que traité. Elle est arrivée à la conclusion que, selon l'interprétation correcte du Statut, le gouverneur n'aurait pas dû procéder à certains actes qu'il a accomplis. Elle

Pourtant, on remarque que les juridictions internationales ont parfois considéré comme nuls des actes juridiques internes. Ainsi, dans l'affaire du *Groënland Oriental*, la déclaration d'occupation du territoire en question promulguée par le gouvernement norvégien et les mesures prises à cet égard ont été qualifiées par la Cour permanente d'« illégales et non valables », car ce territoire était déjà sous la souveraineté du Danemark²⁷. Loin toutefois de détruire l'hypothèse²⁸, ni même d'y constituer une exception, cet exemple est relatif à un tout autre cas de figure. L'acte juridique dont la validité est en question devant la juridiction internationale est certes, formellement, un acte juridique interne. Certes, il entend certainement produire des effets dans l'ordre juridique interne, conditionnant le comportement à venir des sujets internes et organes de l'Etat sur le territoire en question. Toutefois, il entend également produire ses effets *dans l'ordre international* et répond en cela, aux yeux de la Cour « qui en est l'organe », au régime des actes unilatéraux de droit international, dont une norme internationale détermine les effets en ce qu'ils correspondent à la volonté de leur auteur. Le droit international régit certainement la production du droit dans son propre ordre juridique²⁹. Bien entendu, le caractère intersubjectif des relations entre Etats pose le problème de la centralisation de ces règles, que ce soit sur le plan de leur détermination³⁰, ou sur celui de leur sanction par la nullité d'actes juridiques non

n'entend pas dire par là que l'acte du gouverneur prononçant la dissolution, même si cet acte est contraire au traité, ait été sans conséquences juridiques dans le domaine interne. Cela reviendrait à admettre que la dissolution ne doit pas être considérée comme nulle, en ce sens que l'ancienne Chambre continuerait d'exister et que la Chambre nouvellement élue n'aurait pas d'existence légale. », C.P.J.I., arrêt du 11 août 1932, *Interprétation du statut du territoire de Memel (fond)*, Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Lituanie, *Série A/B*, n°49, p. 336

²⁷ C.P.J.I., arrêt du 5 avril 1933, *Statut juridique du Groënland Oriental*, *Rec.*, *Série A/B*, n°53, p. 21-75, p. 64 et p. 75. De même, mais de manière moins flagrante, la Cour considérait également comme non valable une loi interne de délimitation frontalière dans l'affaire des *Zones franches* : « Le droit de la Suisse au maintien des zones ayant été reconnu par la Cour, mais la France ayant, en 1923, sans le consentement de la Suisse, placé la ligne de ses douanes à sa frontière politique, elle doit, à la suite du présent arrêt, reculer cette ligne conformément aux anciennes stipulations. », C.P.J.I., arrêt du 7 juin 1932, *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, France/Suisse, *Rec.*, *Série A/B*, n°32, p. 96 et s., p. 164.

²⁸ Telle était la position de Mme Marek, qui utilise ces exemples à l'appui de son raisonnement, selon lequel le droit interne serait pris en considération comme du droit dans la jurisprudence de la Cour permanente, potentiellement annulable en cas de conflit avec le droit international : 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 », *op. cit.*, p. 282-284.

²⁹ Entre ainsi dans cette catégorie les règles relatives à la nullité des traités, énoncées aux articles 46 à 53 de la Convention sur le droit des traités, Vienne, préc., p. 139 à 141. De même, les règles relatives aux délimitations territoriales, au premier rang desquelles figure l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1834 : « Tout Etat a le droit de fixer la largeur de sa mer territoriale, cette largeur ne dépasse pas 12 milles marins mesurés à partir de lignes de base établies conformément à la Convention. » Assurément, cet article énonce une condition de validité des actes unilatéraux par lesquels les Etats entendraient délimiter leur mer territoriale.

³⁰ Ainsi, l'ensemble des règles énoncées par la Convention de Vienne, mises à part celles précitées (voir article 42. 1 de la Convention), ont un caractère dispositif. Soumises à la volonté des Etats contractants, elles ne peuvent ainsi être envisagées comme régissant la production du droit. Elargissons ces propos : il est généralement difficile de déceler en droit international des règles dont le caractère objectif serait suffisant pour pouvoir être considérées comme de véritables règles de fonctionnement. Même parmi les règles qui sont généralement considérées comme telles – nous nous référons de nouveau à la section relative à la nullité des traités de la

conformes. On préfère ainsi parler de l'« inopposabilité » de tels actes³¹, mais la logique demeure identique : elle est celle d'un principe de légalité internationale des actes juridiques de cet ordre – même si ce principe est bien éloigné de celui que connaît le droit interne³². Doivent donc être exclus de notre champ d'étude les actes juridiques qui ne seraient pas strictement internes, autrement dit dont les effets n'auraient pas exclusivement vocation à se projeter dans cet ordre. Au premier rang de ceux-ci figurent évidemment les actes juridiques de l'État qui sont « immédiatement et incontestablement des actes internationaux »³³, *i.e.* des manifestations de volonté d'un organe de l'État apte à engager celui-ci, ayant pour unique objet les relations entre Etats : ainsi de la ratification d'un traité, ou encore d'une promesse à l'égard d'un autre Etat. Doivent également être exclus les actes juridiques qui, à première vue, semblent internes en ce qu'ils « s'ancrent dans le droit interne »³⁴ : leur effet de droit est d'abord attaché *par le droit interne* à la manifestation de volonté en question. Toutefois, ils entendent également déployer leurs effets dans la sphère internationale, et ce seulement si le droit international attache à cette même manifestation de volonté de tels effets. L'acte juridique a alors un « double effet » : son auteur avait conscience qu'à son unique comportement serait attachée la modification de deux ordonnancements juridiques, interne et international. Entrent ainsi dans cette catégorie, dont nous ne traiterons pas, les actes juridiques internes de délimitation territoriale³⁵, ou encore, exemple topique, les actes individuels d'attribution de nationalité. Ces actes sont en effet la manifestation de volonté d'un organe interne, qui tend à produire des effets de droit interne – l'individu sera national de cet État, et se verra donc reconnaître ce statut qui implique, entre

convention de Vienne – leur détermination précise pourra poser difficulté et aller à l'encontre de la nullité d'un acte international qui n'y serait pas conforme. On pense bien sûr à la règle, certainement applicable à la validité de tout acte de droit international, selon laquelle tout traité qui contredirait au fond une norme de *jus cogens*. Même si le principe de la nullité des actes juridiques non conformes à des règles d'ordre public est certainement accepté par l'ensemble des Etats, il demeure un doute quant à la détermination de ces règles d'ordre public, doute qui a conduit la France à rejeter dans son principe même cette règle de validité.

³¹ COMBACAU (J.), « 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, 1990, XXI-511 p., p. 195-203.

³² C'est ainsi, certainement, à cela que Bourquin faisant référence lorsqu'il affirmait que « (r)ien ne ferait logiquement obstacle (...) à ce qu'une loi contraire aux obligations internationales de l'Etat qui l'édicte fût considérée comme entachée par là de nullité. » (BOURQUIN (M.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1931-I, t. 35, p. 1-232, spéc. p. 210) En effet, il ajoute aussitôt qu'en pratique, une telle loi « subsiste, elle est valide en droit interne, mais ses effets sont paralysés en droit international », *ibid.*, p. 211. Il est, à notre sens, question des règles formellement internes dont les effets internationaux pourront être « paralysés », la règle purement interne étant au contraire radicalement indifférente à cet ordre.

³³ Sur ces distinctions, POIRAT (F.), « Les actes unilatéraux », in ALLAND (D.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, p. 314.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ainsi un décret royal norvégien relatif à la délimitation de la zone de pêche norvégienne, considéré par la C.I.J. comme conforme au droit international – autrement dit, comme un acte pouvant déployer ses effets dans cet ordre (C.I.J., arrêt du 18 novembre 1951, *Pêcheries norvégiennes*, Royaume-Uni c. Norvège, *Rec.*, p. 116, ici p. 125-140. Voir également : C.I.J., arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la Mer du Nord*, Danemark et Pays-Bas c. R.F.A., *Rec.*, p. 3 et s., ou encore C.P.A., sentence du 11 avril 2006, *La Barbade c. Trinité-et-Tobago*, <<http://www.pca-cpa.org>>.

autres, le droit de vote – mais également des effets de droit international – l'individu sera envers les États étrangers un national de l'État qui a ainsi manifesté sa volonté ; ils devront alors appliquer dans son chef les conventions de traitement réciproque des étrangers conclues avec cet État, et ce dernier pourra exercer sur cette personne sa protection diplomatique. La question de la validité internationale de ces actes juridiques se pose donc bel et bien³⁶. Toutefois, on ne peut en déduire une quelconque nullité de l'acte juridique interne, l'État étant libre de tirer les conséquences de l'invalidité internationale de son acte dans son propre ordre juridique³⁷. S'il existe, en droit international, des règles relatives à la production du droit, elles se cantonneraient donc dans la production du droit international, sans tendre à régir la validité du droit interne. L'État ne serait soumis, relativement à son ordre juridique interne, qu'à des prescriptions de comportement et, à première vue, à aucun principe de légalité extrinsèque. Le droit interne n'entre ainsi en conflit qu'avec les « obligations » de l'État. Voilà pourquoi il demeurerait valide et ne serait, ainsi que l'énonçait la Cour permanente, entendu que comme une activité de l'État, un « simple fait » potentiellement contraire aux conduites exigées de lui en droit international.

2. Le droit international distinguerait entre les actes juridiques individuels et les règles juridiques de droit interne dans la caractérisation du conflit opposant les uns et les autres à ses prescriptions de comportement. Les règles juridiques internes prises in abstracto ne heurteraient jamais les obligations de l'État. Tout au plus incompatibles avec ces dernières, seule leur application pourrait être une mesure qui y soit véritablement contraire³⁸. Le conflit entre obligations internationales et actes juridiques individuels pourrait ainsi, à lui seul, donner lieu à un fait internationalement illicite engageant la responsabilité de l'État.

Ce présupposé est certainement lié à la liberté laissée aux États dans la détermination de leurs propres rapports avec le droit international. « Monisme » et « dualisme » existeraient dans les différents ordres juridiques internes sans que le droit international y trouve quoi que ce soit à

³⁶ C.I.J., arrêt du 6 avril 1955, *Nottebohm (deuxième phase)*, Lichtenstein c. Guatemala, *Rec.*, p. 4 et s.

³⁷ Ainsi dans l'affaire précitée (C.P.J.I., arrêt du 5 avril 1933, *Statut juridique du Groënland Oriental*, préc.), le gouvernement norvégien a lui-même révoqué en droit interne la résolution royale dont la validité internationale avait été remise en question.

³⁸ En ce sens : KOPELMANAS (L.), « Du conflit entre le traité international et la loi interne. Quelques remarques au sujet des rapports du droit interne et du droit international », *R.D.I.L.C.*, 1937, p. 88-143 et 310-361, spéc. p. 118-122. Voir aussi les propos de Ballardore Pallieri traduits par le professeur Santulli : « (d)'habitude, c'est seulement lorsque la loi est exécutée, lorsque par exemple une sentence de condamnation a été prononcée ou lorsqu'une mesure d'exécution forcée a été adoptée, que le fait internationalement illicite est réputé exister. (...) en raison de son caractère abstrait et général, l'activité législative apparaît seulement (...) comme une promesse ou une menace ou, plus génériquement, comme un programme d'actions futures ; et on comprend, dès lors, que l'ordre international s'intéresse surtout à l'activité concrète, lorsqu'elle se déroule, et beaucoup moins à celle qui la précède qui ne fait que prévoir la première et ne sert qu'à prédéterminer la conduite que les organes étatiques assumeront dans chaque cas concret » (*Diritto internazionale pubblico*, Milano, Guiffè, 1937, XV-536 p., ici p. 60-61, traduction : SANTULLI (C), *Le statut international de l'ordre juridique interne ...*, *op. cit.*, note 723 p. 366-367).

redire, dès lors que le droit interne accorde, le moment venu, primauté au droit international. Selon D. Anzilotti, cette supériorité doit être entendue comme « une limite juridique » au pouvoir de l'Etat, et non comme la signification d'une « délégation » de ce pouvoir par le droit international public³⁹. L'Etat serait, en dernier ressort, libre de son organisation interne tant qu'il respecte les limites auxquelles il s'est volontairement soumis. Si la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce que l'Etat ne peut se prévaloir de son droit interne pour justifier d'un manquement à ses obligations conventionnelles, rien n'est en revanche énoncé quant à la production, le maintien en vigueur, voire la simple existence d'un droit interne qui y ferait obstacle sans pour autant en constituer la violation. Ainsi, toujours selon D. Anzilotti, qu'une norme interne prescrive une chose contraire aux devoirs internationaux de l'État n'influe pas sur la valeur obligatoire de cette norme en droit interne, laquelle ne peut simplement pas être invoquée pour se soustraire à l'accomplissement d'obligations internationales⁴⁰. Ces rapports de système relèvent de son organisation constitutionnelle, dont il est non seulement libre de décider mais, au-delà, dont la liberté de décider est intrinsèque à son statut même d'Etat et consacre sa puissance souveraine. A l'instar de la France, tous les Etats sont ainsi libres de faire primer le droit international, sans pour autant exercer de contrôle de conventionalité qui leur permette d'assurer, en amont d'un respect tangible de leurs obligations, une certaine harmonie entre leur droit et le droit international. Il incombe ainsi au juge, selon l'article 55 de la Constitution, d'appliquer aux situations individuelles les conventions de droit international, le cas échéant sous condition de réciprocité d'application par les autres parties, laissant si besoin est les règles internes de côté⁴¹. Ces dernières ne pourraient donc être, en elles-mêmes, à l'origine de la violation des obligations internationales de l'Etat.

Cette prétendue « inaptitude à l'illicéité » semble attachée à l'ensemble des règles juridiques internes, et non à la loi en particulier. Certes, la loi semble parfois avoir, au regard du droit international, l'aura dont elle bénéficie en droit interne. Elle est ainsi parfois érigée en norme de référence, qui conditionne la licéité internationale de certains comportements étatiques⁴². Les juridictions internationales opèrent alors un contrôle de la légalité interne des mesures de l'Etat, aux fins de déterminer si ce dernier respecte ses obligations. Dans un arrêt

³⁹ ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international, op. cit.*, p. 51.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 49-65.

⁴¹ Article 55 de la Constitution française (Constitution de la Ve République, 4 octobre 1958, *J.O.R.F.*, 5 octobre 1958), tel qu'interprété par : Conseil constitutionnel, décision du 15 janvier 1975, *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, DC 74-54, *Rec.* p. 19 et s.

⁴² L'illustration la plus frappante d'une obligation internationale conditionnant la licéité d'un comportement interne à sa conformité à la loi est certainement la réglementation de la dépossession des biens étrangers. Voir, par exemple, Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), 17 décembre 1992, article 1110. 1. c., <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

récent, la C.I.J. a ainsi contrôlé la conformité à la loi congolaise de l'expulsion d'un ressortissant guinéen⁴³, condition de la licéité d'une telle mesure selon l'article 13 du Pacte international sur les droits civils et politiques⁴⁴ et l'article 12. 4 de la Charte africaine⁴⁵. C'est toutefois selon un critère matériel que la « loi » est alors identifiée, englobant en réalité l'ensemble des règles juridiques de l'Etat⁴⁶. En revanche, le droit international ne perçoit pas la loi comme l'œuvre du corps législatif, l'œuvre des représentants du peuple⁴⁷. Le *dictum* précité de la C.P.J.I. dans l'affaire de la *Haute-Silésie* mettait parfaitement en lumière le fait que l'activité du législateur, souverain en droit interne, n'est pas traitée différemment de l'activité de n'importe quel organe de l'Etat – de l'ordre judiciaire ou administratif⁴⁸. Le critère organique n'influe en rien, on le sait, sur l'imputabilité à l'Etat de l'activité de l'ensemble de ses organes. Ce principe reste utilisé dans la jurisprudence contemporaine⁴⁹. La supposée souveraineté du pouvoir législatif au sein de l'organisation étatique n'est que l'équivalent de l'indépendance du pouvoir judiciaire : un caractère parfaitement indifférent aux yeux du droit international⁵⁰. L'article 4 du Projet définitif d'articles de la C.D.I. sur le droit de la responsabilité des Etats, qui reflète ici l'état du droit international coutumier, énonce en effet que le « comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive,

⁴³ C.I.J., arrêt du 30 novembre 2010, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, République de Guinée c. République démocratique du Congo, *Rec.*, § 64-74.

⁴⁴ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16 décembre 1966, *Rec. Traités N.U.*, vol. 999 : « Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi », nous soulignons.

⁴⁵ Charte africaine des droits de l'homme, Nairobi, 27 juin 1981, *Rec. Traités N.U.*, 1988, vol. 1520, p. 268 et s., ici p. 271 : « L'étranger légalement admis sur le territoire d'un Etat partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi », nous soulignons.

⁴⁶ Au contraire, lorsque la « loi » est visée par un instrument conventionnel comme condition de licéité d'un comportement de l'Etat pris sur son fondement, le critère formel peut être retenu. Voir, par exemple, l'article 30 de la C.A.D.H. (San José, 22 novembre 1969, <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>>), selon lequel « (l)es restrictions autorisées par la présente Convention à la jouissance et à l'exercice des droits et libertés qui y sont reconnus ne peuvent être appliquées qu'en vertu de lois édictées dans l'intérêt général et uniquement aux fins pour lesquelles ces lois ont été prévues. », et son interprétation par la Cour interaméricaine : C.I.A.D.H., avis consultatif du 9 mai 1986, *The Word « Laws » in Article 30 of the American Convention on Human Rights*, OC-6/86, *Série A*, n°6. Dans la jurisprudence de la Cour européenne, la conception matérielle de la loi est retenue tant dans l'analyse du fait illicite que des restrictions des droits, voir notamment Cour E.D.H., arrêt du 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, *Série A*, n°176-A, § 29. Dans l'article 8, la loi peut ainsi être entendue de « textes d'un rang infralégislatif » (Cour E.D.H. arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp*, *Série A*, n° 12, p. 45, § 93) mais aussi de « droit non écrit » (Cour E.D.H., arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times*, *Série A*, n° 30, p. 30, § 47).

⁴⁷ Sur cette distinction classique, CARRE DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Paris, Economica, 1984, p. 1-24.

⁴⁸ C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹ Par exemple, l'Organe d'appel de l'O.R.D de l'O.M.C., renvoyant à l'arrêt de la Cour permanente, a précisé dans une affaire mettant en cause une loi, que le droit interne pouvait être utilisé comme du fait, afin de démontrer une pratique de l'Etat, ou « montrer le respect ou le non-respect d'obligations internationales ». Organe d'appel, rapport du 19 décembre 1997, *Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (Etats-Unis)*, WT/DS50/AB/R, § 65.

⁵⁰ AGO (R.), « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1971, vol. II, 1^{re} partie, p. 257-259.

judiciaire ou autres »⁵¹. Le pouvoir législatif, bien que disposant d'une autorité toute particulière en droit interne du fait de la théorie de la représentation, serait donc susceptible d'être à l'origine d'un fait internationalement illicite⁵². Si la spécificité formelle de la loi est ainsi indifférente au droit international, c'est ainsi du fait d'une particularité matérielle qu'elle serait « mise à part », et, à première vue du moins, insusceptible d'être à l'origine d'un fait internationalement illicite : comme toute règle juridique, elle est *générale et abstraite*.

3. Pour rappeler nos deux premières hypothèses, le droit interne en conflit avec le droit international n'est jamais nul : il peut tout au plus être considéré comme un fait contraire aux obligations de l'Etat, autrement dit comme un fait internationalement illicite. Une nuance est aussitôt apportée : seul le droit interne déterminant des situations individuelles pourrait être véritablement contraire aux obligations de l'Etat, à l'exclusion du droit interne général et abstrait dont il faudrait attendre l'application. Ces derniers propos n'apparaissent pas fondés sur une quelconque règle du droit de la responsabilité. Encore une fois, les règles dites « secondaires » du droit international, relatives à la création du droit ou aux conséquences de sa violation, ne semblent pas avoir le droit interne pour objet. *Autrement dit, le droit de la responsabilité ne donnerait aucune définition de l'illicite dans laquelle ne pourrait entrer le fait des règles juridiques internes. Que ce fait soit pourtant, au moins en apparence et dans la grande majorité des cas, insusceptible de constituer une violation des obligations internationales de l'Etat doit donc être fonction du contenu de ces obligations « primaires »*⁵³.

Ces propos nous évoquent le traitement par le droit international de la question des conflits entre traités, à laquelle nous allons consacrer un bref instant. Bien qu'il existe en droit international des règles relatives à la validité des traités, ces dernières ne donnent aucune solution auxdits conflits. Les traités « concurrents »⁵⁴ existeront donc tous deux dans l'ordre juridique international, qui ne fera que prescrire aux Etats, dans certains cas, l'application prioritaire d'un

⁵¹ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, XVI-461 p., p. 112.

⁵² ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 292-293.

⁵³ Cette classification s'inspire de HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, 334 p., spéc. p. 101. Elle a été grandement utilisée, en droit international, dans les travaux de codification du droit de la responsabilité des Etats, pour distinguer entre les règles de fond dont la codification devait être exclue, des règles « secondaires » qui seules faisaient partie du champ d'étude : AGO (R.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1970, vol. II, 1^{re} partie, § 11 p. 191 ; C.D.I., rapport sur les travaux de sa vingt et unième session, *Ann. C.D.I.*, 1970, vol. II, 2^e partie, p. 329 et s : « définir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre. », § 67 c), p. 327 ; CRAWFORD (J.), « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/490, 1998, § 12-18.

⁵⁴ Selon l'expression de WECKEL (P.), *La concurrence des traités internationaux*, Thèse, Strasbourg III, 1989, 562 p.

traité sur l'autre⁵⁵. Les traités sont dits *incompatibles* : ils ne peuvent être respectés en même temps par les Etats qu'ils lient⁵⁶. En l'absence de coordination, l'application de l'un constituera un manquement aux obligations énoncées par l'autre⁵⁷. En cela, on dit fréquemment que le droit de la responsabilité prend le relais du droit des traités⁵⁸. Toutefois, on doit noter certains cas de figure, rares mais dont l'existence permet d'infléchir largement le présupposé que nous venons de formuler, dans lesquels un traité prohiberait précisément la *conclusion* d'un autre traité⁵⁹. Il faut alors admettre que la violation d'une telle interdiction serait constituée non du fait de l'application du traité mais bien du fait du traité en lui-même, et plus précisément de sa conclusion par l'Etat obligé⁶⁰. Le « fait du traité » et non seulement de son application sera alors un fait internationalement illicite.

Ce parallèle ouvre des perspectives quant au conflit entre le droit interne et les obligations internationales de l'Etat. Que le fait des règles internes ne puisse constituer un fait internationalement illicite serait ainsi lié à la teneur des obligations primaires de l'Etat qui, dans leur grande majorité, ne seraient relatives qu'à l'application des règles internes, autrement dit à la réalisation de situations individuelles. Exceptionnellement toutefois, elles pourraient avoir « le fait de ces règles » pour objet, de la même façon qu'un traité pourrait interdire la conclusion d'un traité postérieur déterminé. Examinons plus attentivement ce présupposé.

Traditionnellement, les obligations de l'Etat ne tendent qu'à la réalisation de situations individuelles. Elles ne pourraient donc être heurtées du fait du droit interne général et abstrait de l'Etat, qui ne les modifierait pas. Selon D. Anzilotti, « on peut dire qu'il n'existe presque pas de

⁵⁵ Ainsi, les règles relatives aux conflits entre traités de la Convention de Vienne, ne sont pas énoncées dans la section relative à la nullité des traités. L'article 30 est ainsi intitulé : « Application de traités successifs portant sur la même matière ». Tout au plus, elles auront parfois trait à l'extinction des traités (Article 59 : « Extinction d'un traité ou suspension implicite de son application du fait de la conclusion d'un traité postérieur »). Convention sur le droit des traités, préc., p. 133 et 143

⁵⁶ COMBACAU (J.), *Droit des traités*, Paris, Que Sais-Je, 1991, 125 p., p. 96.

⁵⁷ REUTER (P.), *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, 1995, 251 p. ; ROUSSEAU « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *R.G.D.I.P.*, 1932, p. 133-192. Pour ce dernier, « (l)'exécution de ce traité constituera la violation de l'obligation assumée par l'autre traité ».

⁵⁸ COMBACAU (J.), *Droit des traités, op. cit.*, p. 100 ; CRAWFORD (J.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/498, *Ann. C.D.I.*, 1999, vol. II, 1^{re} partie, p. 7.

⁵⁹ La Convention de Vienne le prévoit, article 30. 5, énonçant que ses dispositions sont sans préjudice « de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat 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 Etat en vertu d'un autre traité. », Convention sur le droit des traités, préc., p. 133, nous soulignons.

⁶⁰ Dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, la Cour centraméricaine de justice a estimé que le Nicaragua était responsable sur le plan international à l'égard du Costa Rica pour avoir conclu un traité avec un Etat tiers sans avoir procédé au préalable aux consultations requises par un traité antérieur entre le Nicaragua et le Costa Rica. (Cour centraméricaine de justice, 13 septembre 1916, *Costa Rica c. Nicaragua*, traduction anglaise : *AJIL*, 1917, vol. 11, p. 181 et s. Dans l'affaire du *Timor oriental*, le Portugal de demandait pas la nullité du traité, mais la responsabilité de l'Australie pour avoir traité avec l'Indonésie. La Cour a refusé de juger l'affaire : C.I.J., arrêt du 30 juin 1995, *Timor oriental*, Portugal c. Australie, *Rec.*

matière du droit des gens où on ne trouve des règles qui bornent la liberté naturelle des États en leur imposant des devoirs mutuels, dont le but ou l'effet est d'assurer une certaine protection aux individus.»⁶¹ Même lorsque le traitement des personnes privées n'est pas l'objet de l'obligation internationale, il demeure qu'une situation individuelle peut toujours l'être : situation de l'agent d'un État étranger, situation d'une société, sont autant de situations individuelles, au sens d'*individualisées*, que le droit international tend à régir. De même, les obligations visant la réalisation de situations *dans l'ordre juridique international*, comme notamment les règles relatives au statut international des espaces maritimes, à la protection du milieu maritime, ou encore au désarmement ont toujours et avant tout pour objet la réalisation de multiples situations individuelles. Ainsi, les règles relatives au statut des espaces maritimes déterminent notamment le champ de compétence des États, leur interdisant de l'exercer, et donc de réaliser des situations juridiques individuelles internes empiétant sur le champ de compétence d'un État étranger. Encore, une obligation relative à la soumission des différends relatifs à un traité multilatéral à un arbitrage imposera à l'État qui y est lié la réalisation de mode de règlement pacifique dans chaque différend individuel qui surviendra entre lui et un État partie au même traité, mais nous mettrons pour l'instant de côté ces obligations car la situation dont elles requièrent la réalisation est cette fois ancrée dans le droit international. Il ne semble pas, de prime abord, que le droit interne puisse entrer en conflit avec elles. Parmi le reste des situations individuelles dont la réalisation est régie par le droit international, les plus nombreuses demeurent celles des sujets internes sur le territoire de l'État, et du fait de cette importance quantitative, l'étude du droit de la responsabilité a tout d'abord été concentrée sur la violation du droit international en la personne des étrangers⁶², posant des questions spécifiques, la plus connue étant de savoir si une violation internationale pouvait intervenir avant épuisement des voies de recours internes par l'individu. Mais cette catégorie ne doit pas être cantonnée dans la seule protection des sujets internes. Cette approche, si elle a été abandonnée car ne permettait pas d'obtenir une vision globale de la responsabilité internationale des États, a eu le mérite de mettre en exergue les problèmes soulevés par la violation d'une catégorie plus large d'obligations internationales : celles qui visent la réalisation de situations individuelles dans l'ordre juridique interne de l'État. Ces situations peuvent être celle

⁶¹ ANZILOTTI (D.), La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers, *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 17 ; ainsi, notamment, d'un traité de désarmement.

⁶² R. Ago le remarque dans son historique de l'œuvre de codification du droit de la responsabilité (« Premier rapport sur la responsabilité des États », *Ann. C.D.I.*, 1969, vol. II, partie 1, p. 131 § 5). On peut en effet citer parmi les travaux de codification consacrés à cette question le Projet d'articles sur la « protection diplomatique » préparé par l'Institut américain de droit international en 1925, le Projet relatif à la « responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers » préparé par l'Institut de droit international en 1927, ou encore le Projet de convention relatif à la « responsabilité internationale des États ». Le projet de la C.D.I de codification du droit de la responsabilité a en outre commencé par cette approche, voir les rapports de M.F.V. Garcia Amador, *Ann. C.D.I.*, 1956-1961.

d'un individu représentant son État sur le territoire d'un État étranger ou encore celle d'un navire étranger en haute mer, auquel cas l'obligation aura un objet interétatique. Elles peuvent encore être celles de sujets internes, et l'obligation sera alors transétatique. Seule l'application des règles internes pourrait ainsi constituer la violation de ces obligations, et non le fait de ce droit général et abstrait.

Exceptionnellement toutefois, on reconnaît des obligations qui exigeraient de l'État non plus la réalisation de situations individuelles, mais seraient, semble-t-il, relatives à des situations générales et abstraites de droit interne, autrement dit à des règles juridiques internes. On pense à la notion de « droit interne immédiatement ordonné » chère à Triepel⁶³, et aux obligations dites de « droit uniforme » du droit international privé. Toujours à première vue, on ne voit pas pourquoi ces obligations seraient construites différemment des précédentes, et il semblerait simplement qu'elles prescriraient à l'État une conduite spécifique : la production d'une règle au contenu internationalement défini, dans son ordre juridique interne⁶⁴. L'État devrait ainsi adopter un comportement de « transposition », comme, semble-t-il, ce qui est exigé de lui en droit communautaire à propos des directives. En toute logique, la violation d'une telle obligation serait réalisée par un comportement d'abstention de l'État⁶⁵. On ne voit pas à ce stade pourquoi l'État ne pourrait pas, sur ce modèle, choisir de s'engager à produire n'importe quelle règle de contenu déterminé, ou au contraire à s'interdire de produire ou de maintenir en vigueur une telle règle, et seule une réticence bien compréhensible à limiter ainsi l'exercice de son pouvoir normatif laisserait ces obligations au rang des exceptions en droit international. Dans ces cas exceptionnels seulement, le « fait des règles internes » pourrait être internationalement illicite. Toutefois, on perçoit nettement un obstacle se dresser à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État : aucun État déterminé n'aurait intérêt pour agir à l'encontre de la production d'une règle qui, en raison de sa généralité, ne le touche pas subjectivement, que ce soit en sa personne propre ou par l'intermédiaire d'un de ses ressortissants. Le caractère abstrait de l'acte rendrait également tout dommage parfaitement impalpable, et viderait alors totalement de son contenu l'obligation de réparation traditionnellement attachée à la violation d'une obligation primaire.

⁶³ TRIEPEL (H.), *Droit international et droit interne*, traduction R. Brunet, Paris, Pedone/Oxford, Oxford University press, 1920, VIII-448 p. (réimpression Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2010, avant-propos d'O. Beaud, XXXV-VIII-448 p.), p. 296 et s.

⁶⁴ Ainsi, selon Triepel, « le fait de ne pas légiférer ou d'abroger la loi » serait « déjà, en soi, contraire au droit » dans le cadre de ces obligations qui déterminent immédiatement les règles internes, *ibid.*, p. 299. On observera toutefois que, dans sa classification, obligations qui ordonnent immédiatement le droit interne et obligations qui le rendent seulement indispensable sont à égale proportion (*ibidem*).

⁶⁵ M. Santulli envisage également de cette hypothèse : dans le mécanisme du droit uniforme, « (n)'est-ce pas tout banalement d'une abstention étatique qui constitue la violation du droit international ? », SANTULLI (C), *Le statut international de l'ordre juridique interne ...*, *op. cit.*, p. 382.

B. Remise en cause des hypothèses

De nombreux éléments semblent toutefois remettre en cause les hypothèses que nous venons de formuler. La jurisprudence internationale contemporaine adopte des solutions au conflit entre droit interne et obligations internationales qui paraissent bien éloignées de celles notamment évoquées par la Cour permanente et la doctrine internationaliste classique, autrement dit dualiste.

Question du droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne nous est, d'emblée, apparu comme portant un regard plus appuyé sur le droit interne, rejetant beaucoup plus radicalement tout conflit même latent entre celui-ci et les obligations communautaires de l'Etat⁶⁶. Il nous a semblé que l'exigence d'adaptation du droit interne aux besoins communautaires était cette fois intrinsèque au système, et non issue d'une obligation spécifique répondant au mécanisme du « droit uniforme ». Elle apparaît comme le principe et non plus l'exception. Doit-on pour autant en conclure que le droit communautaire serait si profondément distinct des mécanismes du droit international qu'il devrait être exclu de notre raisonnement ? Il est communément admis que les fondements de l'Union européenne et du droit qu'elle produit sont conventionnels, et donc ancrés en droit international⁶⁷. Cette remarque ne signifie toutefois rien si l'on songe aux fondements conventionnels de la Constitution américaine. L'évolution vers un modèle étatique est ainsi tout à fait envisageable⁶⁸.

De profondes spécificités du droit communautaire pourraient nous orienter en ce sens. Si la logique initiale était similaire à celle du droit des traités⁶⁹, le système communautaire a

⁶⁶ En ce sens, JACQUE (J.-P.), « La Constitution de la Communauté européenne », *R.U.D.H.*, 1995, vol. 7, N°11-12, p. 397-424. Selon l'auteur, alors que le principe de primauté est commun au droit communautaire et au droit international, la spécificité du premier réside dans « l'existence de l'article 177 qui permet au juge communautaire d'intervenir avant que la primauté ait été violée alors que le juge international intervient d'ordinaire après alors que le problème se pose en termes de responsabilité. », p. 402.

⁶⁷ PELLET (A.), « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, Book 2, p. 207.

⁶⁸ Ainsi, selon D. Simon, « l'ordre juridique communautaire revendique une paternité enracinée dans le droit international, et que ce patrimoine génétique par définition perdure comme le code génétique qui continue de conditionner certaines données du système communautaire, mais que par ailleurs le droit né des traités a acquis une personnalité autonome qui s'est émancipée et lui confère effectivement une vie propre. » SIMON (D.), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 2000, 448 p., p.228.

⁶⁹ L'article 10 du Traité CE énonce ainsi que « (l)es États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. ». Cet article pouvait

vraisemblablement évolué d'une logique d'uniformisation vers une logique d'intégration qui aujourd'hui lui est propre⁷⁰. Ainsi, l'obligation de transposition des directives doit, à notre avis, recevoir une seconde lecture. Il « désigne l'opération par laquelle l'État membre destinataire d'une directive communautaire procède à l'adoption des mesures nécessaires à sa mise en œuvre »⁷¹. En d'autres termes, les États sont obligés d'adopter des règlements d'application de cette norme faiblement définie, afin de lui apporter la précision suffisante pour la rendre opposable aux sujets internes et leur permettre de l'invoquer. Loin d'une « loi uniforme », la directive s'apparente davantage à une « loi-cadre » européenne qui fait immédiatement droit dans l'ordre juridique interne mais ne peut être réalisée faute de règlement d'application. Ainsi, elle ne constitue pas, ou en tout cas plus aujourd'hui, une exception à l'intégration du droit communautaire en droit interne. En outre, les moyens utilisables pour conduire l'État à se soumettre à l'uniformisation de l'ensemble de son droit interne sont, eux aussi, profondément spécifiques. On admet généralement que l'Union européenne dispose d'une nature organique qui la distingue d'une organisation internationale classique⁷².

Le degré d'intégration du droit communautaire serait-il tel que l'on puisse considérer que la frontière allant du droit international au droit fédéral serait franchie ? Peut-être n'est-il pas besoin de trancher le débat en ces termes. En adhérant à la thèse d'O. Beaud⁷³, il est possible d'admettre qu'on se trouve simplement en présence d'un ensemble tripartite composé d'entités fédérées – les États membres – d'un gouvernement central – la « fédération » – et d'un tout fédéral – la « Fédération »⁷⁴, dont le particularisme doit être étudié sans y voir de *critérium* attestant le passage du droit international à un droit interne. Dès lors qu'il y a « Fédération », les relations

parfaitement recevoir la même interprétation que celle donnée à l'article 18 de la Convention VI de Lausanne de 1923 sur l'échange des populations turques et grecques, par la Cour Permanente en 1925 : « cette clause ne fait que mettre en relief un principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris » (C.P.J.I., avis du 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, Rec., Série B, n°10, p. 20).

⁷⁰ C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec., p. 1158-1159. Voir notamment : PESCATORE (P.), *L'ordre juridique des Communautés*, 1973, p. 227 ; DE WITTE (B.), « Retour à Costa. La primauté du droit communautaire au regard du droit international. » R.T.D.E., 1984, p. 424.

⁷¹ SIMON (D.), « Directive », *Répertoire de droit communautaire*, Tome II, Paris, Dalloz, § 29, p. 8.

⁷² Même A. Pellet, qui ne voit dans le droit communautaire qu'un droit international particulièrement évolué, estime en effet que la démonstration de l'originalité du droit communautaire est en tout premier lieu apportée par le « rôle tout à fait extraordinaire par rapport aux juridictions internationales de type classique, que joue la C.J.C.E. dans la vie du droit communautaire et qui se traduit, notamment, par l'importance, exceptionnelle, du contentieux de la légalité et par ses rapports directs avec les juridictions nationales, qui contraste avec le caractère embryonnaire et consensualiste du règlement obligatoire des différends dans l'ordre international » (PELLET (A.), « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *op. cit.*, p. 218.)

⁷³ BEAUD (O.), *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p. L'idée centrale de l'auteur repose la représentation de la « Fédération » autrement que par le biais de l'État, du concept de souveraineté.

⁷⁴ L'auteur « propose d'employer pour le Tout fédéral le signe de la majuscule et pour la partie fédérale du Tout celui de la minuscule. », *ibid.*, p. 141. Ainsi, « la Fédération est l'ensemble composé – au minimum – de la fédération et des États membres », *ibid.*, p. 142, italiques dans l'original.

entre le centre et les entités qui la composent sont tout à fait spécifiques. Le terme d'*intégration* propre au droit communautaire n'est pas le signe de la domination d'une hypothétique super-structure sur les Etats membres de l'Union européenne. Cette dernière est l'exemple-type de cette construction complexe qu'est la Fédération, composée d'Etats souverains au sens classique du terme, et d'un gouvernement central qui œuvre dans le sens de l'uniformisation de certaines divergences sans lisser tous leurs particularismes, doté de la personnalité internationale – l'Union européenne. Ainsi, en raison du caractère *sui generis* du fonctionnement de cette « Fédération », nous choisissons de ne pas intégrer pleinement l'analyse du droit communautaire à notre étude, nous autorisant simplement quelques digressions vers cette contre-épreuve de notre raisonnement.

Quelles branches du droit international seraient alors à même d'apporter des éléments de confirmation ou de remise en cause des hypothèses précédemment formulées ?

Champ de l'étude

A côté de la jurisprudence de La Haye, qui constitue une base de notre travail de recherche, l'analyse de la jurisprudence des juridictions internationales spécialisées apparaît très riche en enseignements, et surtout source d'étonnement plus vive.

Ecartons tout d'abord les arrêts du Tribunal international du droit de la mer, afin de réduire notre champ de recherche à des secteurs plus propices à des conflits avec le droit interne. On rappelle en effet que le droit de la mer est, en grande majorité, relatif à la réalisation de situations ancrées en droit international et non dans l'ordre juridique interne. Mis à part des actes juridiques internationaux formellement internes, que l'on a déjà exclus de notre étude, le droit interne est peu à même d'entrer en conflit avec ces règles. Des exemples suffisants de ces conflits nous seront fournis par la jurisprudence de la C.I.J.

Le domaine de la protection des droits de l'homme apparaît en première place des secteurs du droit international susceptibles d'interférer avec le droit interne. Les juridictions régionales, européennes et américaines, ont ainsi été l'objet de toute notre attention, avec un intérêt particulier pour la première et une réserve certainement compréhensible face aux solutions parfois surprenantes retenues par la seconde. Nous avons en revanche choisi d'écarter les décisions du Comité des droits de l'homme de l'O.N.U., dépourvues de caractère obligatoire.

Plus généralement, l'ensemble des rapports des comités de surveillance du respect de convention, sous l'égide de l'O.N.U. ou du Conseil de l'Europe, qui n'ont pas de caractère juridictionnel, n'ont pas été retenus. Leurs rapports vont souvent plus loin que ce qu'une juridiction dont les décisions sont obligatoires se permettrait de prononcer⁷⁵. Ces mécanismes sont adaptés au contrôle des actes juridiques internes *in abstracto* car fonctionnent essentiellement par incitation à la modification de ces derniers – par, notamment, des mesures de publicité de leurs rapports. Toutefois, le fait qu'aucune obligation secondaire ne puisse naître à la charge des Etats ne permet pas d'affirmer la normativité des obligations primaires dont la violation serait éventuellement reconnue.

Le droit du commerce international, droit interétatique au centre duquel figurent toutefois les opérateurs commerciaux de droit interne, mais aussi le droit du travail international, qui entend poser des règles de droit social communes, seront évidemment au centre de nos préoccupations. Les mécanismes de règlement des différends qui en assurent le respect, dans le cadre de l'O.M.C. et de l'O.I.T., en voie de juridictionnalisation, rendent aujourd'hui des décisions quasi-systématiquement obligatoires, que nous avons pour cette raison incluses dans nos recherches. Quant aux décisions arbitrales de droit international économique, c'est avant tout sur les décisions des tribunaux du CIRDI que l'on s'est appuyé, en ce qu'elles révèlent une véritable « jurisprudence »⁷⁶.

Le champ de notre étude, ainsi étendu, nous a permis de découvrir de éléments de solution novateurs à la question posée, dont nous ne donnerons ici qu'un très bref aperçu.

Ici, dans l'affaire *Dudgeon* précitée, la Cour européenne accepte de manière tout à fait originale le recours d'un individu à l'encontre d'une loi interne *in abstracto*, et énonce que « (p)ar

⁷⁵ A titre d'illustration, le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants institué en vertu de l'article 25 de la Charte sociale européenne a rendu en 2008 un rapport suite à une réclamation du centre européen du droit des Roms où la législation bulgare sur l'assurance maladie est examinée *in abstracto* (Comité d'experts indépendants institué en vertu de l'article 25 de la Charte sociale européenne, décision du 3 décembre 2008, *Centre européen du droit des Roms c. la Bulgarie*, Réclamation n° 46/2007, <wcd.coe.int>). Anna-Lisa Ciampi, membre du Comité, émet à cette occasion une opinion dissidente : « le Comité n'a pas compétence pour établir une situation prospective de non-conformité d'un Etat Partie. La majorité des membres du Comité ont relevé une autre « lacune » de la législation bulgare dans le champ d'application prétendument limité du décret, qui ne porte que sur la couverture des « frais liés aux traitements hospitaliers et n'inclut pas les soins de santé primaire ou les soins ambulatoires spécialisés que pourrait nécessiter un patient sans ressources ». Or, tout ce qu'exige l'article 13§1 pour ceux qui ne peuvent bénéficier d'un régime de protection sociale est une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessités par leur état. A ce sujet, le Comité a eu l'occasion de préciser par le passé que « il n'entre pas dans sa compétence de définir la nature des soins exigés ni le lieu où ces soins doivent être dispensés » (Conclusions XIII-4, Observation interprétative relative à l'article 13, pages 57 à 60).

⁷⁶ Voir notamment le titre, évocateur, de l'ouvrage du professeur Gaillard : *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, IV-1105 p.,

son maintien en vigueur, *la législation attaquée représente une ingérence permanente* dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée » autrement dit la violation d'une obligation visant la réalisation de situations individuelles : la protection de la vie privée de chacun des sujets internes de l'Etat.

Là, dans un rapport adopté par l'organe de règlement des différends de l'O.M.C., un énoncé conventionnel est interprété comme un quasi-principe international de légalité du droit interne, en ce qu'il « oblige effectivement les Membres de l'O.M.C. à *garantir la conformité de leur droit interne* avec leurs obligations au regard de l'O.M.C. »⁷⁷

Plus loin, dans l'affaire *Barrios Altos*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme va même jusqu'à affirmer qu'une loi interne incompatible avec les obligations de l'Etat est *dépourvue d'effet légal*⁷⁸.

Une étude plus approfondie était ainsi essentielle à une compréhension plus fine du sujet, et nous a permis, sans balayer radicalement les hypothèses formulées, de les nuancer de manière substantielle.

C. Thèse

1. *Regard sur les obligations primaires de l'Etat*

Les obligations de l'Etat sont, traditionnellement, relatives à son *activité de réalisation* : ce qu'il doit faire ou ne pas faire, afin de réaliser des situations internationalement définies. Traditionnellement toujours, on ne perçoit pas d'autre réalisation possible que vis-à-vis de ses pairs, pris *individuellement*, dans la perspective des relations intersubjectives entre Etats, que cette situation soit immédiatement celle des autres Etats ou bien celle de leurs ressortissants. L'évolution du droit international vers des relations plus objectives, nouées dans le but de la protection d'un intérêt général, ne modifie pas ce point de vue : il demeure que, dans le cas individuel de chaque sujet interne protégé, l'activité de l'Etat devra être ainsi que l'obligation internationale l'exige. Ce qui est requis de l'Etat n'est qu'un comportement « de réalisation », mais pas nécessairement un comportement matériel. En effet, l'activité juridique de l'Etat pourra être

⁷⁷ Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, § 7.42, note 652.

⁷⁸ Cour I.A.D.H., arrêt du 14 mars 2001, *Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al. vs. Peru)*, Série C, n°75, § 44.

parfois incluse dans cette réglementation internationale. Pour cela, nous avons choisi de qualifier d'*opératifs*, terme inusité nous permettant d'éviter toute confusion avec d'autres concepts existants⁷⁹, renvoyant à « ce qui agit, réalise »⁸⁰, l'ensemble de ces comportements requis, qui sont, au regard du droit international, perçus comme des *activités de l'Etat réalisant des situations individuelles*.

Le droit international passe toutefois, face au droit interne de l'Etat, d'une relative indifférence à un intérêt constamment plus marqué. La « mondialisation », mouvement général du droit international, délicat à saisir sur le plan juridique, se dessine en ce sens⁸¹. Les termes d'« unification » ou encore d'« harmonisation » du droit interne semblent également s'y rapporter, sans qu'il soit aisé de déterminer si la pluralité des vocables répond à une pluralité des concepts. La « mondialisation » a un aspect à la fois plus général et plus spécifique. Général dans la mesure où elle s'inscrit dans une dynamique visant à faciliter les échanges commerciaux et intellectuels entre les pays⁸² sans avoir pour unique moyen l'adaptation des règles juridiques internes mais également la convergence de politique en matière de relations internationales. Spécifique car la « mondialisation » participe d'une « logique originellement économique »⁸³ même si elle affecte aujourd'hui de nombreux autres domaines. Ce mot décrit davantage une tendance générale de la société plutôt qu'il ne désigne un quelconque processus juridique. A la « mondialisation » du droit, mieux vaut ainsi préférer, dans le contexte qui nous occupe, l'expression plus ciblée d'*uniformisation du droit interne*. Le mécanisme dit du « droit uniforme », très connu en droit

⁷⁹ Nous ne pouvons ainsi retenir « matériel » ou puisque, justement, le droit international embrasse dans cette catégorie des comportements qui ne le sont pas. De même, nous utilisons « opératoire », terme du vocabulaire juridique qui qualifie un acte d'exécution.

⁸⁰ On trouve ainsi le terme chez Littré : « Terme de scolastique. Propriétés opératives, celles qui sont causes d'actes. », avec une citation de Sully : « *Si l'emploi de vos sujets en cette sorte de vie qui semble être plutôt méditative, oisive et sédentaire que non pas active, ne le désaccoutumera point de cette opérative, pénible et laborieuse en laquelle ils ont besoin d'être exercés* » (*Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874). Selon REY (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, 2 vol., Paris, Le Robert, 3^e éd., 2000, vol. 2 : « Opératif, -ive adj. (1370-1372) est emprunté au latin chrétien *operativus* « efficace » (déb. Ve siècle), formé sur *operatus*, participe passé de *operati*. L'adjectif, en philosophie, signifie « propre à produire des effets » et « qui (...) accompli » (1374) ; il est rare avant 1800... »

⁸¹ Voir notamment CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 2010, 158 p.

⁸² Le terme apparaît dans les années soixante. Il lui est parfois préféré celui de *globalisation*, traduction du terme anglo-saxon *globalization* à l'étymologie évidente. Ch. P. Pamboukis n'y voit qu'une « différence de perception : ceux qui utilisent le terme 'globalisation' sont enclins à penser que ce phénomène constitue une rupture historique dans le mode d'organisation sociétale, tandis que ceux qui utilisent le terme « mondialisation » sont en faveur de la conception que celle-ci constitue l'évolution, la suite de l'internationalisation. » (PAMBOUKIS (Ch. P.), « Droit international privé holistique », *R.C.A.D.I.*, 2007, vol. 330, p. 46.) Dans les deux cas il est toutefois question non pas d'espace géographique mais d'un espace social nouveau, global. Le concept renvoie aux manifestations d'un phénomène général sans en préciser les moyens. Extrêmement galvaudé, il cristallise aujourd'hui les maux de nos sociétés modernes de consommation. Voir le Yale center for the study of globalization, <<http://yaleglobal.yale.edu/about/>>.

⁸³ VERHOEVEN (J.), « Souveraineté et mondialisation : libres propos », p. 43-57, LOQUIN (E.) et KESSIDJIAN (C.) (dir.), *La Mondialisation du droit*, travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Dijon, Litec-CREDIMI, 612 p., p. 52.

international privé, illustre cette tendance. Les obligations qui en relèvent portent ainsi sur des « lois uniformes »⁸⁴, générales et abstraites, et non sur des situations individuelles. L'expression nécessite les guillemets : ces « lois », censées régir des relations entre personnes privées, n'ont en effet aucun caractère normatif tant qu'elles restent énoncées dans des instruments interétatiques. Les conventions « portant loi uniforme »⁸⁵ ne fournissent qu'un plâtre sur lequel l'Etat devra couler le bronze de son droit interne, cette sculpture étant leur objet véritable. La teneur précise de ces obligations n'est pas celle que nous présupposons. Loin d'exiger de l'Etat une retranscription formelle de la « loi » internationalement définie dans son ordre juridique, par la production d'une règle nouvelle, elles requièrent plus exactement une adaptation du droit interne dans son ensemble, à ces modèles. C'est ainsi *l'état des règles internes* qui sera l'objet de ces obligations, comportement cette fois perçu comme *normatif* par le droit international. Les Etats devront faire en sorte que leur droit interne soit physiquement calqué sur ces « lois uniformes » ; autrement dit, l'obligation de comportement normatif à laquelle ils peuvent s'engager sera relative à la *conformité* des règles internes à un modèle, plus ou moins précis, qu'ils auront défini en commun. Le terme de « conformité » nous renvoie aussitôt à un principe de légalité, dont nous découvrirons que les obligations de comportement normatif de l'Etat sont un succédané, permettant d'assurer une certaine sécurité juridique des personnes privées et de leurs relations par-delà les frontières étatiques.

L'exigence d'uniformisation du droit interne semble aujourd'hui contaminer l'ensemble du droit international public. Les bornes du droit matériellement privé une fois franchies, c'est alors des règles de droit public qu'il faudra envisager l'adaptation obligatoire. La lutte contre *l'incompatibilité* du droit interne, conflit entre une obligation de l'Etat et la règle interne qui pose un obstacle à son respect, se dessine de manière beaucoup plus nette, au travers d'obligations de comportement normatif d'un genre nouveau. Non plus liée à un « modèle » sur lequel devrait être formé le droit interne, l'obligation est cette fois relative à une véritable norme de droit international, qui pèse en elle-même sur les Etats. C'est ainsi de la sécurité juridique de ces relations internationales, interétatiques ou transétatiques, qu'il sera alors question. On constate en effet la reconnaissance croissante, en droit international, d'obligations de comportement normatif relatives à la compatibilité des règles internes aux obligations traditionnellement à la charge de l'Etat. Il est ainsi requis que l'Etat prévienne, *en assurant un certain état de son droit interne*, la violation

⁸⁴ Selon l'expression généralement utilisée en droit international privé.

⁸⁵ De la même façon, cette expression est celle généralement employée pour désigner les conventions de droit international privé relevant de cette catégorie.

des obligations de comportement opératif qui sont à sa charge. – autrement dit, selon notre terminologie, à ses obligations de comportement opératif.

Cette tendance contemporaine visant à la prévisibilité des relations internationales par le prisme de *l'état des règles internes* infléchit ainsi l'analyse traditionnelle du conflit entre droit interne et obligations de l'Etat que l'on a pu présenter à titre d'hypothèse de travail, sans toutefois la bouleverser totalement. En effet, le droit international général semble encore hermétique à cette évolution, comme l'atteste le fait qu'aucune obligation de comportement normatif superposée aux normes existantes de droit international n'ait à ce jour été reconnue par la C.I.J. Une raison très simple peut être avancée : la responsabilité de l'Etat pour violation des obligations de comportement normatif dans leur ensemble – c'est-à-dire y compris celles relatives à des « lois uniformes » de droit privé dont l'existence, plus ancienne, semble incontestable – ne peut être mise en œuvre dans le cadre du contentieux international classique. C'est ainsi uniquement devant des juridictions ou quasi-juridictions spécialisées que de telles obligations ont été reconnues, sans que ce droit international « nouveau »⁸⁶ soit propre à un domaine spécifique. Simplement, ces organes internationaux permettent d'ouvrir de nouvelles voies de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat. Au-delà, ils sont sans doute moins attachés à la conservation de règles coutumières dont ils n'ont pas pour fonction première de garantir le respect, et s'en départent ainsi plus facilement. Si une porte est alors ouverte à un contrôle international du droit interne pris *in abstracto*, celle-ci ne conduit pas à une remise en cause totale du principe de base selon lequel ce droit interne serait, au regard du droit international, un « simple fait ». Car ces obligations relatives à l'état des règles internes dont la reconnaissance est en voie d'expansion ne sont rien de plus que des prescriptions de comportement, même si le caractère normatif de celui-ci les rend tout à fait singulières. Le fait du droit interne ici pris en considération ne sera plus la *production, voire le maintien en vigueur d'actes juridiques* dans l'ordre étatique, mais *l'existence de normes internes*. Si les normes en question apparaissent en conflit avec une « loi uniforme », voire, aujourd'hui, avec certaines obligations de comportement opératif à la charge de l'Etat, leur existence pourra alors donner lieu à un fait internationalement illicite.

Adoptant le point de vue du droit international, nous ne nous pencherons pas sur les pratiques internes relatives au traitement du conflit entre les obligations précédemment évoquées et le droit national. Seuls quelques exemples, essentiellement issus de la pratique française en la

⁸⁶ Sur la distinction entre le droit international « traditionnel » et le droit international « nouveau », non fondé sur un domaine matériel, voir CASSESE (A.), *International Law*, Oxford, University Press, 2001, 469 p., p. p. 279-283.

matière, pourront être joints à nos propos et doivent, dès à présent, être remis à leur place de simples *ex cursus*. C'est en revanche à une véritable étude *du droit interne, tel que perçu par le droit international*, que l'on pourra se livrer dans le cadre de l'analyse du conflit qui l'oppose aux obligations de l'Etat.

2. *Regard sur le droit interne*

Quels sont les actes juridiques dont la production pourrait être entendue comme un *comportement opératif*? Quels autres actes ne pourraient être perçus comme tels, leur signification normative étant trop prégnante pour pouvoir, même par fiction, être omise? La production d'actes individuels de droit interne sera bel et bien, ainsi qu'on le présupposait, considérée comme un comportement opératif de l'Etat. En cas de conflit entre cet acte et une obligation internationale qui visait un tel comportement tout en précisant les modalités de réalisation, sa production pourra, à elle seule, en constituer le manquement, fait internationalement illicite dont l'Etat auteur devra répondre. La mise en œuvre de cette responsabilité, ainsi que la *restitutio in integrum* qui devra être effectuée en conséquence, ne poseront pas de difficulté majeure.

Toutefois, au regard du droit international, plus large est la catégorie des actes juridiques internes qui peuvent être entendus comme réalisant une situation individuelle, puisque celle-ci peut n'être que juridique. Ainsi, la production de certains actes juridiques législatifs ou réglementaires pourra être perçue comme un comportement opératif, lorsque le pouvoir laissé à l'organe interne chargé de leur application ne lui laissera pas de marge de manœuvre. D'un point de vue international, ces actes généraux réalisent du seul fait de leur production une situation individuelle donnée de la même façon que les actes individuels, car ne nécessitent pas de norme individuelle d'application et peuvent aussitôt recevoir une exécution matérielle. La production, mais aussi le maintien en vigueur de ces règles que nous qualifierons d'*immédiatement exécutoires*, pourront ainsi donner lieu à un fait internationalement illicite. La responsabilité de l'Etat sera toutefois plus difficile à mettre en œuvre dans un cadre contentieux en raison de la généralité du comportement en cause, et il sera également plus délicat d'imposer à cet Etat une quelconque *restitutio in integrum*.

L'état des règles juridiques internes, qu'elles soient immédiatement exécutoires ou non, peut en revanche être l'objet des obligations dites de *comportement normatif*. L'existence d'une norme interne pourra alors être entendue comme un fait internationalement illicite. Reste toutefois à déterminer si une quelconque limite à la réglementation du comportement normatif de

l'Etat peut être posée. Ici encore, le pouvoir conféré aux organes de l'Etat par le droit interne, c'est-à-dire la marge de manoeuvre qui leur est laissée dans l'application des règles mises en cause, sera déterminant. Plus ce pouvoir sera étendu, plus la règle qui l'énonce ne pourra être autrement perçue que comme une véritable règle constituante, organisant la répartition des pouvoirs entre organes de l'Etat. Le comportement certes normatif, mais également constituant de l'Etat sera alors en cause, comportement dont la réglementation par une obligation internationale pourrait cette fois porter atteinte à la souveraineté de l'Etat dont elle est l'essence. Quoi qu'il en soit, dès lors que l'existence d'une norme interne sera considérée comme donnant lieu à la violation d'une obligation internationale, l'évanescence de la responsabilité attachée au comportement de l'Etat, si abstrait, sera remarquable. Réfractaire à toute mise en œuvre par les canaux traditionnels, cette responsabilité n'aura, de plus, aucun contenu véritablement rétrospectif.

Ces propos doivent toutefois être pris avec circonspection. La perception, par le droit international, du droit interne dans le cadre de la caractérisation du conflit qui peut l'opposer aux obligations à la charge de l'Etat, est en pratique fort délicate à appréhender. Elle suit une frontière floue, et la différence entre les actes dont la production peut être régie par les obligations de comportement opératif, des actes dont la signification normative sera prise en considération par le droit international, est sans doute question de degré plus que de nature.

Plan de la démonstration

Afin de démontrer le bien-fondé de cette thèse, tout en restant attaché à une méthode déductive, nous préserverons toujours, en filigrane, notre hypothèse de départ distinguant, du point de vue du droit international, les actes individuels des règles juridiques internes. La question du conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat est, on le perçoit bien, à la fois ancrée dans l'étude des obligations primaires de l'Etat et en droit de la responsabilité de celui-ci. Ces deux thèmes constitueront ainsi les axes principaux de notre travail. Tout d'abord, nous nous consacrerons à l'identification des hypothèses dans lesquelles un conflit entre une obligation de l'Etat et le droit interne – actes individuels, premièrement, puis règles juridiques internes, en second lieu – pourra donner lieu à la violation de cette obligation. Une classification des obligations internationales, suivant ce qu'elles requièrent précisément de l'Etat eu égard à son droit interne, et la caractérisation du conflit qui les opposent au droit interne, seront au centre de notre démarche (Première partie). Dans un second temps, c'est sur la responsabilité de l'Etat

auteur d'une telle violation, du fait de son droit interne, que notre regard se portera, afin de déterminer son contenu et les modalités de sa mise en œuvre (Seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE

**IDENTIFICATION DES HYPOTHESES DANS LESQUELLES LE
CONFLIT DONNERA LIEU A LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION
INTERNATIONALE**

Introduction

« Violation d'une obligation internationale » : cette expression renvoie, d'emblée, à la notion de « fait internationalement illicite », et l'on se demande aussitôt si le *droit* interne en conflit avec une obligation internationale peut donner lieu à un tel *fait*. Afin de répondre à cette interrogation, il faudrait s'attacher à définir, substantiellement, ce dernier. Cette entreprise s'avère toutefois fort délicate. A la C.D.I., l'œuvre de R. Ago qui tentait d'en établir une typologie, balayée par son successeur le professeur Crawford, en est la preuve. Le Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité internationale⁸⁷, recommandé à l'attention des Etats par résolution⁸⁸ de l'Assemblée Générale des Nations Unies⁸⁹, se contente en effet d'une formule générale selon laquelle le fait internationalement illicite est une « violation d'une obligation internationale », « fait (d'un) Etat (qui) n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation »⁹⁰. Disparaît ainsi toute définition substantielle de l'illicite, distinguant les faits selon leur gravité, qui répondait également à une classification des obligations en fonction de leur importance dans l'ordre juridique international – les crimes, opposés aux simples délits des Etats, heurtaient les obligations dites de *jus cogens* formant l'ordre public international⁹¹. Est également extraite du Projet d'articles toute précision du fait illicite qui ferait écho à l'*objet* de l'obligation violée. Le chapitre de l'opposition entre violation des obligations requérant de l'Etat un comportement déterminé et violation des obligations n'exigeant de l'Etat que la réalisation d'un résultat fut ainsi fermé⁹². Les questions qu'il soulevait restent pourtant sans réponse⁹³ et l'on a pu,

⁸⁷ Ci-après « le Projet d'articles ».

⁸⁸ A.G.N.U., résolution 56/83 du 12 décembre 2001, *Codification du droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83.,

⁸⁹ Ci-après, « l'A.G.N.U. »

⁹⁰ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, annexe à A.G.N.U., résolution 56/83 du 12 décembre 2001, *Codification du droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83, article 12, p. 4.

⁹¹ AGO (R.), « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1976, vol. II, 1^{re} partie, § 72 à 155 ; C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa vingt-huitième session (commentaires relatifs aux articles 16 à 19), A/31/10, *Ann. C.D.I.*, 1976, vol. II, 2^e partie, p. 89.

⁹² CRAWFORD (J.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/498, *Ann. C.D.I.*, 1999, vol. II, 1^{re} partie. Voir nos développements *infra*, *Chapitre 1*, Section 1., § 1, A.

⁹³ COMBACAU (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, XXXII-582 p., p. 181-204. La doctrine s'est beaucoup étendue sur le sujet. Sans présenter de manière systématique toutes les critiques formulées à l'égard de cette théorie, on renverra à l'ouvrage d'M. Wyler (WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, 361 p., p. 21-23), et en reprendra certaines dans nos développements (*infra*, *Chapitre 1*, Section 1, § 1, A et B.). Outre J. Combacau précité, les principales critiques émanent de : DUPUY (P.-M.), « Reviewing the Difficulties of Codification : on Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility » *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, n°2, p. 371-385 ; SALMON (J.), « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, p. 709-738 ; PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », *Festschrift für Rudolf Bindshedler*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1980, XII-638 p., p. 271-291.

dans des travaux ancrés en droit de la responsabilité, choisir de l'ouvrir à nouveau⁹⁴, suscitant ainsi de nouvelles réflexions telles celles que nous allons exposer à présent. Chaque fait internationalement illicite ne s'établit qu'en fonction de l'obligation primaire qui était à la charge de l'Etat. Loin de présenter une définition générale du fait internationalement illicite ancrée en droit de la responsabilité qui permettrait, de manière simple, de déterminer si oui ou non le droit interne étatique pourrait y répondre, notre démarche doit nécessairement s'extraire du champ des obligations secondaires. Nous entreprendrons ainsi notre propre classification des obligations internationales de l'Etat, selon leur objet, afin de déterminer si elles sont, ou non, susceptibles d'être violées du fait du droit interne.

Qu'est-ce toutefois que *le fait du droit interne* ? Peut-il se percevoir comme n'importe quel comportement de l'Etat ? Cette formule s'entendra ici de manière large, comme l'ensemble comprenant la production d'actes juridiques, leur éventuel maintien en vigueur, ainsi que la seule existence de normes. Autrement dit : son insertion dans l'ordre juridique interne, ce *comportement* étatique de production de droit, mais aussi le droit entendu comme produit, son *état*. Existe-t-il des obligations relatives à l'état du droit interne, dont la violation se réaliserait sur le mode de la nullité de ce droit ? « Violation d'une obligation internationale » : l'expression pourrait s'entendre non seulement d'un fait internationalement illicite, mais également d'un « acte juridique illégal », ou plutôt « invalide ». En réalité, c'est toujours d'un fait internationalement illicite qu'il sera question, les obligations internationales prescrivant toujours une forme de comportement à l'Etat, que ce dernier soit *opératif*, l'obligation étant relative à la *réalisation de situations individuelles*, ou *normatif*, l'obligation visant cette fois un certain *état des règles internes*. Le « droit interne » peut ainsi entrer en conflit avec deux catégories d'obligations internationales qu'il nous appartiendra de définir au fil de cette première partie : les *obligations de comportement opératif* et *obligations de comportement normatif*. Nous étudierons successivement le droit interne relatif aux situations individuelles puis celui déterminant des situations générales et abstraites. Dans le premier cas, la production d'actes juridiques individuels sera aisément perçue par le droit international comme un comportement opératif de l'Etat (Titre 1). Dans le cas des règles générales en revanche, on hésitera entre réglementation de la production des actes juridiques par les obligations de comportement opératif et réglementation de l'état des normes générales et abstraites par les obligations de comportement normatif (Titre 2).

⁹⁴ WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées...*, *op. cit.*, Introduction générale, p. 3-10.

Titre 1. Cas des actes juridiques individuels

Le droit interne déterminant des situations individuelles est-il en mesure de heurter, *avant épuisement des voies de recours internes et hors mesure concrète d'exécution*, les obligations internationales de l'Etat ? Traditionnellement, ces obligations demandent à l'Etat d'*agir*, exigent de lui une certaine *réalisation*, dans de multiples cas individuels. Le fait d'actes juridiques internes individuels, qui déterminent juridiquement les situations individuelles des sujets internes, peut-il être tenu pour une telle réalisation ? Un premier obstacle s'élève alors. Certaines obligations déterminent en effet très faiblement cette conduite « agissante », cette réalisation dont nous faisons ici état, dans le cadre de l'organisation interne de l'Etat. Cette catégorie d'obligations, qu'aucun critère matériel ne permet de distinguer, a pour seule particularité de ne pouvoir être heurtée du fait d'un acte juridique individuel interne, sans que l'ensemble de l'appareil étatique n'ait été mis en mesure d'agir. On comprend aussitôt que l'épuisement des voies de recours internes conditionnera l'accomplissement de la violation de ces obligations que nous qualifierons de *comportement global*⁹⁵. Après les avoir précisément identifiées, le conflit qui oppose alors le droit interne à ces obligations de l'Etat, qui ne peut donner lieu à leur violation, devra être précisément caractérisé (Chapitre 1).

D'autres obligations internationales, qui représentent aujourd'hui la grande majorité des cas, dictent en revanche aux Etats une conduite bien plus précisément définie, eu égard à leur organisation juridique interne : elles exigent de lui un *comportement aux modalités déterminées*. L'agissement isolé d'un organe de l'Etat, non confirmé par une instance qui lui soit supérieure ni par les juridictions internes, pourrait ainsi être contraire à cette exigence, et en réaliser la violation. Un second degré d'interrogations s'ouvre alors, sur le point de savoir si ces modalités peuvent, en outre, être *juridiques*. Le constat suivant lequel le fait du droit interne n'est pas exclu de cette réglementation internationale, permettra d'affirmer que ces obligations doivent être considérées comme déterminant également les modalités juridiques du comportement de l'Etat. Ce « fait » du

⁹⁵ Cette terminologie tend, ainsi, à se distinguer de celle de R. Ago des « obligation de résultat ». Les catégories identifiées ne se recoupent en effet pas parfaitement. Leur caractéristique commune, comme on le verra, reste de ne pouvoir être heurtée que par un « fait complexe » de l'Etat que R. Ago, incidemment, a pu qualifier de « fait global » (AGO (R.), « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1^{re} partie, p. 29-58, ici p. 45). C'est, il nous semble, un terme parfaitement adéquat pour qualifier le comportement requis de l'Etat dans le cadre des obligations que nous allons, à présent, précisément identifier.

droit interne devra être entendu comme la production d'actes juridiques individuels, qui, en cas de conflit de ces derniers avec l'obligation en question, en réalisera la violation, sur le mode du fait internationalement illicite (Chapitre 2).

Quel que soit le degré d'exigence des obligations jusqu'ici envisagées, elles tendaient à certaines réalisations, réclamaient un comportement « agissant » de l'Etat, qui ne soit pas strictement de l'ordre de la pensée. Les réalisations exigées le seraient-elles nécessairement de manière concrète ? Le comportement requis de l'Etat serait alors, exclusivement, matériel. L'étude du droit interne en conflit avec ces obligations, conflit qui pourra donner lieu, à lui seul, à la violation de ces dernières, nous démontrera que le comportement de l'Etat qui en est l'objet n'est pas entendu de manière aussi restrictive. Ces obligations englobent à la fois les agissements matériels de l'Etat et ceux qui modifient les situations individuelles de manière juridique. L'exécution des actes individuels contraires à ces obligations n'est ainsi pas une condition de leur violation. Les comportements qu'elles régissent, à la fois matériels et juridiques, seront qualifiés d'*opératifs*.

Chapitre 1. Conflit avec les obligations de comportement opératif global

Certaines obligations internationales ne requièrent de l'Etat que la réalisation finale d'une situation individuelle de droit interne, n'exigeant de lui aucun *comportement aux modalités déterminées* mais un *comportement global* de l'ensemble de son appareil étatique : il nous faudra les identifier (Section 1). Le fait du droit interne, et plus précisément ici la production d'un acte juridique individuel, ne pourra jamais en être la violation, celle-ci ne se réalisant que par un « fait complexe » constitué de l'ensemble des actions des différents organes de l'Etat dans le cadre d'une même situation individuelle (Section 2). Dans ce chapitre, la question de l'épuisement des voies de recours internes et de son rôle dans la survenance d'une violation des obligations internationales de l'Etat sera ainsi centrale.

Section 1. Identification des obligations de comportement opératif global de l'Etat

Loin de suivre à la lettre les classifications existantes, dont le caractère inapproprié rend impossible la résolution du problème qui nous occupe, nous établirons une catégorie distincte aux fins de savoir quelles obligations internationales ne sont pas susceptibles d'être heurtées du fait d'un acte juridique individuel sans attente de sa confirmation définitive en droit interne (§ 1). Des critères de classement des obligations dans cette catégorie, requérant de l'Etat un comportement opératif que l'on qualifie de *global*, pourront être dégagés (§ 2).

§ 1. Détermination de la catégorie

La doctrine a, par l'élaboration de classifications des obligations internationales, tenté d'isoler celles dont la violation ne pouvait survenir qu'après épuisement des voies de recours internes de l'Etat. Tel était en effet le but principal de R. Ago qui, lors de ses travaux à la C.D.I sur le droit de la responsabilité de l'Etat, établit les catégories d' « obligations de résultat » et d' « obligations de comportement déterminé » (A). La catégorie des « obligations facultatives » notamment isolée par le professeur Santulli répond également à cette spécificité (B). Notre catégorie des obligations relatives au comportement global de l'Etat tente également d'éclaircir cette question de l'épuisement des voies de recours internes, tout en en restreignant le champ : il n'est ici question que du fait d'actes juridiques individuels, et de leur éventuelle confirmation par l'ensemble de l'appareil étatique. Voyons sans plus attendre pourquoi une telle précision permet d'apporter un éclaircissement utile à ce problème longuement débattu.

A. Distinction d'avec la catégorie des « obligations de résultat »

1. Abandon de la classification des « obligations de résultat » et « obligations de comportement déterminé » de R. Ago

Dans son projet de codification du droit de la responsabilité, R. Ago, Rapporteur spécial à la C.D.I. introduit la distinction entre « obligations de comportement spécifiquement déterminé », et « obligations de résultat » – Art 20 et 21 du projet. Nous pourrions reformuler la

problématique à l'origine de l'introduction de cette classification en droit de la responsabilité en ces termes : les obligations visant une situation individuelle de droit interne obligent-elles l'Etat à la seule réalisation finale de cette situation, ou bien également aux moyens de cette dernière ? De la réponse à cette question dépendrait en effet des conséquences au niveau de leur violation : alors que les unes pourraient être violées « du simple fait de l'adoption d'un comportement différent de celui qui était spécifiquement requis »⁹⁶, les autres ne peuvent être violées que si « l'État n'a pas abouti concrètement à la réalisation du résultat internationalement requis »⁹⁷, et ce de manière définitive. Cette distinction était déjà avancée parmi la doctrine. R. Ago renvoie en effet à H. Triepel, qui distingue un « droit interne immédiatement ordonné » d'un « droit interne internationalement indispensable »⁹⁸. Il mentionne également, comme premier inspirateur, D. Donati, lequel aurait pour la première fois énoncé le principe en termes généraux⁹⁹. D. Anzilotti remarquait en outre qu'

« en règle générale le droit international n'établit pas les *moyens* par lesquels l'État doit assurer l'exécution de ses devoirs. C'est que ces moyens (...) sont si étroitement liés à l'organisation intérieure de l'État que le droit international, le plus souvent, ne pourrait pas les déterminer, sans pénétrer dans un domaine qui lui est absolument fermé. Le besoin de respecter, comme de raison, la liberté intérieure de l'État veut que les commandements du droit international soient d'ordinaire assez indéterminés : ils doivent indiquer le *résultat* à obtenir, tout en laissant à l'État le choix des moyens propres à l'atteindre. »¹⁰⁰

Telle est en effet la vision classique, qui, dans une perspective dualiste des rapports entre droit international et droits internes, envisage donc les obligations de *moyens* comme exceptionnelles par rapport au principe que constituent les obligations dites de *résultat*. P. Reuter semblait

⁹⁶ AGO (R.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1^{re} partie, « Article 20 », p. 9.

⁹⁷ « Article 21 », *Ibidem*.

⁹⁸ TRIEPEL (H.), *Droit international et droit interne*, *op. cit.*, p. 296 et s. Ainsi, « (c)'est du droit interne immédiatement ordonné, quand une règle juridique ou un traité imposent à l'Etat le devoir d'*avoir* un droit déterminé, et qu'il remplit ce devoir. », p. 297. Le droit seulement « internationalement indispensable », au contraire, est établi par l'Etat « parce que, sans cela, il ne serait pas, *d'après le droit interne*, en situation de remplir un devoir international (...) Ce n'est donc pas le *droit international* qui conduit le législateur à agir, c'est le *droit interne*. », p. 299. Toutefois, la distinction de Triepel, à la différence de celle d'Ago, se fonde sur les règles juridiques internes – les actes du législateur selon l'auteur. Elles seules seront ordonnées ou simplement indispensables. Ainsi, « le droit internationalement indispensable est destiné à permettre au *pouvoir exécutif*, y compris le pouvoir *judiciaire*, d'agir conformément au droit international », p. 305.

⁹⁹ DONATI (D.), *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Turin, Unione tipografico-editrice torinese, 1906, vol. I, p. 343 et s., cité par AGO (R.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », préc., note 3 p. 4.

¹⁰⁰ ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 26, nous soulignons.

également plaider pour une telle classification des obligations internationales, estimant que « le droit international s'arrête aux frontières de l'appareil étatique »¹⁰¹.

Une classification délaissée

Les critiques de la classification des obligations introduite par R. Ago dans l'œuvre de codification du droit de la responsabilité sont nombreuses. Elles tournent toutefois, pour la plupart, non pas autour de son caractère erroné, mais de son inadaptation au droit de la responsabilité et de son excessive complexité.

La principale raison d'être de l'élaboration de ces catégories d'obligations était d'isoler celles dont la violation ne pouvait survenir avant l'épuisement des voies de recours internes. Elle était donc très éloignée de tout raisonnement propre au droit interne. Toutefois, elle entretenait une confusion peu opportune avec une classification civiliste existante¹⁰². Alors que la distinction bien connue du droit français entre obligations de *moyens* et obligations de *résultat*, distinguant l'obligation du médecin de s'efforcer de guérir son patient sans l'obliger à parvenir effectivement à cette guérison, de celle du vendeur obligé de livrer la chose, permettait le classement de l'ensemble des obligations, qu'elles soient légales ou contractuelles, il en va tout autrement de ladite distinction adaptée au droit international¹⁰³. Celle-ci, en réalité fort éloignée de son prétendu ancêtre, ne permet le classement que d'une certaine catégorie d'obligations, que le projet n'isole d'ailleurs pas. Comme nous le verrons dans un instant, il s'agit des obligations visant la réalisation de situations individuelles en droit interne. Peut-être la distinction aurait-elle permis d'englober l'ensemble du droit international si elle avait parfaitement suivi la logique du droit français. C'est notamment ainsi que l'entendait P. Reuter, lequel donnait à titre d'exemple d'une « obligation de comportement » non pas l'obligation qui préciserait les modalités de réalisation d'un certain résultat, mais l'obligation de s'efforcer telle un *pactum de contrahendo* imposant seulement aux Etats de négocier sans obligation d'aboutir à un quelconque accord¹⁰⁴. Au contraire de ce que nous évoquions précédemment, P. Reuter suit parfaitement la distinction civiliste française sans souscrire à la distinction d'Ago¹⁰⁵.

¹⁰¹ REUTER (P.), « La responsabilité internationale – Problèmes choisis. », *Droit international public (cours)*, Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 56.

¹⁰² Voir notamment, sur la critique de cet emploi divergeant du sens qui lui est donné en droit civil : SALMON (J.), « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, p. 709-738, spéc. p. 724-725.

¹⁰³ En ce sens, *ibid.*, p. 57.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 57-58.

¹⁰⁵ *Ibid.* ; il s'appuie d'ailleurs sur MAZEAUD H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4^e éd.

La C.I.J., dans son arrêt en interprétation de sa décision *Avena*, fournit une parfaite illustration du flou régnant autour de l'expression d' « obligation de résultat ». La Cour retient en effet les deux sens de cette notion, qui est à la fois une obligation de parvenir au résultat escompté dans le sens civiliste, s'opposant à une simple obligation de s'efforcer, et une obligation ne précisant pas les moyens de sa réalisation, obligation de résultat dans la terminologie de R. Ago. Il était difficile de savoir, dans la demande mexicaine, à quoi renvoyait la notion d'obligation de résultat. L'Etat demandait en effet que l'obligation secondaire mise à la charge des Etats-Unis par la C.I.J. dans l'arrêt initial soit reconnue comme une obligation de résultat « puisqu'il est clairement formulé dans l'arrêt que les Etats-Unis sont tenus d'assurer « le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées » en recourant aux « moyens de leur choix »¹⁰⁶. Difficile dans ces propos de déterminer si l'accent est mis sur la liberté des moyens, ou sur l'atteinte du résultat escompté. Il semble pourtant évident que le Mexique, qui demande ensuite des garanties de non-répétition et autres assurances¹⁰⁷, souhaite se prémunir contre une interprétation souple de l'obligation, à la manière d'une obligation de s'efforcer. Les Etats-Unis doivent parvenir à un résultat, et non seulement exercer une certaine diligence en vue de cela. La Cour retient donc la définition civiliste de l'obligation de résultat :

« La Cour observe qu'il doit être satisfait à cette obligation de résultat dans un délai raisonnable. Même des efforts sérieux des Etats-Unis, s'ils n'aboutissent pas à la révision et au réexamen visés aux paragraphes 138 à 141 de l'arrêt *Avena*, ne sauraient être considérés comme satisfaisant à une telle obligation. »¹⁰⁸

Puis la Cour brouille les pistes :

« (L)es Etats-Unis ont été laissés libres de recourir aux moyens de leur choix pour la mise en œuvre de cette obligation et, dans l'hypothèse où le moyen retenu ne permettrait pas d'atteindre le résultat escompté dans un délai raisonnable, ils doivent recourir promptement à d'autres moyens efficaces à cette fin. »¹⁰⁹

Certes, ces deux acceptions peuvent parfaitement être combinées, et c'est en fin de compte ce que fait la Cour. Toutefois, une seule expression pour deux concepts reste source de confusion.

¹⁰⁶ C.I.J., arrêt du 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, Etats-Unis d'Amérique c. Mexique, *Rec.*, n°139, § 9 reprenant la requête mexicaine.

¹⁰⁷ Dans la suite de sa requête, le Mexique demande en effet qu'il soit reconnu que « les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le réexamen et la révision prescrits à titre de réparation par l'arrêt *Avena* » et qu'ils « doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'aucun ressortissant mexicain pouvant prétendre au réexamen et à la révision prescrits par l'arrêt *Avena* ne soit exécuté à moins et jusqu'à ce que ce réexamen et cette révision aient eu lieu et qu'il ait été établi qu'aucun préjudice n'a résulté de la violation. ». *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 27.

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 47.

L'obligation internationale qui ne précise pas à l'Etat les moyens juridiques internes de son action devrait donc trouver une formulation qui lui soit propre.

Bien que censées couvrir l'ensemble des obligations internationales, les deux catégories établies ne permettaient pas d'accomplir cette mission. La classification de R. Ago perdait alors l'intérêt propre à ce type de démarche. S'ajoutaient en effet les obligations requérant de l'Etat la prévention de la survenance d'un événement donné, catégorie nécessaire en raison de la spécificité de son *tempus commissi delicti*. La conséquence en matière de droit de la responsabilité emportée par la distinction entre obligations de résultat et de comportement déterminé était quant à elle liée à l'épuisement des voies de recours internes, pris comme condition de l'illicite. Toutefois, cette « condition particulière » de violation ne se posait que si l'on entrait également dans la catégorie établie par l'article 22 de la première version du projet de codification, à savoir le traitement des étrangers. Hors de ce champ, la catégorie des obligations de résultat n'avait donc aucune conséquence pratique.

Cela nous conduit au défaut majeur de la classification : au-delà de sa complexité, elle n'entre pas dans le champ du droit de la responsabilité. Si R. Ago attachait à chaque catégorie d'obligation des « conditions particulières » propres à leur violation, aucune nouvelle définition de l'illicite n'était fournie en relation avec elles. Il doit être admis que l'illicite n'emporte qu'une définition unique, couvrant l'ensemble des cas de figure. Aucune « condition particulière » justifiant l'intégration d'une classification des obligations primaires au droit de la responsabilité ne peut s'y ajouter. Selon P. Reuter, le principe est simple : « la responsabilité de l'Etat suppose un comportement illicite ; est illicite un comportement contraire aux obligations internationales de cet Etat. »¹¹⁰ Cette définition, *a priori* évidente, n'est généralement pas mentionnée en jurisprudence. On pourra toutefois citer la sentence *Goldenberg* qui la rappelle à l'occasion de l'interprétation des traités de paix, lesquels rendaient l'Allemagne responsable de tout « acte commis ». Les arbitres ont à cette occasion mis l'accent sur le caractère fondamental et nécessaire de l'illicéité d'un acte pour engager la responsabilité de l'Etat, précisant alors qu'il s'agissait d'actes « contraires au droit des gens »¹¹¹.

¹¹⁰ REUTER (P.), « La responsabilité internationale – Problèmes choisis. », *Droit international public (cours)*, Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 52.

¹¹¹ Sentence arbitrale du 27 septembre 1928, *Affaire Goldenberg (Roumanie c. Allemagne)*, R.S.A., t. II, p. 901.

Le professeur Crawford élimina donc cette distinction qui prêtait le flanc à de trop vives critiques¹¹². Il refusa tout d'abord d'isoler une prétendue catégorie d'obligations internationales dont la violation nécessiterait la satisfaction d'une condition supplémentaire. Certes, le rapporteur admet que les règles primaires puissent prendre de multiples formes, et envisage même « une règle primaire qui permettrait à un Etat, en cas de violation, de se racheter en prenant des mesures correctives, lesquelles non seulement auraient un effet réparateur mais annuleraient aussi totalement la violation antérieure »¹¹³, à la manière des « obligations de résultat » chères à R. Ago. Mais il relève en outre que ces cas de figure sont rares et, qu'avant ces mesures correctives, seule la *menace* d'une violation pourrait être reconnue, cette dernière n'étant pas encore réalisée. En revanche, dès la survenance d'une violation, il estime que le comportement ultérieur de l'Etat, quel qu'il soit, ne peut jamais qu'en atténuer les effets, le préjudice causé par le comportement initial, sans qu'il soit possible de prétendre qu'il n'y a jamais eu violation¹¹⁴. M. Crawford considère en outre ces distinctions inutiles dans une œuvre de codification de la responsabilité, car relevant de la détermination du contenu et de la signification des règles primaires¹¹⁵. Ce rejet vaut également pour la catégorie des obligations de prévention, dans la mesure où « (l)a signification d'une obligation donnée dépend de l'interprétation de la règle primaire pertinente » et que « ce processus se situe hors du champ du projet d'articles »¹¹⁶.

On comprend ainsi que cette distinction n'est pas opérationnelle, puisqu'elle ne permet jamais à elle seule d'expliquer les *caractéristiques particulières* de certains faits internationalement illicites. Car il ne s'agit jamais de « conditions » s'ajoutant à l'élément objectif de l'illicite qui étaient mises ici en relief dans la distinction de R. Ago, mais bien de caractéristiques de certaines violations du droit international, n'empêchant pas ces dernières de répondre à la définition générale : un comportement qui n'est pas celui requis par l'obligation primaire à la charge de l'Etat¹¹⁷. La distinction n'avait donc que peu d'intérêt, incluse dans une étude de droit de la

¹¹² CRAWFORD (J.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », préc.

¹¹³ *Ibid.*, § 88, p. 41.

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ *Ibid.*, § 90, p. 41. Comme nous le mentionnions *supra* dans notre introduction générale, la classification de R. Ago n'entre pas à proprement parler dans le champ du droit de la responsabilité internationale, opérant bien davantage une classification des obligations primaires de l'Etat. Si R. Ago attachait à chaque catégorie d'obligation des « conditions particulières » propres à leur violation, aucune nouvelle définition de l'illicite n'était fournie avec elles. Il doit être admis que l'illicite n'emporte qu'une définition unique, couvrant l'ensemble des hypothèses de violation des obligations internationales de l'Etat. Aucune « condition particulière » justifiant l'intégration d'une classification des obligations primaires au sein du droit de la responsabilité ne peut s'y ajouter.

¹¹⁶ *Ibid.*, § 90, p. 42.

¹¹⁷ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 12, p. 4 : « Il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci ». Nous préférons éviter l'emploi du qualificatif « conforme » dans ce contexte, afin de le réserver au rapport, que nous étudierons plus loin, entre le droit interne et

responsabilité. Elle en a toutefois si l'on souhaite, par une étude des obligations primaires, décrire précisément la violation de ces dernières, et notamment si la production d'un acte juridique interne peut, à elle seule, la réaliser.

2. Maintien à nos fins propres d'une distinction entre « obligations de résultat » et « obligations de comportement déterminé »

P. Reuter, loin d'établir diverses définitions de l'illicite, se contente « de quelques distinctions suivant les caractères de l'obligation violée »¹¹⁸ ; c'est cette démarche que nous suivrons également : partant d'un comportement donné de l'Etat – la production d'actes juridiques internes – nous remonterons à la source du modèle contraire, pour redescendre ensuite vers les conséquences d'une attitude qui s'en écarte. Notre thèse ne tend pas à raisonner abstraitement sur le droit de la responsabilité, mais bien à considérer un comportement spécifique de l'Etat et déterminer à quelles conditions et selon quelles modalités il est susceptible de constituer une violation du droit international. La démarche est donc inverse et nous oblige dans une première étape à considérer les obligations primaires à la charge de l'Etat, afin d'établir si elles régissent ou non un tel comportement juridique de droit interne. Les caractéristiques propres à chaque fait illicite attaché à une catégorie spécifique d'obligations nous intéressent donc. Reste à établir une classification qui, bien que basée sur la précédente, sera affinée pour répondre à l'objectif que nous nous sommes assigné.

Une classification propre aux obligations de l'Etat visant la réalisation d'une situation de droit interne

Elle ne prendra premièrement en compte que les obligations de l'Etat visant la réalisation de situations en droit interne, qu'elles soient interétatiques ou transétatiques. Une confusion doit être évitée : il ne s'agit pas ici de se concentrer sur les questions visant le traitement des étrangers en droit interne, comme on l'a longtemps envisagé dans les travaux de codification du droit de la responsabilité. Il n'est en effet pas question d'énoncer des règles procédurales propres à la protection diplomatique de ces derniers, mais bien de déceler des règles de fond relatives à la responsabilité de l'Etat du fait de son comportement juridique interne, lequel peut porter atteinte, par la production d'actes juridiques individuels, tant à des sujets internes qu'à des représentants de l'Etat à l'étranger. Dans le dernier cas, les obligations à la charge de l'Etat d'accueil seraient à la

les modèles de règles qui peuvent être internationalement définis, dans le cadre du mécanisme du « droit uniforme » (voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1). La précision de cette « non-conformité » signifie ici que le moindre écart de l'Etat sera considéré comme un fait illicite, sans qu'un « degré » de dissemblance soit nécessaire. Une telle précision nous semble inutile : il suffit en effet de dire que le comportement *n'est pas* celui exigé pour en faire état.

¹¹⁸ REUTER (P.), « La responsabilité internationale... », *op. cit.*, p. 55.

fois interétatiques et *visant une situation interne*. Seules sont ainsi exclues les obligations visant la réalisation de situations dans l'ordre juridique international.

Une classification propre aux seules obligations visant la réalisation d'une situation individuelle

Notre conception du « résultat » et du « moyen » diffère également de celle de R. Ago. Comment, en effet, définir ces termes ? La production d'un acte juridique individuel de droit interne peut-il constituer en lui-même un résultat ou est-il par nature un moyen de l'atteindre, c'est-à-dire un comportement spécifiquement déterminé ? C'est ce qui semble ressortir des propos du Rapporteur spécial, pour qui les obligations dites de comportement déterminé sont celles qui prescrivent un comportement juridique précis à l'État. Toutefois, dans cette catégorie, R. Ago plaçait les obligations qui imposaient à l'État tant la production d'un *acte juridique individuel* déterminé que d'une *règle* de droit interne. Notamment, un *moyen* ou *comportement déterminé* peut consister en « une action d'organes législatifs ou, plus généralement, normatifs », donc de la production d'une règle, aussi bien qu'en « une action d'organes exécutifs » ou « action d'organes judiciaires », production d'un acte potentiellement individuel¹¹⁹. Or, par essence, un acte juridique individuel crée ou modifie une situation juridique individuelle. Au contraire une règle ne le peut à première vue pas, modifiant de façon générale et abstraite l'ordre juridique interne. Si nous nuancerons ces propos¹²⁰, il est dans un premier temps impératif de dissocier les raisonnements relatifs à ces deux types d'actes juridiques, dont la logique semble profondément différente. Une réelle différence de nature, emportant des conséquences non négligeables quant au contenu même de la responsabilité, nous conduit à séparer les deux hypothèses. Il est, dans cette première partie, uniquement question de la production par l'Etat d'actes juridiques individuels, et de sa confrontation avec des obligations internationales visant *la réalisation de situations individuelles*¹²¹. Les moyens envisagés ne sont que les actes juridiques individuels produits en droit interne par les Etats¹²².

¹¹⁹ *Ibidem*, § 5, p. 9-10.

¹²⁰ Voir *infra*, Titre 2.

¹²¹ Voir *supra*, notre introduction générale.

¹²² Cette précision permettra de clarifier certaines situations ambiguës. Dans son arrêt en interprétation de l'arrêt *Avena*, la C.I.J. considérait en effet que les Etats-Unis ne se voyaient pas imposer les moyens de réalisation du résultat escompté (C.I.J., arrêt du 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena...*, préc., § 47). L'obligation peut toutefois être entendue comme une obligation de comportement aux modalités déterminées puisque, dans son arrêt initial, elle était violée au jour de la production du premier acte incompatible sans attente de l'épuisement des voies de recours internes (voir *infra*, chap. 2). Ainsi, par « moyens », soit la Cour entend les actes individuels, et revient sur son précédent raisonnement qui considérait l'obligation comme de comportement global. Soit la Cour a en réalité à l'esprit les moyens généraux permettant la réalisation de la situation individuelle, à savoir en l'espèce les règles procédurales américaines. Ces dernières ne seraient pas internationalement déterminées (voir *infra*, Titre 2). Deux formules pour deux concepts : voilà qui éclaircirait le raisonnement.

Au sein de cette catégorie, on distinguera donc les obligations qui envisagent le comportement juridique de l'Etat propre à accomplir la situation individuelle de droit interne exigée, de celles qui ne précisent pas les moyens de parvenir à ce résultat. Par moyen, n'est envisagée que la production d'actes juridiques internes. Il n'existe, entre ces obligations, qu'une différence de degré selon que les modalités de la réalisation de la situation seront ou non fixées, et non une différence de nature. Cette distinction n'emporte aucune conséquence marquante en droit de la responsabilité de l'Etat. Elle aura en revanche d'importantes conséquences quant à la détermination, en pratique, du fait internationalement illicite de l'Etat, du moment de sa survenance, de sa durée.

B. Distinction d'avec la catégorie des « obligations facultatives »

R. Ago classe, dans une sous-catégorie des obligations de résultat, celles qui laissent à l'Etat, dans une clause extérieure à l'obligation principale, la possibilité « de parvenir audit résultat en effaçant complètement, par un comportement autre, les conséquences d'un éventuel comportement initial allant à l'encontre de la réalisation dudit résultat »¹²³. Selon le Rapporteur spécial, ces clauses constituent des « résultats de rechange » par rapport au résultat initialement requis, et « l'État pourra se considérer comme ayant agi conformément à ses devoirs internationaux même au cas où, ayant manqué d'assurer le résultat principal (...) il aura néanmoins assuré le résultat de rechange de réparer le préjudice causé »¹²⁴. Cette présentation a été fortement critiquée, en lien avec la notion de « fait illicite complexe ». Elle semble en effet distinguer entre le fait illicite final, et le comportement de l'Etat, non conforme à la première partie de l'obligation. Ce comportement initial ne constituerait qu'une amorce de violation complétée par d'autres comportements subséquents¹²⁵. S'il est légitime de s'élever contre une thèse qui laisserait un comportement imputable à l'Etat et contraire au droit international dans la licéité, il faut toutefois relever que telle n'est pas celle de R. Ago. Dans son raisonnement, l'Etat crée une « *situation non conforme* »¹²⁶ et ce comportement sera ou non, selon la nature de l'obligation internationale, une violation. Dans le cas d'une obligation dite de résultat, il faudra

¹²³ *Ibidem*, § 23 p. 12

¹²⁴ *Ibidem*, § 23 p. 13

¹²⁵ SALMON (J.), « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, spéc. p. 737 ; PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », in *Festschrift für Rudolf Bindshedler*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1980, XII-638 p., p. 271-291.

¹²⁶ Rappelons que l'emploi du terme « conforme », utilisé par R. Ago et préservé dans le Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité (C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 12, p. 4) tend à qualifier un fait, une situation qui n'est pas celle requise par l'obligation internationale, même si le plus minime des écarts les séparent ; nous n'emploierons, quant à nous ce terme que pour désigner le rapport de stricte identité entre le droit interne et les « lois uniformes » internationalement déterminées, voir *infra*, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 1.

attendre que la « situation déplorable qui s'est provisoirement produite » devienne définitive du fait de comportements subséquents pour conclure à une violation. Le premier comportement qui donne naissance à cette situation n'est pas une violation, tout simplement car il n'est pas en lui-même « non conforme » à l'obligation internationale. Seule la situation créée peut l'être, et ce non par rapport à la prescription de comportement du droit international, mais par rapport à la situation à laquelle ce comportement doit aboutir. L'acte de l'Etat qui donne naissance à cette situation non conforme ne sera, tout au plus, qu'un « commencement de violation »¹²⁷. Dans le cadre des obligations fournissant un résultat de rechange, on nie donc le caractère normatif de la première partie de l'obligation, prise indépendamment de l'ensemble auquel elle appartient.

Cette catégorie résume à elle seule, selon le professeur Santulli, les obligations dont la violation ne peut survenir qu'après épuisement des voies de recours internes. Dans sa thèse relative au *Statut international de l'ordre juridique étatique*, l'auteur les isole comme étant les obligations *facultatives*¹²⁸. Il s'inspire de la classification civiliste d'E. Gaudemet¹²⁹, selon lui plus propre à caractériser la catégorie que R. Ago cherchait à déterminer. L'obligation facultative est une obligation à objets multiples dont la spécificité est due « au fait que le deuxième objet prévu par l'obligation est assimilé à une obligation de réparer »¹³⁰. L'obligation fournirait ainsi un choix à l'État entre plusieurs comportements – objet de l'obligation – également propres à remplir son exécution : elle a un « objet multiple ». Parmi ces obligations à objet multiple, on distingue celles dont l'exécution a également plusieurs objets, qui est l'obligation conjonctive, de celles dont l'exécution aura un objet unique, choisi parmi les objets de l'obligation : obligations alternatives et facultatives. Alors que, dans les premières, un choix est offert entre les différents objets de l'obligation, à charge pour le débiteur d'en satisfaire un, les obligations facultatives n'offrent pas ce choix. Un seul objet doit être exécuté ; en cas d'échec toutefois, le débiteur pourra se libérer de son obligation en fournissant un résultat de rechange¹³¹. La distinction entre ces deux types d'obligations n'a d'intérêt que si la chose périt : dans le cas de l'obligation alternative, les deux objets sont dus *in obligatione*, donc la seconde chose sera due si la première périt. En revanche dans l'obligation facultative, si l'objet principal de l'obligation périt, l'obligation disparaît

¹²⁷ « Commencement de violation » que l'on ne pourra qualifier comme tel qu'*a posteriori*, si la violation a effectivement été réalisée du fait du comportement global de l'appareil étatique.

¹²⁸ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique...*, *op. cit.*, p. 397-399.

¹²⁹ GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, Réimpr. par H. Desbois et J. Gaudemet, avec présentation de D. Mazeaud, Paris, Dalloz, 2004, IV-508 p., p. 429-430.

¹³⁰ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op. cit.*, p. 399.

¹³¹ Voir notamment MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2005, XII-846 p., p. 586.

complètement et le débiteur est définitivement libéré¹³². Cette distinction trouve sa raison d'être lorsque la chose disparaît par cas fortuit, afin de déterminer si l'obligation est de ce fait éteinte ou non. Elle n'est donc opérationnelle que dans le cadre des obligations de donner, qui nous semblent bien éloignées de celles qui nous occupent.

La catégorie d'obligations que nous cherchons à identifier ne correspond pas exactement à cette présentation. Les obligations internationales qui ne précisent pas les moyens juridiques internes de la réalisation d'une situation individuelle ont un objet simple – cette situation de droit interne ; leur exécution n'a toutefois pas davantage d'objet multiple. Elles ne prévoient pas un choix entre différentes manières d'exécuter l'obligation, qu'elles se contentent de laisser à la libre appréciation de l'Etat. *In solutione*, elles ne visent qu'un comportement indéterminé. Il est selon nous faux d'estimer que l'État a le choix entre réaliser une situation ou bien offrir une réparation. Une telle présentation reviendrait à cautionner un système où l'État pourrait allouer *a priori* une somme d'argent aux étrangers et s'estimer ensuite libre de toute obligation de réalisation de situation dans leur chef. A notre sens, la réparation n'est pas un « résultat de rechange », un objet de l'obligation, mais une des modalités de l'exécution de celle-ci. Elle ne peut à elle seule représenter l'exécution de l'obligation, et ne s'inscrit que dans le cadre d'un comportement plus général. Dans le cadre d'une obligation de comportement indéterminé de l'ensemble de l'appareil étatique, la réparation par le pouvoir judiciaire n'est à notre avis pas une solution de rechange à un premier comportement exigé et non suivi par l'État ; elle constitue une étape d'un comportement *global* prescrit à l'appareil étatique, étape qui permet la réalisation de la situation exigée.

Précisons nos propos : soit une obligation exigeant d'un Etat qu'il fournisse aux ressortissants d'un autre sur son territoire, sans autre précision, un traitement « x » et, en cas de défaillance, de fournir une voie de recours et réparer le préjudice causé au sujet interne. Considérons qu'il ne s'agisse pas d'une série d'obligations distinctes, mais d'une seule obligation. L'objet de celle-ci serait constitué par « le traitement 'x' ». L'objet de son exécution serait, à notre sens, également simple : il s'agirait du comportement de l'ensemble de l'appareil étatique – essentiellement du pouvoir exécutif qui fournirait ledit traitement et du pouvoir judiciaire qui confirmerait ou infirmerait ce traitement. Une seule façon de réaliser la situation individuelle requise est prescrite à l'Etat, par un comportement *global*. L'obligation de protection judiciaire,

¹³² *Ibid.*, p. 587.

loin de constituer un « résultat de rechange » dans l'exécution de l'obligation, serait en réalité partie intégrante du comportement global visé.

Nous venons donc de présenter une catégorie d'obligations nouvelle, laquelle ne pourrait être violée par la simple production d'un acte juridique interne avant épuisement des voies de recours internes. Ces obligations requièrent de l'Etat la réalisation d'une situation individuelle de droit interne par un *comportement global de l'Etat*. Cette dénomination nous semble plus propre à rendre compte de leur véritable nature. Distincte des obligations « de résultat » de la classification civiliste, il nous paraît préférable de ne pas employer ici ce terme dans un sens différent, afin d'éviter toute confusion. Deuxièmement, toute obligation requiert un certain *comportement*, l'expression d'« obligation de résultat » n'étant qu'un raccourci que nous choisissons de ne pas utiliser. A lui seul, le terme de « comportement » n'est alors, on le voit, pas parlant. C'est davantage son qualificatif qui doit permettre d'identifier la teneur de l'obligation ainsi désignée : l'adjectif *global*, qualifiant ce qui s'applique à un ensemble, en l'occurrence l'appareil étatique, nous semble adéquat.

§ 2. *Classement des obligations dans la catégorie déterminée*

Le classement d'une obligation dans la catégorie des obligations de comportement global pose des difficultés qui ne doivent pas être négligées. La Commission elle-même relève en 1978, tout en adoptant provisoirement les articles 20 à 22 du projet, relatifs à la distinction entre obligations de résultat et de comportement déterminé, qu'

« (i)l y a, en effet, des cas où des problèmes d'interprétation peuvent se poser. Toutefois, si dans un de ces cas d'espèce un différend international s'élève quant au point de savoir si une obligation internationale relève d'un type plutôt que d'un autre, il appartiendra évidemment aux instances de droit international habilitées à le faire de trancher la question. »¹³³

Ces difficultés demeurent dans la démarche qui nous occupe ; c'est pourquoi il est important de les surmonter en offrant certains critères de classement (A) et exemples concrets (B) d'obligations requérant de l'Etat un comportement global en vue de la réalisation d'une situation interne individuelle.

¹³³ C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa vingt-neuvième session (9 mai-29 juillet 1977), A/32/10, *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 2^e partie, p. 14, § 4.

A. Critères de classement

1. *Sens ordinaire des énoncés*

Dans le cadre du droit non écrit, toute démarche d'interprétation consistera à déterminer « l'existence de la règle, sa portée, générale ou particulière, son contenu »¹³⁴. L'interprétation intervient en amont, c'est elle qui va façonner à partir de l'attitude des États la règle coutumière. Lors de son apparition, l'obligation coutumière ne sera qu'une obligation de réalisation d'une situation de manière indéterminée ; ce n'est qu'au fil de son application à des cas concrets de la règle dégagée que l'interprétation pourra faire naître une série d'obligations-corollaires plus précises. Toutefois, même en ce cas il nous semble que seul le comportement global de l'appareil étatique reste visé. Le degré de précision normative de la règle coutumière est trop faible pour exiger une action spécifique d'un organe de l'État. En fin de compte, les règles internationales coutumières nous apparaissent entrer dans cette première catégorie, du simple fait de leur imprécision, intrinsèquement due à leur caractère non écrit.

Ce caractère, déterminant selon nous, n'exclut toutefois pas les dispositions écrites de la catégorie qui nous occupe. Une disposition, « fragment de texte non interprété »¹³⁵, peut apparaître comme donnant tous les indices de l'existence d'une obligation ne requérant de l'État qu'un comportement global. Ces dispositions devront être interprétées, selon l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités applicable en la matière, « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes » en présence. Ainsi, les termes employés par les États sont la base fondamentale de l'interprétation des obligations conventionnelles, et plus largement de toutes obligations de droit écrit. C'est ce qui constitue la « textualité »¹³⁶, directive méthodologique prescrivant d'analyser en premier lieu les termes de l'acte juridique. Cette analyse passe par une prise en compte du vocabulaire employé. Des expressions vagues ou imprécises seront donc un indice orientant le classement d'une obligation dans la catégorie qui nous occupe. L'analyse grammaticale des énoncés en constitue également une facette¹³⁷.

Examinons ainsi les critères issus de la textualité de l'obligation propre à l'intégrer dans la catégorie de celles ne requérant de l'État qu'un comportement global.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 46.

¹³⁶ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2010, XXVI-820 p., p. 180.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 253.

a. Place centrale donnée à la situation individuelle internationalement exigée...

(i) Une situation

Ne déterminant pas le comportement juridiquement propre à réaliser la situation internationalement exigée, les obligations appartenant à cette première catégorie se contentent fréquemment de *décrire* cette situation, sans mettre l'accent sur le comportement de l'Etat. Les obligations qui visent la réalisation d'une situation individuelle de droit interne par un comportement indéterminé sont ainsi fréquemment formulées de manière passive, tournure qui permet d'insister sur la situation en elle-même. Un exemple topique nous est offert par l'obligation rencontrée dans les conventions d'établissement des individus en territoire étranger, dite de « traitement national », fréquemment formulée sous la forme : « le traitement national *sera accordé...* »¹³⁸.

Une autre façon de mettre l'accent sur la situation individuelle exigée est de placer le sujet interne dans le chef duquel la situation va se réaliser en sujet de l'énoncé de l'obligation. Ainsi, un accord entre les Pays-Bas et le Luxembourg énonce que « les ouvriers agricoles néerlandais et leurs membres de famille recevront au Luxembourg, à travail et prestations égales, une rémunération égale à celle qui est d'usage au Luxembourg pour les ouvriers de la même catégorie dans la même région »¹³⁹, ou encore, dans un accord entre la France et la République Malgache, « tout national de l'une des parties contractantes bénéficie, sur le territoire de l'autre Partie, du traitement des nationaux de cette Partie pour tout ce qui concerne l'accès aux professions libérales et leur exercice. »¹⁴⁰ Les obligations de protection des droits de l'homme sont également construites sur l'un ou l'autre modèle grammatical ; R. Ago les a ainsi classées dans la catégorie des obligations dites « de résultat »¹⁴¹ ; en effet, à première vue, ces obligations ne posent pas précisément les modalités de réalisation par les États des droits dans le chef des individus. L'article 3 de la C.E.D.H. énonce, par exemple, que « (n)ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

¹³⁸ Par exemple, citons l'article 2 de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Rome, 26 octobre 1961, *Rec. Traités N.U.*, vol. 496, n°7247.

¹³⁹ Article 7 de l'échange de notes entre les Pays-Bas et le Luxembourg constituant un accord concernant le placement d'ouvriers agricoles néerlandais au Luxembourg, Luxembourg, 17 et 25 août 1950, *Rec. Traités N.U.*, 1951, vol. 81, p. 16.

¹⁴⁰ Convention d'établissement entre la République française et la République malgache, Tananarive, 27 juin 1960, *Rec. Traités N.U.*, 1972, vol. 820, p. 364.

¹⁴¹ AGO (R.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », ... préc., p. 10.

(ii) Une situation individuelle

Par *situation individuelle de droit interne*, nous entendons toute situation unique, cas particulier. L'obligation internationale ici envisagée ne vise pas nécessairement l'individu, autrement dit le particulier, mais un *cas* particulier, unique et clairement identifiable. Ainsi l'obligation qui impose le traitement national tend à ce que *chaque sujet interne* national de l'État créancier se trouvant sur le territoire de l'État débiteur soit traité comme les nationaux de ce dernier. Il s'avère dans cet exemple que les cas de figure individualisés seront des situations de sujets internes. Mais ce n'est pas toujours le cas. Les règles relatives au traitement de la figure de l'État à l'étranger posent diverses obligations qui nous semblent à première vue entrer dans la catégorie des obligations qui visent la réalisation d'une situation individuelle par un comportement indéterminé. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, article 29, énonce que « (l)a personne de l'agent diplomatique est inviolable »¹⁴². Ici, ce n'est pas d'un sujet interne qu'il est question mais de la situation individuelle d'un organe de l'Etat. L'obligation internationale n'en impose pas moins la réalisation d'une situation individuelle à chaque figure étatique qui se présentera à lui.

Ainsi que nous l'avons déjà précisé, c'est notamment dans cet aspect que notre catégorie s'éloigne de celle des obligations dites de résultat : à notre avis, les obligations de réalisation d'une situation interne par un comportement global ne rejoignent les obligations dites de résultat que si le résultat en question est entendu comme une situation *individuelle*. Les exemples choisis par R. Ago dans son Rapport mettent l'accent sur cette divergence. Il citait en effet l'article 2 § 1 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui énonce que « (l)es États parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale », estimant que, les « mesures » en question n'étant pas précisées, l'État était libre de parvenir au résultat par le biais de son choix. Quel était le *résultat* en l'espèce ? La politique d'élimination de la discrimination, ou bien la discrimination en elle-même ? Il nous semble en effet que R. Ago prend cet exemple non pas parce que les modalités de la réalisation de la situation individuelle seraient laissées au libre choix de l'État, mais bien parce que *les moyens de permettre* cette réalisation, *généraux et abstraits*, seraient indéterminés. Autrement dit, par *résultat*, il ne serait pas nécessairement entendu *situation individuelle*, en quel cas le terme n'a plus aucune

¹⁴² Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, préc., p. 95.

spécificité : tout résultat est toujours atteint par un moyen quelconque, un moyen pouvant à son tour être considéré comme un résultat nécessitant de nouveau des moyens pour y parvenir... Nous le répétons : ce qui constitue à nos yeux un résultat ne peut être qu'une *situation individuelle* ; par *moyens d'y parvenir*, il faut entendre et distinguer deux choses : les *modalités* de réalisation de cette situation individuelle, autrement dit la production des actes juridiques la modifiant ; et, en amont, les *règles* qui permettent cette réalisation. Pour déterminer si l'obligation appartient à la catégorie de celles qui imposent les modalités de la réalisation de la situation interne, il faut s'attacher à la façon dont l'État doit réaliser la situation d'absence de discrimination dans le chef de chaque individu. Est-ce par un comportement global de l'ensemble de l'appareil étatique, ou bien la réalisation est-elle juridiquement déterminée, si, pour reprendre notre dernier exemple, les organes de l'État se voyaient interdire de produire de quelconque acte juridique discriminatoire en fonction de la race de l'individu ? Le degré de précision de la norme internationale est ainsi l'élément déterminant.

b. ... à réaliser par un comportement aux modalités indéterminées

Le comportement de réalisation de l'État semble ne pouvoir qu'être indéterminé lorsqu'il est mis en retrait derrière une formulation passive ou par un objet de la réalisation placé comme sujet. Mais le comportement de l'Etat peut toutefois être exprimé sur le mode actif sans qu'il soit pour autant déterminé juridiquement parlant. C'est notamment le cas lorsque l'obligation se contente de l'énoncé, très général, du *Pacta sunt servanda*. Notamment, lorsqu'une disposition générale du type de celle présente dans la C.E.D.H. énonce, article premier, que « (l)es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. »¹⁴³ Elle peut également être attachée à une situation particulière, tout comme le second alinéa de la règle relative aux traitement des ouvriers agricoles précitée : « Le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg aura soin que cette égalité de rémunération soit observée. »¹⁴⁴ Les États doivent respecter leurs engagements, et si ceux-ci portent sur une situation à réaliser, ils devront logiquement adopter ce comportement de réalisation. Ce qui importe est de voir que les modalités de cette réalisation ne sont pas déterminées. Se placent dans le même champ les obligations qui indiquent à l'État une situation

¹⁴³ Une clause de ce type figure également, à titre liminaire, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art 2 § 1 : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte (...) » (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, préc.)

¹⁴⁴ Article 7 alinéa 2 de l'échange de notes entre les Pays-Bas et le Luxembourg constituant un accord concernant le placement d'ouvriers agricoles néerlandais au Luxembourg, Luxembourg, 17 et 25 août 1950, préc., p. 16.

de droit interne, tout en précisant qu'il faudra « faire en sorte de » la réaliser, « prendre toutes les mesures appropriées » dans ce dessein. Le degré de précision normative est particulièrement faible dans les cas précités. Ce n'est toutefois pas sur la précision de l'obligation que doit se fonder ce classement. La réalisation de la situation est laissée dans le flou, l'accent restant mis sur la situation en elle-même, sur le résultat du comportement. L'essentiel est que tous les pouvoirs de droit interne soient visés, et non exclusivement un. L'appareil étatique dans son ensemble est en charge de la réalisation de la situation individuelle.

2. *Lumière de leur contexte*

Le contexte des termes de l'obligation en question est essentiel à sa compréhension et à son éventuel classement dans la catégorie des obligations de comportement global. Ce peut, éventuellement, être le cas d'un « résultat de rechange » fourni à l'Etat au sein d'une obligation – avec toutes les réserves qu'on a pu émettre à propos de cette formule - (a). Toutefois, une clause relative à l'épuisement des voies de recours internes ne nous apparaît pas déterminante dans ce classement (b).

a. Un « résultat de rechange »

Parmi les « obligations de résultat », portant sur un comportement aux modalités juridiques indéterminées, R. Ago classe celles qui offrent à l'Etat un « résultat de rechange », obligations facultatives selon M. Santulli. Après en avoir discuté théoriquement¹⁴⁵, examinons l'exemple fourni par le Rapporteur spécial à l'appui de cette position. Son illustration est issue du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui dispose en son article 9 que « nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire » – obligation principale à interpréter. Aussitôt après en effet, le traité prévoit la défaillance de l'Etat. En cas de détention arbitraire, une clause énonce alors que les individus auront « droit d'introduire un recours devant un tribunal »¹⁴⁶ puis « droit à réparation »¹⁴⁷. Selon R. Ago donc, ces clauses constituent des « résultats de rechange » par rapport au résultat initialement requis, et « l'État pourra se considérer comme ayant agi conformément à ses devoirs internationaux même au cas où, ayant manqué d'assurer le résultat principal (...) il aura néanmoins assuré le résultat de rechange de réparer le

¹⁴⁵ Voir *supra*, §1, B.

¹⁴⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, préc., art. 9. 4.

¹⁴⁷ *Ibid.*, article 9. 5.

préjudice causé»¹⁴⁸. Les branches de cette interdiction de la détention arbitraire pourraient effectivement être entendues comme une seule et même obligation de comportement global, visant l'ensemble de l'appareil étatique. Offrir des voies de recours et réparer le préjudice en cas de détention d'un individu seraient partie intégrante de l'obligation principale. L'ensemble des organes de l'Etat, y compris judiciaires, seraient visés par l'obligation de réalisation de la situation « absence de détention arbitraire ». L'offre de voies de recours et la réparation d'un dommage n'apparaissent pas comme des résultats de rechange, mais comme des *conditions* du respect de l'obligation à objet unique. Autrement dit, la bonne exécution de l'obligation impliquerait de procéder à une arrestation ou une détention dans les seuls cas prévus par la loi¹⁴⁹, d'informer l'individu des raisons de son arrestation¹⁵⁰, de le traduire devant un juge¹⁵¹, de lui offrir une voie de recours contre la décision de celui-ci¹⁵², et de réparer une éventuelle arrestation ou détention illégale¹⁵³. Nous confortent dans ce point de vue les termes employés : ce n'est pas suite à une détention « arbitraire » qu'une réparation devrait être accordée, mais suite à une détention « illégale », autrement dit contraire à la loi interne et non contraire au droit international¹⁵⁴.

On verra toutefois que de telles dispositions peuvent être aisément interprétées comme requérant de l'Etat différentes obligations, indépendantes les unes des autres. Chacune serait alors entendue comme une obligation de comportement aux modalités déterminées. Ce sera le cas de l'interdiction de détention arbitraire au sein de la C.E.D.H., qui répond pourtant au même schéma¹⁵⁵.

A fortiori, lorsque la clause relative à un prétendu « résultat de rechange » n'est pas située dans le même article que l'obligation examinée, on ne peut les interpréter, ensemble, comme une seule et même obligation requérant de l'Etat un comportement global. Un exemple de disposition de fond relative aux recours internes nous est fourni par l'article 13 de la C.E.D.H. Consacrant le droit à un recours effectif devant un tribunal interne à « toute personne dont les droits et libertés

¹⁴⁸ AGO (R.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », ... préc., § 23 p. 13.

¹⁴⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, *op. cit.*, art. 9. 1.

¹⁵⁰ *Ibid.*, art. 9. 2.

¹⁵¹ *Ibid.*, art. 9. 3.

¹⁵² *Ibid.*, art. 9. 4.

¹⁵³ *Ibid.*, art. 9. 5.

¹⁵⁴ L'article 9 du Pacte diffère en ce point de l'apparement homologue article 5 de la C.E.D.H. qui évoque la « détention contraires aux dispositions de cet article » et renvoie donc au droit international ; en ce sens : VELU (J.), ERGEC (R.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1185 p., p. 246-247. R. Koering-Joulin estime que « sur ce point la Convention s'avère plus protectrice que le Pacte », voir « Article 5 § 5 », PETITTI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, XLV-1230 p., p. 236.)

¹⁵⁵ Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1, §2, A.

reconnus dans la présente Convention *ont été violés* »¹⁵⁶, il est difficile d'admettre que l'exécution de l'obligation internationale puisse encore passer par cette réparation de droit interne à laquelle les recours pourraient aboutir. Il est expressément précisé que les recours dont il est question font suite à une violation des droits. Ainsi, les diverses obligations de réalisation des droits auxquelles cet article fait référence doivent être exécutées par un comportement précis, qui n'englobe pas celui du pouvoir judiciaire de l'État. Il y a ainsi deux obligations, visant deux pouvoirs distincts : réaliser la situation initialement demandée, *et* offrir un recours interne afin de rétribuer ce comportement interne. Une disposition imposant aux États d'offrir un recours interne suite à la violation d'une obligation est-elle, ainsi, un critère empêchant le classement dans la catégorie des obligations de comportement global ? Nous n'allons pas jusque-là. Le fait que la disposition spécifie que des recours doivent être offerts suite à une violation des droits protégés n'est que la preuve que la convention contient, entre autres, des droits *susceptibles* d'être violés en amont d'un recours étatique interne, et donc des obligations imposant aux États la réalisation d'une obligation par un comportement déterminé. Une généralisation est toutefois impossible. Si les recours sont imposés en cas de violation des droits, ils ne le sont bien évidemment pas si aucune violation ne peut avoir eu lieu. Si l'exécution de l'article 13 est autonome par rapport à l'exécution des autres dispositions de la C.E.D.H.¹⁵⁷, cet article n'a en revanche aucune indépendance¹⁵⁸. Autrement dit, si l'on admet que l'article puisse s'imposer aux États sans qu'une violation antérieure de la convention soit reconnue, il faut au moins qu'une telle violation soit *envisageable*. L'article sera donc dépendant des obligations de la convention visant un comportement aux modalités de la réalisation des droits individuels déterminées. Mais il ne pourra être invoqué relativement à une obligation visant déjà un comportement global. Ces deux types d'obligations sont donc susceptibles de coexister au sein d'une même convention. Ainsi, dans le cadre de la C.E.D.H., l'article 13 ne s'appliquera pas, telle une *lex generalis* s'effaçant devant la *lex specialis*¹⁵⁹ relativement aux violations de l'interdiction de détention arbitraire – article 5 – et du droit à un procès équitable – article 6 – *prima facie* représentatives de la physionomie de la catégorie ici isolée¹⁶⁰. La Cour confirmera cette interprétation¹⁶¹.

¹⁵⁶ C.E.D.H., préc., art. 13, nous soulignons.

¹⁵⁷ Après que la Commission a considéré que l'article 13 ne pouvait être actionné en dehors d'une violation reconnue d'une autre disposition de la Convention, la Cour a quant à elle estimé que sa violation pouvait toutefois être examinée, alors même que la violation d'un autre droit garanti n'était pas prouvée : Cour E.D.H., arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne, Série A*, n°28, § 27 et § 64-65.

¹⁵⁸ DRZEMCZEWSKI (A.) et GIAKOUMOPOULOS (C.), « Article 13 », PETTTI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, XI-1230 p., p. 458.

¹⁵⁹ Ainsi qualifiée par les auteurs précités, *ibid.*, p. 459.

¹⁶⁰ Dans le premier cas toutefois, une interprétation a conduit à isoler les différents comportements constitutifs de la réalisation de la situation « absence de détention arbitraire », et faire de chacune d'elles des obligations indépendantes. Il est vrai que, comme nous avons déjà pu le faire remarquer, la mention de la réparation

L'obligation d'offrir des voies de recours en droit interne nous renvoie aussitôt à la règle classique de l'épuisement des voies de recours internes¹⁶².

b. Une clause relative à l'épuisement des voies de recours internes ?

Pourrait également constituer un élément du contexte de l'obligation une disposition conventionnelle visant, en procédure, l'épuisement des voies de recours internes. Toujours selon R. Ago, la présence au sein d'une convention d'une clause obligeant à épuiser les voies de recours internes avant d'ouvrir une action internationale serait le signe que l'État ne serait pas obligé à un comportement spécifique, et pourrait ne réaliser la situation interne que par une action finale du pouvoir judiciaire, alors même que les autres organes de l'État n'avaient, eux, pas agi en ce sens¹⁶³. Cette clause doit, selon lui,

« être considérée essentiellement comme une clause de fond, dont l'effet est précisément d'empêcher d'établir comme définitivement non obtenu le résultat que requiert de l'État l'obligation qu'elle accompagne tant qu'il subsiste la possibilité d'atteindre ce résultat par l'un des autres moyens dont l'État dispose. »¹⁶⁴

Étudions plus précisément cette clause dans le cadre de la C.E.D.H. : l'article 35. 1, ancien article 26, impose donc, avant toute requête devant la Cour, que les recours nationaux aient été épuisés par l'individu qui se prétend victime d'une violation de la convention. Il faut d'emblée remarquer la place qu'occupe cette clause au sein de la convention : à la différence de la disposition relative aux voies de recours à offrir aux individus, elle n'appartient pas à la première partie de celle-ci, autrement dit n'énonce pas un droit conféré à l'individu. Il ne s'agit aucunement, dans l'esprit des

dans cet article est assez ambiguë car semble intervenir suite à une détention qui viole déjà la convention. Autrement dit, ce paragraphe serait redondant par rapport à l'article 13.

¹⁶¹ Voir notamment, à propos de l'article 5 : Cour E.D.H., arrêt du 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley*, Série A, n°182, § 47 : l'examen de l'article 13 ne s'impose pas au regard de ses conclusions relatives à la violation de l'article 5. 4, qui prévoit déjà le droit à un recours. Relativement à l'article 6, voir : Cour E.D.H., arrêt du 9 octobre 1979, *Airey*, Série A, n°32, § 35 : « Les articles 13 et 6. 1 se chevauchant en l'occurrence, la Cour ne croit pas avoir à déterminer s'il y a eu manquement aux exigences du premier, moins stricte que celles du second et entièrement absorbées par elles en l'espèce ».

¹⁶² Selon DRZEMCZEWSKI (A.) et GIAKOUMOPOULOS (C.), « Article 13 », *op. cit.*, cet article est « intimement lié à la règle classique de l'épuisement des voies de recours internes » p. 361.

¹⁶³ Selon la terminologie de R. Ago, il s'agit donc d'une « obligation de résultat », qui permet à l'État « le recours à un comportement ultérieur devant remédier aux effets internationalement inacceptables du comportement initialement adopté ». Aux fins d'interprétation, « si des doutes persistaient quant au bien fondé de cette conclusion, le fait de la présence dans le pacte d'une clause relative à l'épuisement des recours internes suffirait à les éliminer. Et il coule de source qu'une conclusion analogue s'impose pour toutes les obligations prévues par des conventions qui contiennent une clause de ce genre. » (AGO (R.), « Sixième rapport sur la responsabilité des États », préc., § 19 et § 20 p. 11.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 12.

rédacteurs, d'une disposition de fond destinée à conférer des droits aux individus, droits que les États devront réaliser dans leur ordre juridique interne. Elle est une condition d'introduction de requête en cas de violation de ces droits devant la Cour E.D.H. Cette clause pose donc une condition de recevabilité aux requêtes portées devant la Cour. En cela, elle pourrait être un indice dans le sens d'une interprétation des obligations de la convention comme obligation ne pouvant être violée avant cet épuisement : la recevabilité d'une demande constitue bien souvent un examen *prima facie* du fond ; la juridiction examine si la violation de la convention est *possible*. Ainsi, poser une condition procédurale énonçant qu'aucune requête ne peut être introduite avant épuisement des recours internes pourrait signifier qu'aucune violation n'est susceptible d'être complétée et que la demande est prématurée.

Dans la grande majorité des cas toutefois, on verra que les obligations issues de conventions de protection des droits fondamentaux sont interprétées comme des obligations de comportement déterminé, et ce alors même que la convention contient une clause d'épuisement des voies de recours internes. Dans les conventions telles que la C.E.D.H., une clause d'épuisement des voies de recours internes a une valeur purement procédurale et ne peut véritablement être envisagée comme « contexte » d'une obligation primaire aux fins de son interprétation, ou tout au moins aux fins d'une interprétation visant à déterminer le contenu précis de la norme qu'elle contient. Car la clause d'épuisement des voies de recours internes pourrait en revanche donner un précieux indice relativement au destinataire de l'obligation. Seule son exclusion expresse pourrait, en revanche, indiquer clairement que les obligations internationales de la Convention en question requièrent de l'Etat un comportement aux modalités déterminées¹⁶⁵.

B. Exemples d'obligations requérant de l'Etat un comportement global

Obligation coutumière de fournir un traitement international minimum aux étrangers sur son territoire (1) et obligations de protection judiciaire des sujets internes (2) sont les exemples les plus évocateurs de la catégorie qui nous occupe, requérant de l'Etat un comportement global. En raison de la raréfaction de ce type d'obligations, ils en sont même les derniers représentants.

¹⁶⁵ Voir *infra*, Chapitre 2.

1. Traitement international minimum, ou comportement de l'ensemble de l'appareil étatique

Le droit au traitement international minimum exige des Etats qu'ils réalisent, dans le chef des étrangers présents sur leur territoire, une protection « standard » (a) dont la protection judiciaire fait partie intégrante (b).

a. Traitement standard à accorder aux étrangers

L'obligation de traitement international minimum appartient au droit international général. Son caractère coutumier constitue un élément déterminant dans son classement parmi les obligations de comportement global de l'Etat, ne requérant aucun comportement aux modalités déterminées. Elle vise la réalisation d'une protection standard dans le chef des étrangers situés sur le territoire d'un Etat, conforme au « traitement normal assuré dans les pays civilisés »¹⁶⁶ ou, pourrait-on reformuler aujourd'hui, au traitement assuré dans les Etats de droit. Ce traitement n'est donc qu'un minimum, et « n'est pas celui d'un système juridique parfait »¹⁶⁷. Cette protection minimale serait, dans tel système juridique, fournie par les pouvoirs législatifs et exécutifs, et plus précisément par le premier organe chargé de l'application du droit général dans le chef d'un étranger individualisé. L'obligation prend toutefois en compte les failles susceptibles d'affecter la plupart des systèmes juridiques internes. Notamment, des lois nationales peuvent être incompatibles avec la réalisation dudit traitement, lois qui pourraient être appliquées par un organe de l'administration dans un cas individuel. L'obligation internationale, loin d'être violée par ce dernier comportement, prévoit en réalité de telles imperfections, qu'elle inclut dans son standard. Seul un refus *définitif* d'écarter la loi incompatible au profit du traitement prescrit par le droit international, autrement dit un refus définitif d'appliquer à l'étranger ce traitement convenable, permettra de considérer le comportement de l'Etat comme illicite. Ce comportement est donc envisagé dans sa globalité. On le perçoit aisément : l'obligation de traitement international minimum exige surtout de l'Etat de fournir une protection *judiciaire* aux étrangers : elle interdit le déni de justice.

¹⁶⁶ REUTER (P.), « La responsabilité internationale... », *op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁷ *Ibidem.*

b. Interdiction du déni de justice

(i) Non-redressement d'une situation divergeant de la situation internationalement exigée

Dans une acception large, le déni de justice est considéré comme la confirmation du traitement d'un étranger par un organe exécutif divergeant du standard internationalement établi. Il constitue donc une branche de l'obligation de comportement global. Dernier maillon de la chaîne, le pouvoir judiciaire doit avoir été mis en mesure d'agir pour pouvoir examiner le comportement de l'Etat pris dans son ensemble. Seul un déni de justice peut parfaire la réalisation d'un fait internationalement illicite en ces circonstances. Pour cela, on a pu considérer qu'en matière de traitement coutumier des étrangers, la responsabilité de l'Etat s'y limitait à ce déni de justice. Cette affirmation est inexacte puisque, dans le cadre de cette obligation coutumière, c'est la *combinaison* entre un traitement initial et sa confirmation par ledit déni de justice qui seule peut constituer une violation.

(ii) Mauvaise administration de la justice : le déni de justice *stricto sensu*

Le déni de justice peut également être entendu comme un manquement spécifique à la protection judiciaire des individus, non amorcé par un autre pouvoir étatique. Le pouvoir judiciaire doit en effet répondre, lui-même, à certains standards minimums. Le déni de justice est ici le « fait, par un État, de ne point accorder à un étranger les moyens et les voies de recours nécessaires à la défense du droit » selon D. Anzilotti¹⁶⁸. C. Eustathiadès est particulièrement clair lorsqu'il décrit l'obligation pesant sur l'Etat « d'avoir et de mettre en œuvre un mécanisme judiciaire pour la protection des droits des étrangers. »¹⁶⁹ Cette exigence essentielle de justice dans l'ordre juridique interne n'exige de lui qu'un comportement global. En effet, le « mauvais fonctionnement de la justice interne »¹⁷⁰, dans son ensemble, constitue le comportement de l'Etat à prendre en considération. Le fait internationalement illicite de l'Etat ne pourra être réalisé que par un manquement général, du pouvoir judiciaire pris dans son ensemble, à assurer

¹⁶⁸ ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁹ EUSTATHIADES (C. T.), *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires*, Paris, Pedone, 1936, réédité à Athènes, Klissiounis, 1959, 454 p. (*Etudes de droit international*, 1929-1959, tome 1, 556 p.), p. 80

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 83.

« l'administration d'une justice impartiale et efficace selon les exigences du droit international »¹⁷¹

Les propos de C. Eustathiadès vont définitivement dans ce sens :

« dans le cas d'un manquement dans les cas d'un manquement aux obligations de protection judiciaire des étrangers, le droit international exige un minimum de garantie quant à cette protection. Ici c'est le résultat seul qui intéresse le droit international, la protection, c'est-à-dire effective des droits de l'étranger par l'organisation et le fonctionnement d'une justice prompte et impartiale. »¹⁷²

Il découle on ne peut plus clairement de la sentence arbitrale *Loewen* que l'interdiction du déni de justice *stricto sensu* vise l'ensemble des organes judiciaires d'un Etat. Intervenant dans le cadre de l'ALENA, qui renvoie au principe coutumier de protection judiciaire des étrangers ici appliqué à un investisseur, le Tribunal refusera de considérer, isolément, la décision d'une juridiction de première instance¹⁷³. Ainsi que le confirme une sentence arbitrale plus récente, le déni de justice ne survient pas tant que l'opportunité de corriger une première conduite n'a pas été donnée au système judiciaire dans son ensemble¹⁷⁴.

Une objection s'élève toutefois. Parmi les critères de classement dans la catégorie qui nous occupe, figurait le fait que la disposition vise l'ensemble de l'appareil étatique, et non un organe déterminé. En réalité, aucun organe n'est précisé par l'interdiction coutumière du déni de justice. Le pouvoir judiciaire, troisième pouvoir étatique, intervient en sanction du droit dans des cas individuels. Il « clôt » généralement le comportement de l'Etat, et pourrait ainsi ne pas être vraiment détaché du comportement des autres pouvoirs. La sentence *Yuille Shortridge & Cie* l'exprime très clairement. L'arbitre refuse en effet de demander des comptes au Royaume-Uni relatifs à ses tribunaux, indépendants du gouvernement¹⁷⁵. Loin de considérer, comme a pu l'analyser son commentateur¹⁷⁶, que l'Etat était rendu irresponsable des actes du pouvoir judiciaire, leur indépendance constituant un obstacle à leur imputabilité à l'Etat, l'arbitre reconnaît par là le caractère corporatif de l'Etat aux yeux du droit international, et l'indifférence de celui-ci à son organisation interne. Lorsqu'il se voit imposer des obligations de comportement indéterminé,

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² EUSTATHIADES (C. T.), *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires*, *op. cit.*, note 1 p. 83-84.

¹⁷³ Tal CIRDI (mécanisme supplémentaire en vertu du Chap. 11 de l'ALENA), sentence du 26 juin 2003, *Loewen c. États-Unis* (fond), n° ARB (AF)/98/3, *I.L.M.*, 2003, p. 811 et s. Pour un développement sur cette affaire, voir *infra*, Section 2. §1. A. 2. a.

¹⁷⁴ Tal CIRDI, sentence arbitrale du 30 juillet 2009, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Albania* n°ARB/07/21, § 96 : « *Denial of justice does not arise until a reasonable opportunity to correct aberrant judicial conduct has been given to the system as a whole* ».

¹⁷⁵ Sentence arbitrale du 21 octobre 1861, *Yuille, Shortridge et Cie*, Grande-Bretagne/Portugal, *R.A.I.*, t. II, p. 103.

¹⁷⁶ La sentence fut critiquée sur ce fondement par la note doctrinale anonyme y-attenante, *R.A.I.*, t. II, p. 112-113

il est impossible de le rendre responsable de l'une ou l'autre attitude de ses organes pris isolément, précisément parce qu'il est un tout, tout qui doit avoir été mis en mesure de remplir son obligation par l'ensemble des moyens qui sont à sa disposition. Evoquer l'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas ici une façon de rappeler ce principe constitutionnel¹⁷⁷, mais bien de montrer qu'aux yeux du droit international, ce dernier est lié aux autres pouvoirs de l'Etat, et que son comportement résume le comportement de l'ensemble de l'appareil étatique.

L'obligation coutumière de protection judiciaire est donc partie intégrante du traitement international minimum, et ne requiert de l'Etat qu'un comportement global. Les branches de l'obligation visant les autres pouvoirs internes tendent toutefois à se détacher d'une obligation de comportement global, au fur et à mesure de leur précision au sein de conventions internationales. Elles deviennent ainsi indépendantes de l'obligation coutumière de protection judiciaire des étrangers. Au fil de ce mouvement, le traitement international minimum tend à se limiter à l'interdiction du déni de justice. D'appareil étatique dans son ensemble, l'obligation coutumière viserait peu à peu le seul pouvoir judiciaire dans son ensemble, ce qui ne renforce pas son degré d'exigence. Aucun *organe* judiciaire, autrement dit aucun comportement aux modalités déterminées n'est encore visé. De telles obligations, n'envisageant plus le pouvoir judiciaire comme un tout, existent-elles ? C. Eustathiades estime que, dans le cadre d'obligations *spéciales*, « telle ou telle attitude » des organes judiciaires « est ordonnée par le droit international »¹⁷⁸. Ce n'est toutefois pas le cas des obligations conventionnelles visant la protection judiciaire des sujets internes, qui demeurent des obligations visant l'ensemble du comportement de ce pouvoir déterminé.

2. *Obligation de protection judiciaire des sujets internes*

Le pouvoir judiciaire, visé par des obligations conventionnelles, le sera toujours dans son ensemble, et son activité pourra ainsi être assimilée à un comportement global de l'Etat. Lesdites obligations peuvent poser des obligations exigeant de l'Etat d'offrir un recours aux sujets internes à la suite d'une première violation du droit international (a) ainsi que de garantir une certaine qualité dans l'administration de la justice (b).

¹⁷⁷ Selon D. Anzilotti, « L'indépendance du pouvoir judiciaire est un principe de droit constitutionnel qui a trait aux rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'Etat ; au regard des Etats étrangers, au contraire, c'est de l'Etat, en tant que sujet du droit international, qu'il s'agit, c'est-à-dire, de l'Etat dans son unité, et non pas des différents pouvoirs de l'Etat. ». ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international public*, op. cit., p. 480.

¹⁷⁸ EUSTATHIADES (C. T.), *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires*, op. cit., note 1 p. 83-84.

a. Obligation de fournir un recours en cas de violation du droit international en la personne d'un sujet interne.

(i) Obligation générale de fournir des recours effectifs

L'obligation issue de l'article 13 de la C.E.D.H., on l'a vu, requiert de l'Etat de fournir aux sujets internes des recours effectifs en cas de violation de leurs droits issus de cette Convention. Elle ne peut être englobée dans une obligation de comportement global visant à la réalisation finale de ces autres droits, qui sont indépendants d'elle. Considérée de manière isolée toutefois, elle exige certainement une obligation de comportement global. Garantie d'un « droit de nature procédurale »¹⁷⁹, cette obligation vise, sans nul doute, l'ensemble du pouvoir judiciaire des Etats sans que soit visé un organe spécifique. Aucun comportement aux modalités déterminées n'est exigé, du moment que le pouvoir judiciaire parvient à ouvrir au sujet interne lésé un recours, à un quelconque moment de la procédure. Celle-ci est envisagée dans son intégralité, comme le prouvent les propos du professeur Sudre qui considère l'article comme « intimement lié à la règle classique de l'épuisement des voies de recours internes »¹⁸⁰.

(ii) Obligation de fournir un recours lié à une violation spécifique

Mutatis mutandis, cette interprétation peut également être appliquée à l'article 5. 4 de la Convention. Garantissant un droit de recours spécifique aux sujets internes victimes d'une violation de l'interdiction de détention arbitraire prévue article 5. 1, ces alinéas doivent être entendus comme énonçant deux obligations distinctes et non une seule et même obligation de comportement global de l'Etat. Isolément, l'obligation de l'article 5. 4 ne détermine toutefois pas le comportement juridique qui doit être adopté, pourvu que le pouvoir judiciaire de l'Etat, visé dans son ensemble, ouvre un recours au sujet interne.

Dans les affaires relatives à la protection consulaire, la C.I.J. a également pu dégager, par une interprétation extensive de l'article 36. 2 de la Convention de Vienne de 1963, une obligation de réformer un procès rendu suite à la violation de l'obligation de notification consulaire, article 36. 1. b)¹⁸¹. Ces obligations sont indépendantes l'une de l'autre ; les Etats-Unis reconnaissent

¹⁷⁹ DRZEMCZEWSKI (A.) et GIAKOUMPOULOS (C.), « Article 13 », *op. cit.*, p. 459.

¹⁸⁰ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 9^e éd., 2008, p. 361.

¹⁸¹ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, Allemagne c. États-Unis d'Amérique, *Rec.*, p. 466 et s., § 91 ; C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. États-Unis d'Amérique, *Rec.*, n°128, p. 12 et s., § 7. Voir, sur cette interprétation qualifiée d' « extensive », MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour internationale de

d'ailleurs avoir manqué d'informer des ressortissants étrangers de leur droit à la protection consulaire, indépendamment de tout recours exercé par les individus en question. Cette première obligation de notification, on le verra plus en détail¹⁸², ne peut donc être interprétée comme requérant un comportement global de l'Etat. Quant à elle, l'obligation de protection judiciaire qui s'y ajoute doit être entendue de la sorte. Comme dans l'exemple de l'article 5 de la C.E.D.H., des obligations figurant au sein d'un même article n'entrent pas nécessairement dans la même catégorie. Tous les organes du pouvoir judiciaire sont visés par l'obligation de révision du procès, sans qu'un degré de juridiction pris isolément puisse en réaliser la violation. Prenons en effet l'hypothèse où une juridiction supérieure accepterait de réviser le jugement en question, après refus d'une première instance. Très certainement, le comportement global du pouvoir judiciaire, aboutissant à la révision exigée serait pris en compte et non seulement le refus initial.

Dans son arrêt *Avena*, la C.I.J. semble toutefois transformer l'obligation en une exigence d'un comportement aux modalités déterminées. Elle donne en effet des précisions extrêmes sur la révision et le réexamen du procès. La Cour, qui avait déjà retenu une interprétation peu littérale de la Convention de Vienne, renforce l'obligation qu'elle a elle-même dégagée. Cette attitude adoptée pour des raisons humanitaires que l'on connaît¹⁸³ paraît donc assez critiquable sur le plan de la rigueur juridique et du respect du consensualisme. Aucune obligation visant le pouvoir judiciaire n'a jamais été interprétée autrement que comme requérant de l'Etat un comportement global de ce pouvoir, sans prêter attention aux décisions émises par les diverses juridictions étatiques, isolées les unes des autres, pas même, comme on le verra dans un instant, la garantie du procès équitable de la C.E.D.H. On peut toutefois penser que cette attitude de la Cour est exceptionnellement adoptée en raison d'un obstacle posé en droit américain à l'épuisement des voies de recours internes, autrement dit à la sollicitation du pouvoir judiciaire dans son ensemble.

justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *A.F.D.I.*, 2002, p. 215-256, spéc. p. 229-230. Cette attitude a été critiquée par M. Santulli, pour qui la Cour a ajouté au sein des obligations primaires de la Convention de Vienne une obligation secondaire de réparer (SANTULLI (C.), Une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires *Breard* et *LaGrand*, *A.F.D.I.*, 1999, p. 101-131, spéc. 115-117.) En effet, la Cour s'est certainement rendue compte que la réparation du défaut d'information consiste en une information – la cessation – et d'éventuels dommages et intérêts, sans qu'aucune *restitutio in integrum* ne puisse véritablement être réclamée. La réformation du procès, nécessaire afin d'effacer l'ensemble des conséquences de l'illicite, mais n'entrant pas à proprement parler dans l'obligation secondaire à la charge des États-Unis, a donc été transformée par la Cour en une obligation primaire, de manière, il est vrai, assez éloignée du texte de l'article 36.

¹⁸² Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

¹⁸³ Dès les ordonnances en mesure conservatoire dans les affaires *Breard* et *LaGrand*, le juge Oda déclare se rallier à l'avis de la Cour pour des « motifs humanitaires » (C.I.J., ordonnance du 9 avril 1998, *Convention de Vienne sur les relations consulaires (radiation du rôle)*, Paraguay c. États-Unis, opinion individuelle du juge Oda, *Rec.*, p. 262 et C.I.J., ordonnance du 3 mars 1999, *LaGrand* (*demande en indication de mesures conservatoires*), Allemagne c. États-Unis, opinion individuelle du juge Oda, *Rec.*, p. 20). Ultérieurement, si l'Allemagne se défendra vivement de contester la pratique de la peine de mort en tant que telle aux États-Unis (C.I.J., Audience publique tenue le lundi 13 novembre 2000, *LaGrand*, CR 2000/26, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/4651.pdf>>, p. 5-6), elle mettra l'accent sur son aversion pour cette pratique et la montée d'un consensus relatif à son interdiction en droit international (*Ibid.*, p. 7-8).

Loin de déterminer les modalités du comportement des Etats-Unis, la Cour aurait simplement énoncé une obligation de comportement global. Ainsi, au fond, seul le comportement de l'ensemble du pouvoir judiciaire sera envisagé¹⁸⁴. Son arrêt en interprétation semble également abonder dans ce sens, puisque la Cour y déclare que l'Etat défendeur était libre de recourir aux moyens de son choix pour parvenir à la révision des jugements¹⁸⁵.

b. Garantie du procès équitable

La plus marquante illustration d'une obligation de comportement global est certainement apportée par les garanties de procès équitable fournies par les instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, et tout particulièrement par l'article 6 de la C.E.D.H. L'ensemble des obligations visées par cette disposition, relatives à la bonne administration de la justice, entrent dans la catégorie des obligations de comportement global. Elles visent le pouvoir judiciaire pris dans son ensemble. Les commentateurs de la convention corroborent cette interprétation. Il est notamment affirmé que « les États ont le choix des moyens, mais sous la condition de satisfaire aux exigences 'finales' de l'article 6. »¹⁸⁶ Le contrôle exercé par la Cour sera « à la fois concret et global »¹⁸⁷. En effet, la Cour, dans une jurisprudence constante, retiendra une telle approche. Elle affirmera ainsi que « le respect de telle ou telle garantie doit être soupesé par rapport à l'ensemble du procès » dans son célèbre arrêt *Golder*¹⁸⁸, et mentionnera même, sans détour, que l'obligation issue de l'article 6 est une obligation de « résultat » dans l'affaire *Colozza*¹⁸⁹. De nombreux exemples où le caractère global de l'obligation de protection judiciaire est affirmé peuvent être trouvés au fil de ses arrêts¹⁹⁰. Ici, la Cour précise que sa mission est

¹⁸⁴ Voir *infra*, Section 2, § 1, A : nous verrons en effet que la règle de l'épuisement des voies de recours internes, non applicable en procédure, reviendra dans l'examen au fond de la violation de cette obligation.

¹⁸⁵ C.I.J., arrêt du 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena...*, préc., § 47. Cette formule peut également recevoir une autre interprétation, non exclusive de celle que nous présentons ici : voir Seconde Partie, Titre 1, *Chapitre 2*, Section 2, § 2, A.

¹⁸⁶ SOYER (J.-C.), SALVIA (M. de), « Article 6 », in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, XI-1230 p., p. 239-292, ici p. 245.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 247.

¹⁸⁸ Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, Série A, n°18

¹⁸⁹ Cour E.D.H., arrêt du 12 février 1984, *Colozza c. Italie*, Série A, n° 89, § 30 : « Les États contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de répondre aux exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) en la matière. La tâche de la Cour ne consiste pas à les leur indiquer, mais à rechercher si le résultat voulu par la Convention se trouve atteint (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *De Cubber* du 26 octobre 1984, Série A, n° 86, p. 20, par. 35) ».

¹⁹⁰ Voir la jurisprudence citée à l'appui de la démonstration relative au *moment de la violation*, *infra*, Section 2, §1. A. 2. a.

d'examiner « les particularités de la procédure nationale, envisagée en bloc »¹⁹¹ ; là, elle rappelle qu'il « faut prendre en compte l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne »¹⁹².

Conclusion de la section

Il est acquis depuis les travaux de R. Ago que « tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale »¹⁹³. Reste toutefois à déterminer ce qu'est un fait illicite, et si la production ou le maintien en vigueur d'un acte juridique dans l'ordre étatique est susceptible de répondre à cette définition. Selon l'article 2 du projet d'articles de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats adopté par la Commission en seconde lecture, il y a fait internationalement illicite lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission comporte deux éléments : l'un, « subjectif » – son attribution à l'Etat – et l'autre, « objectif », à savoir la violation d'une obligation internationale. L'élément subjectif du fait illicite ne pose pas problème en l'espèce : les faits de tout organe de l'Etat, issu du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire, sont considérés par le droit international comme des comportements attribuables à celui-ci. Leur subordination les uns par rapport aux autres, ou bien de la nature de leur activité, n'entre pas dans l'examen de l'imputabilité de leurs actes à l'Etat sur le plan international. Comme le relève R. Ago dans son troisième rapport, cela revient à se demander si leur comportement constitue ou pas, objectivement, un manquement à une obligation internationale. « La réponse à donner ne dépend pas de la position que l'organe qui agit occupe dans l'appareil de l'Etat : elle dépend du type et du caractère de l'obligation enfreinte par l'agissement de cet organe »¹⁹⁴. C'est donc exclusivement sur la présence de l'élément objectif du fait internationalement illicite que nous devons nous pencher à présent, afin de déterminer si le comportement d'organes de l'Etat de production d'actes juridiques individuels peut constituer une violation d'une obligation requérant un comportement indéterminé de l'appareil étatique que nous venons de décrire.

¹⁹¹ Cour E.D.H., arrêt du 26 avril 1988, *Ekebatani c. Suède*, Série A, n°134, § 28, nous soulignons.

¹⁹² Cour E.D.H., arrêt du 2 mars 1987, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, Série A, n° 115, § 56, nous soulignons.

¹⁹³ C.D.I., *Projet d'articles adopté en première lecture*, Ann. C.D.I., 1980, vol. II, 2^e partie, art. 1, p. 29 ; inchangé dans le projet définitif adopté en seconde lecture : C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 1, p. 2.

¹⁹⁴ AGO (R.), « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », Ann. C.D.I., 1971, vol. II, 1^{re} partie, p. 257.

Section 2. Caractérisation du conflit avec un acte juridique individuel. *Quasi-contrariété*, ne donnant lieu qu'à une *amorve de violation*

Seule la conduite de l'ensemble de l'appareil étatique, objet de l'obligation de comportement global de l'Etat, peut en réaliser la violation, si elle n'est pas celle requise. Cette violation, fait internationalement illicite « complexe », ne peut se résumer à la seule production d'un acte juridique individuel en droit interne. Tout en limitant la portée et précisant la classification des obligations opérée par R. Ago, qui distingue entre « obligation de comportement déterminé » et « obligation de résultat », nous souscrivons ainsi à la notion de « fait complexe », laquelle rend parfaitement compte du temps (§ 1) et de la substance (§ 2) d'un fait illicite né de la violation de la catégorie d'obligations qui nous occupe. On comprendra alors que le conflit entre le droit interne et ces obligations internationales n'est pas pertinent aux fins de notre étude. Cette *quasi-contrariété*, antérieure à la survenance d'un fait internationalement illicite, ne peut y donner naissance à elle seule. Le fait du droit interne, ici compris comme la conduite de production d'un acte juridique individuel, ne réalise tout au plus qu'une *amorve de violation* d'une obligation internationale relative au comportement global de l'Etat.

§ 1. *Temps du fait illicite*

Par *tempus commissi delicti*, deux choses peuvent être entendues : le moment de l'illicite, son apparition (A) ainsi que sa durée, son « épaisseur temporelle » (B) selon l'expression de R. Ago.

A. Moment : date de l'épuisement des voies de recours internes

Pour la majorité des Etats à la Conférence de codification de La Haye de 1930, la responsabilité internationale ne commence qu'au jour où les recours locaux sont épuisés¹⁹⁵. Ces propos prêtent toutefois à confusion : par responsabilité internationale, on peut en effet concevoir une question de « mise en œuvre », procédurale, autant que la question du moment de sa naissance, se confondant avec la survenance de l'illicite. C'est sur ce dernier point que nous nous arrêterons plus précisément, démontrant que, dans le cas des obligations qui nous occupent, l'illicéité ne naît qu'au moment de l'épuisement des voies de recours internes. Cette condition de

¹⁹⁵ Discussion, *A.J.I.L.*, XXIV (1930), p. 525-527.

fond (1) est donc bien contingente, ne s'appliquant qu'à des cas de figure strictement déterminés (2).

1. *Épuisement des voies de recours internes : condition de fond...*

La règle de l'épuisement des voies de recours internes est classiquement lue comme une condition de recevabilité à l'introduction d'une demande internationale en protection diplomatique. De nombreux auteurs semblent ainsi se borner à cette analyse.

R. Ago, dans la partie de son sixième rapport consacrée à l'épuisement des voies de recours internes¹⁹⁶, cite notamment comme appartenant à ce courant doctrinal Ch. De Visscher. Ses propos sont pourtant loin d'être aussi clairs, puisque ce dernier auteur admet qu'en cas de déni de justice, l'épuisement des voies de recours internes devient une condition de la réalisation de l'illicéité. Cela était notamment relevé par le professeur Chappez, lequel classait ainsi Ch. De Visscher parmi les tenants de la théorie substantielle¹⁹⁷. En réalité, l'épuisement des voies de recours internes est utilisé par l'auteur pour appuyer sa conception stricte du déni de justice. L'expression ne s'applique donc pas à un comportement contraire au résultat exigé par le droit international, imputable à un organe interne autre que judiciaire. Dans le cas du déni de justice *stricto sensu* en revanche, lorsque le manquement provient du pouvoir judiciaire, il faudra attendre l'épuisement de l'ensemble des voies de recours pour que le fait illicite puisse être qualifié¹⁹⁸. C'est ainsi de manière tout à fait exceptionnelle et parfaitement circonscrite que la condition devient substantielle¹⁹⁹. Dans les autres cas de figure, le fait illicite est imputable aux organes qui ont refusé la protection des étrangers ; un refus de réparation du tort initial est un déni de justice qui s'ajoute à la violation initiale, et non la condition qui permet la naissance de l'illicéité²⁰⁰. En ce cas, l'épuisement des voies de recours internes ne serait qu'une règle procédurale.

¹⁹⁶ AGO (R.), « Sixième rapport... », préc., p. 21 à 47.

¹⁹⁷ CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Thèse de doctorat, Paris, Pedone, 1972, XII-264 p., p. 17.

¹⁹⁸ DE VISSCHER (C.), « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-II, t. 52, p. 369-441.

¹⁹⁹ Il est dès lors étonnant que l'auteur affirme qu'« il n'y a pas de raison pour distinguer, au point de vue du principe de responsabilité, entre l'acte illicite commis dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et celui commis par tout autre organe de l'État. », alors même qu'il vient d'en dégager un trait spécifique quant à la naissance de l'illicite (*ibid.*, p. 381).

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 374 et s.

D'autres auteurs, tels C. P. Panayotacos²⁰¹, C. H. P. Law²⁰², C. F. Amerasinghe²⁰³, ou encore T. Haesler²⁰⁴ se prononcent beaucoup plus généralement en ce sens. Le premier notamment, affirme sans ambages que « la règle du *local redress* (...) constitue une condition nécessaire pour la mise en jeu de la responsabilité, question absolument indépendante de celle de la naissance ou bien du commencement de la responsabilité internationale de l'État »²⁰⁵. Les propos tenus ne sont toutefois pas encore parfaitement clairs : en affirmant que la juridiction internationale ne peut connaître d'un fait de l'État sans que celui-ci ait été confirmé par les juridictions internes, C. F. Amerasinghe relève bien qu'avant cela, la responsabilité ne peut ainsi jamais être engagée²⁰⁶. Seul l'épuisement des recours internes établirait définitivement l'existence de cette violation et rendrait recevable l'action devant la juridiction internationale. On le voit : la règle n'est pas si clairement procédurale lorsque l'examen de cette condition de recevabilité apparaît en réalité comme un examen *prima facie* de l'existence d'une violation, répondant à la question « est-il au moins *envisageable* que le fait en cause puisse engager la responsabilité de l'État ? » M. Chappé va cependant plus loin. Premièrement, à la différence de Ch. De Visscher, la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est *jamais*, à son sens, une condition de la naissance de l'illicéité, même dans le cas du déni de justice *stricto sensu* : « (l)a responsabilité internationale est concomitante au premier acte internationalement illicite, que cet acte émane du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif – il y a alors violation initiale du droit international – ou qu'il émane du pouvoir judiciaire – il y a alors déni de justice. »²⁰⁷ Il demeure toutefois quelques ambiguïtés dans ses propos. Que signifie tout d'abord l'expression « violation *initiale* » dans le passage précité ? L'auteur considérerait-il qu'il serait tout de même des cas dans lesquels le déni de justice constituerait la violation du droit international, alors même que cette violation était

²⁰¹ PANAYOTACOS (C. P.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes – En théorie et en pratique*, Marseille, Mouillot, 1952, 117 p., p. 29 et s.

²⁰² LAW (C. H. P.), *The Local Remedies Rule in International Law*, Genève, Droz, 1961, 153 p., p. 32 et s, p. 131 et s.

²⁰³ AMERASINGHE (C. F.), « The Formal Character of the Rule of Local Remedies », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, fasc. 3, 1965, p. 445 et s. ; et *State Responsibility for injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, XVI-324 p., p. 215-216.

²⁰⁴ HAESLER (T.), *The exhaustion of Local Remedies in the Case of International Courts and Tribunals*, Leyde, Sijthoff, 1968, p. 92 et s., p. 131 et s.

²⁰⁵ PANAYOTACOS (C. P.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes...*, *op. cit.*

²⁰⁶ AMERASINGHE (C. F.), *State Responsibility for injuries to Aliens*, *op. cit.*, p. 215-216. Un autre exemple d'auteur qui peut être classé parmi les tenants de la théorie procédurale, mais dont les propos sont particulièrement ambigus est C. Eagleton, lequel mêle dans son exposé les questions d'imputabilité et de naissance de la responsabilité : EAGLETON (C.), « Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'État », *R.D.I.L.C.*, 1930, 643-659. On pourrait penser, comme R. Ago, qu'il défend alors une « théorie mixte », n'appliquant la règle substantielle de l'épuisement qu'aux organes judiciaires de l'État (AGO (R.), « Sixième rapport... », préc., p. 25) sans que cela soit vraiment clair.

²⁰⁷ CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Thèse de doctorat, Paris, Pedone, 1972, p. 19. En ce sens également, C. F. Amerasinghe affirme que le déni de justice commis par un Tribunal de première instance constitue déjà une violation du droit international, AMERASINGHE (C. F.), *State Responsibility for injuries to Aliens*, *op. cit.*, p. 215-216.

auparavant déclenchée, pouvant parler alors de violation *finale* ? En outre, l'épuisement des recours internes n'est envisagé que comme une possibilité laissée à l'Etat de réparer le préjudice causé à l'individu par un fait initialement illicite, veut-on bien entendre. Toutefois, l'auteur parle à ce sujet de « réparation de la violation » et non du dommage. Il serait alors parfaitement illogique d'affirmer que les tribunaux *internes* puissent être en mesure de revenir sur une violation existante, et force serait d'affirmer que la violation n'était pas consacrée en droit international. Le raisonnement ne tient dès lors que si l'on parle bien d'une réparation, en droit interne, du dommage interne causé par une violation initiale, laquelle pourrait, en droit international, permettre d'évaluer à la baisse la réparation à accorder à l'Etat médiatement victime du dommage, réparation le plus fréquemment évaluée sur la base du préjudice subi par le ressortissant²⁰⁸. M. Chappez affirme ensuite que l'épuisement des voies de recours internes est une condition purement procédurale, allant même jusqu'à démontrer qu'elle n'est en rien le contrôle *prima facie* de l'existence d'une violation. A l'appui de son raisonnement est utilisé l'exemple du jugement déclaratoire, dans lequel cette condition n'est pas exigée²⁰⁹. La règle a ainsi pour raison profonde d'éviter que des litiges internationaux soient trop fréquemment portés devant les juridictions internationales, compromettant les bonnes relations diplomatiques entre Etats²¹⁰.

Pour R. Ago en revanche, « il est évident qu'il s'agit d'une règle concernant le fond, la substance de la responsabilité internationale, et non d'une règle de procédure, comme l'ont considérée certains auteurs qui ne pouvaient en saisir la nature réelle, faute de partir de la notion indispensable du délit international complexe »²¹¹. E. Borchard, sans doute le premier, faisait des travaux de la Conférence de codification de La Haye une lecture tournée vers la théorie de la règle de fond, malgré l'ambiguïté des propositions finales. Alors que la formule retenue à l'époque était que « la responsabilité internationale ne peut être mise en jeu qu'après épuisement des voies de recours ouvertes par le droit interne à l'individu lésé »²¹², faisant apparaître une nette confusion entre la mise en œuvre et la naissance de la responsabilité, l'auteur y voit un fait exprès. Selon lui, un tel énoncé « a donc évité la conclusion fâcheuse suivant laquelle la responsabilité internationale pourrait surgir avant de pouvoir être mise en jeu, c'est-à-dire avant qu'une

²⁰⁸ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁰⁹ CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, *op. cit.*, p. 17.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 19.

²¹¹ AGO (R.), « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939, t. 68, p. 516-517.

²¹² Texte des articles adoptés en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence pour la codification du droit international, La Haye, 1930, voir : doc. N.U., A/CN.4/96, *Ann. C.D.I.*, 1956, vol. II, p. 226 et s. (document, annexe 3), art. 4.

réclamation internationale ne puisse être présentée »²¹³. E. Brochard maintient qu'« (o)n ne peut pas savoir s'il y a responsabilité internationale aussi longtemps qu'on ne sait pas ce que l'action définitive de l'État sera »²¹⁴ ; il justifie ainsi la règle procédurale par des raisons substantielles, s'opposant à la recevabilité de recours rendus vains par l'impossibilité de conclure au fond à une violation avant un déni de justice. Cette dernière expression prend alors un sens beaucoup plus large, allant de la violation du droit international par les organes judiciaires, à la confirmation par ces derniers d'une violation imputable à d'autres organes de l'Etat. De même relativement cette fois au rapport de l'Institut de droit international de la session de Lausanne de 1927. Ce rapport, relatif à la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, et plus spécifiquement axé sur les obligations primaires y relatives, ne faisait aucune mention de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, laissant douter de son caractère de règle de fond dans l'esprit des juristes de l'Institut. Pourtant, c'est en ce sens que plaide le Rapporteur Strisower ; l'article 8 énonce en effet que le déni de justice s'applique aussi, généralement, à tous les cas où il incombe à l'Etat de garantir les droits des étrangers. De cette définition large, l'on pourrait déduire qu'il n'y a violation des règles relatives à la protection des étrangers qu'en cas de déni de justice. L. Strisower plaide en tout cas pour une telle solution²¹⁵. J. Simpson et H. Fox affinent quant à eux l'analyse, distinguant entre les cas de violation « partielle », laquelle pourrait être réparée par un autre organe de l'Etat, et violation « irrémédiable », comme notamment l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de l'exécutif non soumis à révision par le pouvoir judiciaire, ou encore un fait confirmé par une décision de la plus haute juridiction²¹⁶. Est ainsi posé le principe intéressant selon lequel l'épuisement des voies de recours internes est nécessaire à la naissance de l'illicéité, mais seulement de manière contingente, autrement dit en prenant compte de la nature du comportement de l'Etat en question. Règle de fond, elle ne s'impose que lorsque le comportement de l'Etat n'est pas définitif selon son organisation interne. Enfin, dès les premières éditions de leur manuel en collaboration avec les professeurs Thierry et Vallée, les professeurs Combacau et Sur prennent position pour une règle d'orientation substantielle, en relation avec la naissance du fait internationalement illicite²¹⁷, position qui restera nettement affirmée dans les versions ultérieures : « (c)ette

²¹³ BORCHARD (E.), « La responsabilité internationale des États à la Conférence de la Codification de la Haye », *R.D.I.L.C.*, 1931, p. 49.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 51.

²¹⁵ STRISOWER (L.), « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », rapport à l'Institut du droit international, *Ann. I.D.I.*, 1927-I, vol. 33, p. 492 et 498.

²¹⁶ SIMPSON (J. L.), FOX (H.), *International Arbitration Law and Practice*, New York, Frederick A. Praeger, / London, Stevens and Sons Ltd., 1959, 330 p., p. 111-112.

²¹⁷ COMBACAU (J.), THIERRY (H.), SUR (S.), VALLEE (Ch.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 1986, XIX-789 p., p. 662-663.

proposition, qui a toutes les apparences d'une règle de procédure, est en réalité essentiellement liée à des exigences de fond »²¹⁸.

La règle de l'épuisement des voies de recours, présentée *exclusivement* comme une règle relative à la naissance de l'illicéité, serait toutefois fort discutable et tous ces auteurs admettent qu'il est de nombreux cas dans lesquels la violation sera réalisée en amont de cela²¹⁹. Rares sont les auteurs qui n'adhèrent pas, de près ou de loin, à une théorie mixte²²⁰. L'essentiel du débat devrait en réalité se concentrer sur la frontière entre l'application de l'épuisement des voies de recours comme règle de fond, et son application strictement procédurale. R. Ago ainsi n'envisage l'épuisement comme condition de réalisation de l'illicéité que relativement aux obligations dites de résultat, violées en la personne de sujets internes²²¹. Dans une autre perspective Ch. De Visscher prenait en considération non pas l'obligation primaire violée, mais l'organe auquel était imputable, en droit interne, la violation, la règle matérielle ne s'appliquant qu'à un manquement en provenance de l'appareil judiciaire de l'Etat – le déni de justice au sens strict²²². De même que le professeur Perrin, nous récusons toute distinction fondée sur le pouvoir de droit interne auquel le comportement de l'Etat est imputable. C. Eustathiades semblait également aller en ce sens. Selon lui, la règle part « dans deux directions : comme moyen de réparation et comme source de responsabilité »²²³. Toutefois, sa distinction n'est nullement fondée sur l'organe à l'origine du manquement, mais bien davantage sur l'obligation dont il est question. L'auteur distingue en effet, au sein des obligations relatives au pouvoir judiciaire, entre celles qui ne réclament à l'Etat qu'un comportement global – la protection judiciaire générale – et celles, spéciales, qui peuvent être violées avant l'épuisement²²⁴. Nous adhérons parfaitement à ses propos, lesquels se cantonnent à une obligation très spécifique de comportement global : « (l)e devoir international de ce dernier (l'Etat) se borne, en ce qui concerne les obligations générales de protection judiciaire, à garantir le fonctionnement régulier et impartial de la justice. Ici, l'épuisement des voies de recours internes n'est pas une simple nécessité de procédure mais il engage le fond même de la question, la naissance de la responsabilité internationale. Ici, c'est l'inefficacité des recours internes ou le déni de justice ou l'injustice manifeste qui font naître la responsabilité

²¹⁸ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 551.

²¹⁹ Voir notamment COMBACAU (J.), SUR (S.) *Droit international public, op. cit.*, p. 550-551.

²²⁰ Voir essentiellement PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », in *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1980, XII-638 p., p. 271-291.

²²¹ AGO (R.), « Sixième rapport... », préc., p. 23.

²²² DE VISSCHER (C.), « Le déni de justice en droit international », *op. cit.*

²²³ EUSTATHIADES (C. T.), *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires, op. cit.*, p. 341.

²²⁴ *Ibid.*, p. 338.

internationale ; il n'y a ni responsabilité ni droit à intervention diplomatique tant que les recours locaux n'ont pas été en vain épuisés et qu'un déni de justice n'a pas été établi. »²²⁵

Un déni de justice au sens large, autrement dit un procès laissant persister un premier acte juridique interne en conflit avec le résultat requis de l'Etat par le droit international, est donc nécessaire à la perfection du fait illicite complexe, violation de l'obligation de comportement global. Ce déni de justice ne suppose toutefois pas dans tous les cas un épuisement, au sens propre, des voies de recours internes ; cette exigence reste en tout état de cause contingente.

2. ... dans des cas bien précis

a. Règle de fond dans le seul cas des obligations de comportement global

Tous les auteurs trouvent dans la jurisprudence la preuve que l'épuisement des recours internes est une règle de procédure pour certains, de fond pour d'autres. En réalité, cette diversité dans les solutions jurisprudentielles s'explique parfaitement par le caractère circonscrit du volet substantiel de la règle, ne s'appliquant qu'à la violation d'obligations de comportement global. L'exemple le plus probant nous est fourni par l'arrêt *Avena*, dans lequel la règle de l'épuisement des voies de recours internes avait été, au stade de la recevabilité, déclarée inapplicable. Au fond, elle conditionnera toutefois la violation de l'obligation d'offrir des voies de recours aux étrangers condamnés suite à la violation de leur droit d'être informé de leur protection consulaire, article 36. 2 de la Convention de Vienne tel qu'interprété par la Cour. Les violations de cette disposition ne seront pas reconnues lorsque des recours restaient encore disponibles aux sujets internes²²⁶. D'autres illustrations peuvent en outre être apportées.

Dans la célèbre sentence arbitrale *Martini* rendue en 1930, il nous semble découvrir un indice de la nécessité, dans le cas d'une obligation de comportement global, d'attente de l'épuisement des voies de recours internes pour en consacrer la violation. Est notamment en cause la protection d'un contrat de concession par un traité italo-vénézuélien, dont une disposition assez vague interdit à l'Etat concédant d'accorder des monopoles. Ce traité de 1861 est apparemment interprété sagement, comme une protection générale du contrat de concession de la Maison Martini, société italienne : ainsi, l'Italie ne semble pas heurtée par un contrat de monopole accordé à un national vénézuélien. Elle ne semble se plaindre, dans l'affaire

²²⁵ *Ibid.*, p. 339.

²²⁶ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 113.

Martini, qu'après épuisement des voies de recours internes par son ressortissant, suite à un arrêt de cassation de 1905²²⁷. Le Tribunal arbitral ne s'exprime toutefois pas sur ce point, le juge interne n'ayant pas été amené à se prononcer sur ledit contrat. *A contrario*, on peut donc conclure qu'un fait illicite serait né au jour de l'arrêt de cassation, si ce dernier avait véritablement porté sur l'acte administratif – en l'occurrence, un contrat public – et confirmé la légalité de celui-ci en droit interne, complétant ainsi le fait illicite amorcé par la conclusion du contrat public en conflit avec le résultat escompté par le droit international.

De la même façon, dans le cadre de la jurisprudence des tribunaux du CIRDI, on a pu vivement regretter que l'épuisement des voies de recours internes, pourtant expressément exclu en tant que condition procédurale, soit exceptionnellement réintroduit, au fond, comme condition à la naissance de la responsabilité de l'Etat. En effet, sur un plan procédural, la règle n'est pas de principe lorsque les sujets internes bénéficient d'un droit d'action direct. Le contentieux CIRDI pouvait ainsi parfaitement se passer de ce préliminaire. Toutefois, dans l'affaire *Loewen* déjà évoquée²²⁸, cette dernière société saisit le Tribunal pour déni de justice *stricto sensu*, autrement dit violation par les Etats-Unis de leur obligation de protection judiciaire, suite à une décision de première instance des tribunaux de l'Etat fédéral discriminatoire. Dès lors, la sentence considère que, nonobstant le fait que la règle de l'épuisement des voies de recours internes soit procéduralement exclue du contentieux²²⁹, elle reste parfois applicable comme condition de réalisation du fait internationalement illicite. Le professeur Gaillard s'insurge contre un tel

« recul, dans le domaine de la responsabilité du fait des juridictions, par rapport au droit commun de la responsabilité des États en matière d'investissements internationaux où la règle de l'épuisement des voies de recours internes a été abandonnée, tant comme condition de recevabilité de l'action que comme règle de fond. »²³⁰

La sentence fournit, bien au contraire, la preuve que la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas abandonnée ni en voie de l'être. Elle ne marque pas un recul mais la constance

²²⁷ Sentence du 3 mai 1930, *Martini*, Italie c. Vénézuéla, R.S.A, vol. II, p. 978-1002.

²²⁸ Tal CIRDI (mécanisme supplémentaire en vertu du Chap. 11 de l'ALENA), sentence du 26 juin 2003, *Loewen c. États-Unis* (fond), *op. cit.*, voir *supra*, Section 1. §2. B. 2. a.

²²⁹ « La règle de l'épuisement des voies de recours internes, qui exige d'une partie qui se plaint d'une violation du droit international par un État qu'elle épuise les voies de recours internes disponibles dans cet État avant de pouvoir porter sa plainte au plan du droit international, a un caractère procédural. L'article 44 du dernier Projet d'articles de la Commission du droit international (C.D.I.) sur la responsabilité des États démontre que la règle de l'épuisement des voies de recours internes a trait à l'admissibilité d'une action en droit international et non à la question de savoir si cette action résulte d'une violation ou du non-respect du droit international (...). », *ibid.*, § 149, traduction : GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, IV-1105 p., p. 781.

²³⁰ *Ibid.*, p. 792.

d'un principe dont la rareté d'application est simplement due au fait que les obligations de comportement global ne sont plus légion. L'obligation de protection judiciaire des sujets internes constitue l'un de ses derniers refuges, c'est pourquoi il était parfaitement normal d'exiger un épuisement des recours internes avant de pouvoir conclure à une violation dans cette hypothèse. Le tribunal exprime parfaitement que, dans le cadre de cette obligation qui fait aujourd'hui figure d'exception, la seule production d'un acte juridictionnel ne peut réaliser l'illicéité. Selon lui,

« (a)ucun cas n'a été porté à notre connaissance dans lequel un tribunal international a reconnu la responsabilité d'un État pour une violation du droit international constituée par la décision d'une juridiction inférieure alors qu'il existait une voie de recours effective et adéquate au sein de l'ordre juridique de cet État. »²³¹

La raison d'être de la règle est clairement réaffirmée :

« (l)'exigence qu'une décision émanant d'une juridiction inférieure fasse l'objet d'un recours juridictionnel avant que l'État ne voie sa responsabilité engagée pour un manquement au droit international du fait de ses juridictions, a pour but de laisser à l'État la possibilité de remédier au sein de son ordre juridique au *manquement naissant* au droit international du fait de la décision de la juridiction inférieure. »²³²

Confirmée par la jurisprudence arbitrale²³³, cette solution marque, ainsi que l'affirme un auteur, la « réhabilitation du fait illicite complexe » dans le contentieux investisseur-Etat²³⁴.

« (L)a question de savoir si le procès satisfait aux exigences de 6. 1 ne peut être déterminée qu'en examinant la procédure dans son ensemble, ce qui suppose qu'elle soit terminée »²³⁵. En ces termes, la Commission européenne des droits de l'homme affirmait clairement que l'épuisement des voies de recours internes est une condition de réalisation d'une violation de l'obligation de garantie du procès équitable. La jurisprudence de la Cour nous conduit également en ce sens.

²³¹ Tal CIRDI (mécanisme supplémentaire en vertu du Chap. 11 de l'ALENA), sentence du 26 juin 2003, *Loeven c. États-Unis* (fond), préc., § 154, traduction : GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, op. cit., p. 782.

²³² *Ibid.*, § 156, traduction : GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, op. cit., p. 783. Nous soulignons.

²³³ Tal CIRDI, sentence arbitrale du 30 juillet 2009, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. Albania* n°ARB/07/21, § 98.

²³⁴ RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 539 p., spéc. p. 294-306. L'auteur confirme son point de vue en citant les tribunaux arbitraux dans les affaires et, lesquels ont fait appel, au stade de l'établissement de leur compétence, à la notion de fait complexe dans la description de la violation de l'interdiction du déni de justice (Décision du 19 septembre 2008, *Société générale c. Equateur (compétence)*, § 91 ; Décision du 1^{er} décembre 2008, *Chevron c. Equateur (compétence)*, § 301 et 398).

²³⁵ Comm. E.D.H., décision du 15 juillet 1986, *B. c. Belgique*, req. 9938/82, D.R. 48, p. 21.

En l'affaire *De Cubber*, elle énonce très clairement que si toutes les instances doivent respecter les exigences du procès équitable, un non-respect par l'une d'entre elles peut être rattrapé si cette décision est par la suite annulée, sur ce fondement, par la juridiction supérieure, ce qui ne fut pas le cas en l'espèce. La Cour envisage donc bien la procédure *in globo*²³⁶. Un cas de récupération d'un « vice » d'une décision de première instance par annulation de celle-ci par la juridiction supérieure s'était notamment rencontré dans l'affaire *Adolf*²³⁷. Une décision de 1978 est en effet examinée aux fins d'établir si l'article 6 était violé. Elle ne peut toutefois, en elle-même, constituer un fait illicite et c'est davantage cette décision, accompagnée de son interprétation par l'instance judiciaire suprême, autrement dit l'ensemble du procès et non la production d'une décision qui n'en constitue qu'une étape, qui est prise en compte²³⁸. L'examen de l'action globale du pouvoir judiciaire a été de façon particulièrement nette affirmé dans l'arrêt *Colozza*. Ainsi, relativement à une procédure par contumace, celle-ci ne sera contraire aux droits de la défense que si aucune juridiction n'a été en mesure de se prononcer à nouveau sur le bien-fondé de l'accusation²³⁹. L'ensemble du procès est ainsi évalué, et de nombreux exemples nous confortent en ce sens.

En matière d'appréciation du délai raisonnable de la procédure, condition du procès équitable, l'examen des juges de Strasbourg se porte sur l'ensemble de la procédure litigieuse, ainsi que l'affirme l'arrêt *Obermeier*²⁴⁰. Est évaluée la globalité de l'action du pouvoir judiciaire, pris dans toutes ses instances²⁴¹. Le respect des droits de la défense²⁴², ou encore la publicité de la procédure²⁴³ sont des principes dont le respect s'apprécie selon l'ensemble du procès et non chacune de ses étapes. Ainsi cette publicité peut se voir tempérée à certaines phases, l'essentiel étant que tout justiciable puisse, à un moment quelconque, être entendu publiquement. Notamment, la Cour admet le recours au huis clos dans certaines audiences d'appel ou de cassation sans que cela puisse porter atteinte à la publicité de l'intégralité du procès, dès lors

²³⁶ Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, Série A, n° 86, p. 19.

²³⁷ Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*, Série A, n° 49.

²³⁸ « La Cour admet que la décision motivée datée du 10 janvier 1978 doit se lire conjointement avec l'arrêt de la Cour Suprême et à la lumière de celui-ci. », *ibid.*, § 40. En l'espèce, l'arrêt de la juridiction suprême a permis le rattrapage d'une « amorce de violation »

²³⁹ Cour E.D.H., arrêt du 12 février 1984, *Colozza c. Italie*, préc., § 29-30.

²⁴⁰ Cour E.D.H., arrêt du 28 juin 1990, *Obermeier c. Autriche*, Série A, n° 179, § 72. Egalement : Cour E.D.H., arrêt du 21 mars 2000, *Boudier c. France*, n° 41857/98, non publié, § 32 ; Cour E.D.H., arrêt du 21 mars 2000, *Castell c. France*, n° 38783/97, non publié, § 24 ; Cour E.D.H., arrêt du 16 avril 2002, *Seguin c. France*, n° 42400/98, non publié, § 22 ; Cour E.D.H., arrêt du 29 juillet 2003, *Santoni c. France*, n° 49580, non publié, § 37-38.

²⁴¹ RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, XXII-1135 p., XXII-1135 p., p. 429 ; GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2007, XV-1195 p., n° 431.

²⁴² Cour E.D.H., arrêt du 16 décembre 1992, *Edwards c. Royaume-Uni*, Série A, n° 247-B, § 34.

²⁴³ Cour E.D.H., arrêt du 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, n° 33400/97, non publié, § 69.

qu'une audience publique a eu lieu en première instance²⁴⁴. L'exigence d'équité de la procédure issue de l'article 6 de la C.E.D.H. est également examinée au regard de la globalité de cette dernière et non d'une seule décision la constituant²⁴⁵. De même, le respect du droit à la présomption d'innocence s'apprécie au regard de l'ensemble de la procédure sans que sa violation à une étape du procès laisse présager d'une violation par l'Etat de son obligation internationale, lorsque les juges de plus haute instance n'ont pas été mis en mesure de corriger cette défaillance initiale²⁴⁶. Bien entendu, la présomption d'innocence doit profiter à l'accusé encore non condamné par un jugement définitif. Mais son respect ne pourra s'apprécier que rétrospectivement, au regard de l'ensemble du procès pénal. L'appréciation du respect du droit au procès équitable est donc opérée par examen de l'ensemble de l'action du pouvoir judiciaire dans une affaire précise. Ainsi, preuve nous est apportée que la production d'une décision de justice ne peut en elle-même constituer la violation de cette obligation internationale visant le comportement *global* d'un pouvoir étatique.

Certes, le regard de la Cour se porte parfois exclusivement sur l'arrêt de la cour suprême ou de cassation, suspectée de ne pas respecter les exigences du procès équitable. Il faut toutefois se garder d'y voir une récusation du principe précédemment énoncé : ces arrêts constituant la dernière instance de la procédure, tout vice qu'ils contiennent affecte *ipso facto* l'ensemble de l'action du pouvoir judiciaire, lequel ne peut revenir sur un acte par nature définitif. L'arrêt de la juridiction suprême constitue et achève une violation qui remonte pourtant à son origine, autrement dit à la première étape procédurale. Même dans ce cas de figure, il faut donc considérer que l'ensemble de l'action du pouvoir judiciaire a été pris en compte dans l'examen de la violation de l'obligation internationale.

b. Date de l'épuisement des voies de recours, ou du déni de justice : un moment variable.

L'épuisement des voies de recours internes, pris comme une règle de fond applicable à la violation d'obligations de comportement global, incombe au sujet interne atteint par le premier acte interne en conflit avec le résultat internationalement escompté. Si un recours existe mais qu'il n'est pas exercé, cette carence est imputable au sujet interne et pas à l'Etat prétendument auteur d'un acte en conflit ; dès lors, son fait internationalement illicite ne peut être reconnu puisque celui-ci n'a pas été mis en mesure de réaliser la situation internationalement requise. Même si *rien*

²⁴⁴ Cour E.D.H., arrêt du 29 octobre 1991, *Andersson c. Suède*, Série A, n°212-B, § 36 ; Cour E.D.H., arrêt du 26 juillet 2002, *Mefiba et autres c. France*, Rec., 2002-VII, § 41.

²⁴⁵ C.E.D.H., arrêt du 28 mars 1990, *Granger c. Royaume-Uni*, Série A, n°174.

²⁴⁶ C.E.D.H., arrêt du 23 avril 1998, *Bernard c. France*, § 30.

n'est venu corriger le comportement initial de l'Etat, on ne peut concevoir cette situation comme un déni de justice confirmant ce dernier, et la production d'un acte juridique interne individuel restera hors de toute illicéité internationale. Cette situation en revanche se renverse si l'obligation de comportement global est transétatique. Ainsi, ce n'est pas à l'Etat potentiellement victime, directe, de chercher à faire redresser une situation interne dans l'ordre juridique d'un Etat étranger, mais bien à ce dernier de corriger de lui-même son premier comportement. Le déni de justice sera alors consacré dès que seront épuisés les délais de recours internes, même en l'absence d'une quelconque tentative de redressement.

Les seuls recours qui doivent être épuisés pour satisfaire à la condition de réalisation de la violation de l'obligation de comportement opératif sont, à notre sens, les mêmes que ceux exigés à titre procédural²⁴⁷. L'application de la règle de l'épuisement est tout d'abord subordonnée à l'existence de recours internes à épuiser. En effet, aucune voie de recours n'est parfois disponible contre un acte juridique interne : qu'on songe notamment aux actes de gouvernement. De manière plus contingente, les recours internes doivent en outre apparaître *efficaces*. Ainsi, au fond, si les recours sont empêchés par une règle interne incompatible avec les obligations dudit Etat, leur épuisement ne devrait pas être nécessaire à la réalisation d'un fait internationalement illicite²⁴⁸.

Si l'on se trouve en présence d'une obligation de comportement global mais que les recours se trouvent inexistantes ou inutiles, le fait internationalement illicite pourra, exceptionnellement, être consacré sans leur épuisement. Ces situations inhabituelles ne modifient pas la solution de principe : ce n'est pas la production de l'acte qui réalise le fait internationalement illicite, mais bien le comportement global de l'Etat, constitué par ladite production ainsi que par un déni de justice, même si ce dernier est « silencieux ».

²⁴⁷ On réserve toutefois le cas où la règle de l'épuisement des voies de recours internes serait écartée en raison de l'« interdépendance » d'obligations transétatiques et d'obligations interétatiques, les recours pour violation des secondes, n'entrant pas dans le cadre de la protection diplomatique, englobant alors les demandes relatives aux premières (C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 40.) Alors, la règle reviendra au fond : ainsi, on l'a vu, la Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 36. 2 lorsque des recours restaient disponibles (*ibid.*, § 113).

²⁴⁸ Nous plaiderons en ce sens, *infra*, Seconde Partie, Titre 2, *Chapitre 1*, Section 2. Des doutes peuvent être émis à la lecture de l'arrêt *Avena*. En effet la Cour a considéré, au fond, que la règle de l'épuisement des voies de recours internes était applicable à la détermination de la violation de l'article 36. 2. Rien de plus normal, à notre sens, une telle obligation devant alors être entendue comme visant le comportement global de l'Etat. Toutefois, alors que la règle américaine de la carence procédurale rendait la plupart des recours inefficaces, la Cour n'a conclu à une violation que dans les cas individuels où la règle de la carence procédurale avait été appliquée (C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 114) mais pas lorsqu'elle ne l'avait pas encore été ou l'avait été mais qu'un recours restait disponible (*ibid.*, § 113), bien qu'inefficace. On pense que si les recours avaient été considérés comme applicables mais inefficaces en procédure, elle n'aurait pu recourir, au fond, à un tel argument. Mais, comme on vient de le voir (note *supra*), ce n'est pas pour cette raison que la Cour a rejeté la règle de l'épuisement des voies de recours au stade de la recevabilité.

B. Durée

Position du problème

La détermination de la durée du fait internationalement illicite a une certaine importance en droit de la responsabilité, et ce pour plusieurs raisons. Celles qui nous intéressent à ce stade de notre étude doivent, bien entendu, être relatives à la naissance de l'illicite en tant que tel. Or, R. Ago a bien mis en exergue, à l'article 17 de son projet de codification, que le *tempus commissi delicti* était indispensable afin de découvrir une violation, lorsqu'était simultanément en question la *vigueur* de l'obligation à la charge de l'Etat²⁴⁹. Cette question sera la plupart du temps tranchée au stade de la recevabilité. La durée de l'illicite peut également être entendue comme une question de compétence, notamment lorsque celle-ci se trouve subordonnée à certaines conditions *ratione temporis*, ou *materiae* selon l'interprétation qu'on en fait. L'engagement juridictionnel des Etats peut en effet spécifier que n'entrent dans la compétence d'un tribunal que les différends relatifs à des situations – autrement dit, le supposé fait illicite – postérieures à son entrée en vigueur²⁵⁰. Toutefois, en raison du lien intrinsèque entretenu avec la détermination même de l'illicite, ces questions de compétence ou de recevabilité pourraient aisément être renvoyées au fond. Notamment, lorsque la concomitance de l'obligation et du comportement litigieux est en question, le problème ne relève ni de la compétence, ni de la recevabilité. Du point de vue du droit du contentieux international, les moyens doivent être considérés comme *inopérants* dès lors qu'ils s'appuient sur un texte qui n'était pas en vigueur au « moment » du comportement en question²⁵¹. Il faut certes nuancer ces propos, car une demande infondée en raison de l'inapplicabilité du texte l'appuyant pourrait aisément être déclarée irrecevable, tout en gardant à l'esprit que c'est, avant tout, de la détermination même de l'illicite qu'il s'agit. Une utilité notable sera trouvée à la recherche de la durée de l'illicite, sur un tout autre plan : celui des conséquences de la violation, et plus précisément du contenu de la responsabilité. Une certaine durée du fait illicite conditionne en effet les mesures de cessation, qui seraient liées à la mesure de simple réparation. En outre, le caractère durable de l'illicéité peut grandement influencer sur sa gravité, et donc sur la forme et le montant de la réparation. Il est ainsi nécessaire de résoudre la question de

²⁴⁹ AGO (R.), « Cinquième rapport (...) », préc., p. 15-25.

²⁵⁰ Voir la déclaration française d'acceptation de la C.P.J.I. du 25 avril 1931, en cause dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* (C.P.J.I., arrêt du 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc* (exceptions préliminaires), *Série A/B*, n° 74, p. 10-30).

²⁵¹ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ-Montchrestien, 2005, 584 p., p. 173-174.

la durée du fait internationalement illicite, en violation d'une obligation de comportement global de l'Etat.

Il doit être admis que, pour que le comportement d'un Etat puisse être considéré comme illicite, celui-ci doit être contraire à une obligation *en vigueur* au moment du comportement²⁵². C'est sans compter cependant certaines complications d'ordre temporel. Certes, ce principe reste valable que le fait en question soit *instantané* ou bien *continu*, lorsqu'il est intégralement situé dans la période de vigueur de l'obligation à laquelle il est contraire. Mais, comme s'interroge R. Ago, « des difficultés d'application pourraient se présenter en cas de fait continu dont la durée ne coïncide pas avec la vigueur de l'obligation prohibitive²⁵³. Enfin, et c'est cette fois le cas qui nous occupe, qu'en est-il d'une violation dont le commencement et la perfection sont temporellement dissociés, autrement dit d'une violation qui s'étale dans le temps sans pour autant rester identique dans toute sa durée²⁵⁴ ? Comment déterminer alors le « moment » du comportement en question ? Au-delà de la seule question de la survenance de la violation, il s'agit d'en établir précisément la durée.

²⁵² AGO (R.), « Cinquième rapport (...) », préc., p. 17.

²⁵³ *Ibid.*, p. 22-23.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 23.

Quelle est la durée de la violation d'une obligation de comportement global ? *Mutatis mutandis*, c'est ici à la notion de fait illicite complexe du Rapporteur R. Ago qu'il faut se référer²⁵⁵. Dans ce cas, le comportement global de l'Etat réalisant l'infraction est constitué d'un « concours de comportements distincts, émanant d'organes différents et se succédant dans le temps »²⁵⁶. Que l'obligation soit apparue alors que le comportement était en cours de perfectionnement, ou que cette dernière se soit éteinte, pourrait-on se satisfaire du fait qu'une partie – commencement ou perfection – de l'illicite soit survenue alors que l'obligation était en vigueur à la charge de l'Etat pour engager sa responsabilité ? Selon le Rapporteur spécial, « le moment auquel l'obligation doit avoir été en vigueur pour pouvoir établir qu'il y a eu violation de cette obligation doit toujours être le moment auquel le processus complexe de l'action étatique non conforme à ladite obligation a commencé. »²⁵⁷ Seul le premier comportement qui, comme on le verra dans un instant, constitue la *substance* de l'illicite, serait donc déterminant dans ce cas de figure. En effet,

c'est celui « qui déclenche le processus de l'infraction. Les autres organes s'inséreront par la suite dans ce processus – soit, comme on l'a dit, pour l'arrêter et assurer la réalisation du résultat internationalement requis en annulant la décision initiale et en effaçant ses conséquences, soit, au contraire, pour compléter ledit processus en conformant l'action ou omission du premier organe. Mais ce sera alors le comportement étatique initial qui marquera le point de départ de la violation 'complexe', violation que les agissements ultérieurs n'auront fait que compléter et rendre définitive.»²⁵⁸

Un organe de l'Etat qui confirme le comportement ne commettrait dès lors pas l'illicéité ? Si en effet la substance de l'illicite est constituée par le comportement initial²⁵⁹, les suivants ne faisant que le confirmer, ne devrait-on pas considérer que l'Etat est dans l'obligation d'annuler un acte produit licitement, dès lors que sa production serait aujourd'hui illicite ? Il est en effet reconnu comme principe général du droit international que les Etats ne peuvent se prévaloir de leur droit interne pour justifier d'une violation du droit international²⁶⁰. Comment considérer que la confirmation d'une action initiale, qui serait à T+1 illicite, ne serait pas en elle-même illicite ? En sens inverse, comment blâmer un organe de l'Etat qui confirme un comportement initialement

²⁵⁵ La question de la coïncidence entre le fait internationalement illicite complexe et l'obligation prohibitive en vigueur est traitée *ibid.*, p. 24-25.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 24.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 25, nous soulignons.

²⁵⁸ *Ibidem.*

²⁵⁹ Voir *infra*, § 2.

²⁶⁰ Convention sur le droit des traités, Vienne, préc., article 27.

contraire à un résultat internationalement prescrit à un moment T -1, dès lors que l'obligation y relative s'est éteinte et que l'Etat n'est plus lié en rien ?

Prenons les deux hypothèses l'une après l'autre. Dans le premier cas, l'acte initialement adopté l'était en conformité du droit international, lequel laissait en ce domaine toute liberté à l'Etat. Ce n'est que suite à l'entrée en vigueur d'une obligation le restreignant sur cette question que les organes de l'Etat se trouvent face à l'alternative de confirmer ou d'annuler la décision première. Or ces derniers ne sont pas internationalement tenus de corriger cette décision, puisqu'elle n'est aucunement contraire au droit international *de l'époque*²⁶¹.

« Leur éventuel refus d'annuler cette décision ne vient pas confirmer un comportement initial non conforme au résultat requis par une obligation internationale alors en vigueur ; il ne peut donc pas avoir pour effet de rendre complète et définitive une violation qui, jusqu'alors, n'a pas commencé d'exister. »²⁶²

R. Ago achève de nous convaincre : « (l) a condition pour qu'il y ait violation de l'obligation est donc qu'il y ait eu un organe, quel qu'il soit, qui par son action ou omission ait déclenché le processus de la violation de l'obligation internationale une fois celle-ci entrée en vigueur. » Dans le cas inverse, « le fait qu'après coup l'obligation cesse d'être en vigueur pourra avoir pour effet qu'on ne puisse plus la violer à l'avenir, mais ne pourra faire que l'amorce de la violation n'ait pas eu lieu. »²⁶³ Même si l'obligation s'est éteinte, l'ensemble de l'appareil étatique reste donc lié par l'obligation en vigueur au moment où le comportement initial a été adopté. Le texte de l'article du projet a donc été ainsi rédigé :

« Si le fait de l'Etat en opposition avec ce qui est requis par une obligation internationale déterminée (...) est un fait complexe comportant l'action ou omission initiale d'un organe donné et la confirmation ultérieure de cette action ou omission par d'autres organes de l'Etat, ce fait constitue une violation de l'obligation en question si celle-ci était en vigueur au moment de l'amorce du processus de réalisation du fait de l'Etat non conforme à ladite obligation. »²⁶⁴

Ainsi, un fait illicite complexe n'aurait aucune durée ; suite à sa perfection par l'épuisement des voies de recours internes, il ne se distinguerait pas d'un fait instantané.

²⁶¹ AGO (R.), « Cinquième rapport (...) », préc., p. 25.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ibid.*, « Article 17 », p. 25-26.

En réalité, lorsque l'on se trouve face à une demande en protection diplomatique, laquelle exige un lien de nationalité continu entre l'individu lésé et l'Etat requérant, à partir de l'illicite jusqu'à la réclamation, R. Ago adopte une logique différente. Doit-on prendre en compte l'amorce ou la perfection du fait illicite complexe ? Selon le Rapporteur, il va de soi que dans l'hypothèse d'une violation dont la réalisation s'étale dans le temps, le lien de nationalité doit avoir existé sans interruption entre le comportement initial et son perfectionnement. Un lien établi ultérieurement, en cours du fait illicite complexe, ne peut donc être considéré comme suffisant²⁶⁵. Il ne faut donc pas tirer de conclusion hâtive sur le caractère prétendument instantané du fait illicite complexe dans le raisonnement de R. Ago, source de critiques virulentes à son égard. Ces remarques relatives à l'épaisseur temporelle du fait illicite complexe²⁶⁶ proviennent en réalité d'une confusion avec l'analyse à tenir à propos de la *substance* de l'illicéité²⁶⁷. Ce raisonnement l'explique en effet, mais ne peut convenir pour déterminer la durée du fait illicite en question, réellement important afin d'établir dans un second temps la réparation adéquate. Plus l'illicite a duré, plus le préjudice est grand. Il est donc essentiel de s'avancer plus avant dans la recherche du *tempus commissi delicti* sans s'arrêter à sa seule survenance, et à la seule coïncidence avec l'obligation prohibitive.

Problème de fait ou problème de droit ?

La détermination du temps de la violation est, de prime abord, davantage une question de vérification des faits, qu'une question de droit. Cela est bien entendu vrai lorsqu'on se trouve en présence d'un fait illicite dit « instantané », « fait de l'Etat non conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale qui commence et cesse d'exister au même moment »²⁶⁸. Que dire en revanche d'un fait complexe, lequel s'amorce et se parfait à des moments distincts ? Il est en effet nécessaire de dégager une règle de droit afin de savoir si la durée de l'illicite doit s'entendre de l'instant où le fait débute, de l'instant où il est définitivement accompli, ou bien de toute la période pendant laquelle il se parfait. Selon P. Reuter, la durée d'un fait illicite complexe, précisée à l'occasion de la détermination du dommage à réparer, s'étend à partir du premier comportement de l'Etat en conflit avec le résultat à accomplir par comportement global, et ce même si l'illicite n'est survenu qu'au jour de l'épuisement des voies de recours internes²⁶⁹. R. Ago abonde en ce sens, précisant que tous les comportements successifs de l'Etat composent le fait

²⁶⁵ AGO (R.), « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 37, § 24.

²⁶⁶ PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », *op. cit.* p. 285 ; SALMON (J.), « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, p. 709-738.

²⁶⁷ Voir *infra*, § 2.

²⁶⁸ AGO (R.), « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 35, § 21.

²⁶⁹ REUTER (P.), « La responsabilité internationale... », *op. cit.*, p. 96.

complexe dont il est question, et concourent à réaliser une violation dans une situation unique. Il remarque toutefois qu'il est important de déterminer précisément le premier comportement qui était réellement en conflit avec le résultat prescrit²⁷⁰, ce qui semble évident.

Adoption du raisonnement relatif au fait illicite complexe

Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, le raisonnement du gouvernement italien prenait en considération l'accapement des phosphates de la société de sa nationalité, fait complexe amorcé par une décision du Service des Mines marocain de 1925, et complété par le refus persistant du Gouvernement français, entre 1931 et 1933, d'assurer aux ressortissants italiens un recours efficace contre ladite décision. Selon l'Italie, le fait étant devenu définitivement illicite en 1933, il devait être considéré comme postérieur à la date d'acceptation de la France de la juridiction obligatoire de la Cour, lui permettant de se soustraire à son jugement²⁷¹. La Cour n'a toutefois pas suivi cette interprétation, en raison du manque de clarté de l'exposé italien. Ce dernier n'avait pas, dans sa demande initiale, mis l'accent sur un tel fait complexe, et ne poursuivait que l'illicéité de la production de la décision initiale de 1925. La Cour ne s'est ainsi pas réellement prononcée sur l'éventuelle durée d'un fait illicite complexe, renvoyant la demande italienne à son grief initial relatif à un fait simple. Rien ne permet donc de conclure dans un sens ou dans l'autre. Pour le Conseil français J. Basdevant d'ailleurs, il était même difficile d'exclure que « le fait illicite déféré à la Cour » puisse être « constitué par le groupement de la décision du Service des mines de 1925 et du déni de justice », autrement dit un fait complexe²⁷². L'essentiel ici reste donc de noter que les parties ont envisagé l'hypothèse d'un fait illicite amorcé par la production d'un acte administratif, et parachevé par un déni de justice. Dès lors, le *tempus commissi delicti* ne pouvait, selon l'Italie, être intégralement situé au moment du premier comportement en question. Le fait illicite complexe est ainsi un fait durable, qui pourrait être assimilé dans sa durée à un fait continu. Pour le Rapporteur spécial R. Ago, le temps de l'illicite d'un fait complexe ainsi que d'un fait composé a un caractère de continuité. « La violation d'une obligation internationale réalisée par un fait internationalement illicite 'complexe' s'étend sur tout le laps de temps qui relie le comportement l'ayant amorcée au comportement l'ayant parachevée. »²⁷³ L'article 24. 5 du projet sera ainsi rédigé en des termes similaires. Le fait illicite complexe a donc une « épaisseur temporelle » qu'il ne faut

²⁷⁰ AGO (R.), « Septième rapport... », *op. cit.*, p. 36, note 28.

²⁷¹ C.P.J.I., *Phosphates du Maroc*, Exposé du Conseil du Gouvernement italien, séance du 12 mai 1938, *Série C*, n°85, p. 1232-1233.

²⁷² C.P.J.I., *Phosphates du Maroc*, Plaidoirie orale du de l'agent du Gouvernement français J. Basdevant, séance du 5 mai 1938, *Série C*, n°85, p. 1048 et s.

²⁷³ AGO (R.), « Septième rapport... », *op. cit.*, p. 49, § 49.

négliger ni au profit de l'importance du fait initial, ni de celle du fait de conclusion. Alors que ce dernier élément est essentiel à la détermination du moment de l'illicite, le premier importe davantage quant à sa substance.

Les conséquences de l'épaisseur temporelle du fait complexe seront de l'ordre de la gravité de l'infraction. On pourra ainsi distinguer, au niveau de la réparation à accorder, entre un Etat qui a dès l'origine dénié un droit internationalement reconnu à un individu, et persisté en ce sens jusqu'à un déni de justice final, d'un Etat dont les organes initiaux – administratifs – ont adopté un comportement conforme au droit international, alors que seuls les organes judiciaires se sont rendus coupables d'une violation par un déni de justice. L'épaisseur sera dans ce dernier cas bien moindre, alors que dans les deux hypothèses on se trouve face à un fait illicite complexe – même pour le seul déni de justice, on le répète, tous les degrés de juridiction doivent être pris en compte.

Compréhension de l'abandon de la notion de fait complexe dans le projet de la C.D.I.

Bien que la notion de fait complexe relève, à nos yeux, d'une analyse fort juste et comporte des applications pratiques non négligeables, M. Crawford a choisi de retirer cette notion du projet de codification du droit de la responsabilité de la C.D.I. En effet, le fait illicite complexe n'a aucune autonomie en droit de la responsabilité. Il répond à la définition générale du fait internationalement illicite, et n'a comme particularité que la catégorie à laquelle l'obligation qu'il viole appartient. Il doit donc bien être distingué du fait illicite continu, ou encore du fait composé, formes de violations qui disposent d'une caractéristique temporelle propre. On le voit, au niveau de la durée de l'illicite, le fait complexe n'est ni plus ni moins qu'un fait illicite continu. Dès la consécration de la violation par l'épuisement des voies de recours internes, l'illicite remonte à partir de la production du premier acte en conflit. Le fait illicite s'étale dans le temps entre cette production et le moment où l'acte en question devient définitif, c'est-à-dire le moment où la situation contraire est considérée, du point de vue du droit international, comme réalisée. La catégorie du fait illicite complexe n'entre pas parmi les différentes catégories de faits illicites établies en fonction de leur durée. La seule spécificité de ladite violation est en réalité qu'elle ne soit pas simple, *i.e.* que sa réalisation soit composée de plusieurs éléments et non d'un seul. Cette caractéristique n'est toutefois pas propre à un type de fait internationalement illicite, mais propre à l'obligation primaire violée. En cela, la classification de R. Ago pouvait sembler bien peu à propos. M. Wyler note avec justesse que le projet de la C.D.I. d'alors pêche par abstraction dans

sa tentative de classification des faits illicites. Le comportement devient illicite ou cesse de l'être aux conditions définies par la norme elle-même, et on ne peut ainsi savoir comment se réalise une violation indépendamment du contenu matériel de la règle en question²⁷⁴. Il est fallacieux de tenter une distinction, telle que R. Ago l'essaya dès son cours de La Haye²⁷⁵, entre « délits simples » et « délits complexes », fondée sur une prétendue spécificité matérielle qui leur serait propre. Elle ne suivait qu'une distinction entre deux catégories d'obligations primaires.

Doit en revanche être préservée au sein du droit de la responsabilité la classification des faits illicites selon leur durée, autrement dit entre faits instantanés et faits continus. Tout est alors fonction du comportement de l'Etat en cause, et non de l'obligation primaire violée. Tantôt la violation se réalise en un instant tantôt elle se prolonge dans le temps – à la manière du comportement global de l'ensemble de l'appareil étatique, en réalisation d'une situation individuelle internationalement requise. L'intérêt de distinguer entre ces divers faits illicites est important au niveau du droit de la responsabilité puisqu'il permet de déterminer les conséquences de la responsabilité de l'Etat : une obligation de réparer, doublée d'une obligation de cessation dans l'hypothèse d'un fait illicite continu²⁷⁶.

La notion de fait illicite complexe permet-elle également de rendre compte de la substance de la violation d'une obligation de comportement global ? C'est ce qu'il nous faut examiner à présent.

§ 2. *Substance du fait illicite*

Si aucun acte juridique, unique et déterminé, ne peut à lui seul parfaire la violation d'une obligation de comportement global, laquelle se réalise suite à un ensemble de productions d'actes, cette caractéristique ne constitue pas une spécificité propre au fait internationalement illicite (A), et ne s'oppose pas au fait que la substance de cette illicéité puisse être presque totalement constituée par l'acte juridique interne en conflit. *Presque*, mais pas *totalement* : le fait du droit interne n'est pas à lui seul un fait illicite, et ne constitue qu'une *amorce de violation* (B). Un acte juridique individuel n'est pas véritablement en conflit avec l'obligation de comportement global

²⁷⁴ WYLER (E.), « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *R.G.D.I.P.*, 1991, p. 888-889.

²⁷⁵ AGO (R.), « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939, vol. 68, p. 506.

²⁷⁶ Voir *infra*, Seconde partie, Titre 1, *Chapitre 1*.

de l'Etat, mais tout au plus dans une situation de *quasi-contrariété* avec ce qu'elle requiert ; ladite situation n'est ainsi pas directement pertinente pour notre étude.

A. Absence de particularité de l'élément matériel du fait illicite

La dénomination de « fait internationalement illicite complexe » employée par R. Ago, et qui permet de décrire avec justesse la violation d'une obligation de comportement global, répond-elle à une spécificité de cette dernière ? Il est en réalité impossible de fournir une définition substantielle de l'élément objectif du fait illicite, autrement dit de l'illicéité en elle-même, et ce malgré l'établissement de la catégorie du « fait illicite complexe ».

Dans la conception de R. Ago, diverses définitions de l'élément objectif de l'illicéité pouvaient être données selon l'obligation en présence : c'est là la cause de la distinction opérée entre « obligation internationale requérant de l'Etat l'obtention d'un résultat » et « obligation internationale requérant de l'Etat un comportement spécifiquement déterminé ». Cette classification des règles primaires avait alors un impact sur le régime de la responsabilité lui-même. Ainsi, une définition générale de la violation a été donnée – « il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation » – suivie de définitions spécifiques propres aux catégories isolées. L'emploi du terme « non conforme » est révélateur de l'absence de volonté de R. Ago de créer une catégorie de comportement qui serait à la fois non conforme, déviant par rapport à l'obligation, et toujours licite. Même le plus petit écart avec la prescription fait naître l'illicite. Il est donc improbable qu'Ago ait pu considérer que, dans le cas d'un fait illicite complexe, le premier comportement de l'Etat soit déjà « non conforme », et pourtant licite²⁷⁷.

On aurait pu, en effet, adopter le critère du « comportement moyen » afin de distinguer les faits illicites dont il est ici question. Dans le cas de certaines obligations, l'illicite ne répondrait plus à la définition générale de comportement contraire à une obligation internationale, car un comportement qui s'écarterait, ne serait-ce que légèrement, de ladite obligation, sans dépasser un certain degré, une certaine 'moyenne', ne serait pas encore illicite. P. Reuter s'oppose à une telle logique en droit international. Certes, un tel critère existe dans certains systèmes juridiques ; c'est le cas du droit administratif français dans lequel « la détermination d'un certain niveau de respect

²⁷⁷ Ainsi que nous l'avons déjà mentionné préférons toutefois réserver le vocable afférant à la conformité à d'autres notions, et ne parler à propos d'un comportement illicite que de *contrariété* par rapport à l'obligation internationale primaire, qui révèle à notre sens mieux la direction différente que prend un comportement de l'Etat par rapport à un modèle qui lui était imposé. Sur la question de la non-conformité : voir Titre 2, *Chapitre 2*, Section 1.

de la légalité qui doit caractériser l'attitude d'un fonctionnaire *moyen* joue un grand rôle en matière de responsabilité »²⁷⁸. On pourrait donc penser qu'une conduite qui diffère faiblement du comportement requis par la norme internationale ne justifie pas la mise en œuvre de la responsabilité²⁷⁹. P. Reuter récuse toutefois l'existence d'une telle gradation dans l'illicéité en droit international. Certes, le standard de traitement des étrangers par les Etats ne vise pas la perfection, se contentant d'un comportement « moyen » adopté par les Etats dont le système juridique répond aux exigences de l'Etat de droit. Toutefois, on perçoit aisément que ce standard est établi par rapport aux droits internes et non par rapport au droit international. Une fois ce standard appliqué en tant que modèle de comportement fourni par le droit international, jamais l'Etat ne pourra se contenter de s'en rapprocher approximativement. Selon P. Reuter, dans les règles internationales relatives au traitement des étrangers « c'est dans le contenu même de l'obligation que l'idée d'un comportement moyen par rapport à une base autre que l'obligation internationale elle-même, se trouve incorporée. »²⁸⁰ On ne peut donc théoriquement admettre qu'un comportement « faiblement » contraire à une obligation donnée ne soit pas illicite. Un tel principe reviendrait à poser une exigence de gravité de la violation pour engager la responsabilité de l'Etat²⁸¹, ce qui modifierait profondément la nature de celle-ci.

Dans tous les cas, si le droit international renvoie à certains « standards », se contentant bien d'un comportement « moyen » dans le cas du traitement international minimum, « en aucun cas il ne s'agit d'un comportement moyen *par rapport* à une règle internationale, mais bien d'un comportement moyen défini *dans* une règle de droit international. »²⁸² Il est typique que l'auteur retienne comme exemples le traitement international minimum et, dans un second temps, l'interdiction du déni de justice *stricto sensu*, ou *mal jugé* : les deux obligations, on l'a vu, représentent la catégorie des obligations de comportement global. Dans le cas de l'obligation de protection judiciaire de la même façon, aucun comportement « moyen » n'est la mesure de l'illicéité, laquelle sera constituée par tout comportement contraire. P. Reuter note en effet qu'on discute souvent de la définition exacte du déni de justice, non pas lorsque des cas flagrants, du type d'un refus généralisé d'accès aux tribunaux, se présentent, mais par exemple lorsqu'un tribunal interne se rend coupable d'une erreur de droit. Un « écart » constitue-t-il ou non un comportement illicite ? Si la réponse à la question posée est négative, ce n'est aucunement en raison d'une certaine gravité de la contrariété du comportement exigée pour conclure à l'illicéité,

²⁷⁸ REUTER (P.), « La responsabilité internationale... », *op. cit.*, p. 66.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 67.

²⁸⁰ *Ibidem.*

²⁸¹ *Ibid.*, p. 67-68.

²⁸² *Ibid.*, p. 69.

mais uniquement en raison de l'absence de sa perfection par l'ensemble du pouvoir judiciaire étatique.

De la même façon, il s'agit de distinguer entre la violation d'une règle de droit international et d'une règle de droit interne²⁸³. Les tribunaux ont beau violer le droit interne, il ne s'agira d'une violation du droit international qu'à la condition que ce comportement y soit contraire. La première décision n'est pas illicite simplement parce qu'elle n'est pas, même faiblement, contraire au droit international, et ce tant que des voies de recours propres à l'annulation du jugement initial et donc à l'accomplissement du comportement *moyen* internationalement exigé n'ont pas été épuisées.

Rien à voir donc avec une quelconque définition spécifique de l'illicite, lequel reste toujours et exclusivement attaché à la contrariété au modèle de comportement établi par la norme internationale. L'élément objectif de la violation ne diffère donc pas selon la catégorie d'obligation heurtée. Les nombreuses critiques qui ont pu être adressées à cette classification et à la notion afférente de « fait illicite complexe » sont principalement basées sur ce malentendu : Ago créerait une distinction entre l'illicite et le comportement « non conforme », qui, dans le cas d'un fait illicite complexe, ne constituerait pas une violation à lui seul²⁸⁴. Le Rapporteur spécial n'entendait toutefois pas modifier ainsi le droit de la responsabilité. Dans le fait illicite complexe, un premier acte de l'Etat produisant une situation distincte de la situation individuelle internationalement requise ne constitue pas un fait illicite, simplement parce que le modèle de comportement posé par l'obligation ne vise pas la production d'actes juridiques, pris indépendamment de l'action globale de l'ensemble des organes de l'Etat. Il faudra donc attendre que cet ensemble ait été mis en mesure d'agir, et qu'une « situation déplorable qui s'est provisoirement produite » devienne ainsi définitive du fait d'un déni de justice. Le premier comportement qui donne naissance à cette situation n'est pas une violation, uniquement parce qu'il n'est pas en lui-même contraire à l'obligation internationale. Un acte juridique, même s'il modifie une situation individuelle d'une manière opposée à la situation internationalement requise, n'est que la première étape du comportement global de l'Etat. Sa production ne pourra être qualifiée d'illicite qu'*a posteriori*, si l'appareil étatique pris dans son ensemble l'a confirmé. Il ne s'agissait pas de donner une définition différente de l'illicéité ou d'ajouter des conditions supplémentaires à sa survenance : le comportement contraire suffit. Il nous apparaît donc que

²⁸³ *Ibid.*, p. 70.

²⁸⁴ PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », *op. cit.* p. 285 ; SALMON (J.), « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, p. 709-738.

cette distinction trouve uniquement sa place au stade de la détermination du *moment* de l'illicite, et non dans celui de sa définition substantielle. Car, en définitive, à la question de savoir si la création d'une situation distincte de la situation requise par le droit international est en elle-même un comportement contraire, une seule réponse peut être apportée : tout dépend du modèle de comportement posé par le droit international. Et l'on revient, en ayant introduit au passage des éléments de complexification d'une matière déjà aride, à dire qu'une violation est un comportement non conforme à une obligation internationale. Si la notion de fait illicite complexe permet de décrire un cas précis de violation, elle n'offre pas d'autre définition de l'illicéité que celle-ci : un rapport de contrariété entre un comportement de l'Etat et celui prescrit par une obligation internationale.

B. Acte individuel en conflit : une *amorçe de violation*, substance du fait illicite sans la résumer

L'obligation de protection judiciaire, exemple topique d'obligation de comportement global, a une spécificité marquante dans le cadre de notre sujet, et comme corollaire une définition matérielle particulière de sa violation que constitue le déni de justice *stricto sensu*. Ch. De Visscher définit le déni de justice comme « toute défaillance dans l'organisation ou dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qui implique manquement de l'État à son devoir international de protection judiciaire des étrangers. »²⁸⁵ La formulation de cette définition est intéressante, en ce qu'elle vise bien tous les comportements qui concourent à la formation du procès, et non un acte juridictionnel en particulier.

Le fait illicite est donc constitué d'un comportement global et donc complexe, certes. Mais la substance de ce comportement est exclusivement donnée par la production de l'acte initial en conflit avec la réalisation de la situation internationalement exigée. Le reste de la conduite étatique complexe relève, mathématiquement, d'une multiplication par un ($\times 1$). L'acte est simplement confirmé par une autorité administrative supérieure, puis par les juridictions de l'Etat. Il relève en outre de l'addition de zéro ($+ 0$), en cas d'absence de recours disponible, laissant persister l'acte initial. Le fait illicite complexe est ainsi à distinguer du fait composite. Dans ce dernier cas une accumulation d'éléments constitue l'illicite, sans qu'aucun d'entre eux puisse en résumer la substance. Dans le fait illicite complexe en revanche, il semblerait que la substance de l'illicite équivaille à la production de l'acte initialement en conflit. Soit la violation,

²⁸⁵ DE VISSCHER (C.), « Le déni de justice en droit international », *op. cit.*, p. 390

V, constituée par un comportement complexe lui-même constitué de la production d'un acte individuel « A » suivie par sa confirmation « x1 » et/ou l'absence de recours, et son maintien en vigueur même sans exécution « +0 » :

$$V = A \times 1 \times 1 = A$$

$$V = A + 0 = A$$

$$V = A \times 1 + 0 = A$$

Preuve de cette substance, entièrement constituée par le fait initial : la réponse apportée par R. Ago à la question de la coïncidence entre le fait illicite complexe et la vigueur de l'obligation internationale. Seule compte en réalité l'amorce du processus, que l'obligation ait été en vigueur à ce stade, sans qu'importe qu'elle se soit éteinte avant sa perfection, ou bien que l'obligation n'ait été en vigueur qu'au moment de cette perfection mais pas à la base du comportement. Dans tous les cas, la violation consiste en une opération complexe, mais équivaut à la production du premier acte en conflit. On voit bien que la substance intrinsèque de la violation reste la même que dans un fait illicite simple, que si l'Etat s'était vu imposer un comportement juridique précisément déterminé : il s'agit de « A ». La substance de l'illicite reste donc, essentiellement, celle du premier comportement qui amorce le comportement global de l'Etat. Comme le remarque le professeur Perrin, c'est le premier comportement « qui produit les effets dont souffre le ressortissant étranger, constituant une atteinte que, lors d'un épuisement tenté en vain, les comportements postérieurs ne font que confirmer »²⁸⁶. M. Santulli explique également très clairement cette substance de l'illicéité, lorsqu'il énonce que « c'est le premier acte qui est directement comparé à l'étalon international de comportement et, notamment, c'est pour ce premier acte que sont appréciées les circonstances excluant l'illicite. »²⁸⁷

Ainsi, même lorsqu'un comportement global de l'Etat constitue le fait internationalement illicite, il demeure essentiellement de nature juridique. Si la confirmation, juridique, de l'acte-amorce de la violation est exigée pour permettre de conclure à une violation, sa concrétisation ne sera pas nécessaire. Si tant est que l'obligation d'offrir des recours suite à une violation de l'obligation d'information à la protection consulaire soit toujours interprétée comme une obligation de comportement global, les procédures américaines condamnant les frères LaGrand, mais aussi les ressortissants mexicains dans l'affaire *Avena*, à la peine de mort, sont déclarées illicites par la C.I.J.²⁸⁸, et ce sans besoin que les individus soient effectivement exécutés. Dans

²⁸⁶ PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », *op. cit.* p. 286. L'auteur assimile toutefois la substance de l'illicéité, à son moment et sa durée.

²⁸⁷ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 404.

²⁸⁸ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 91 ; C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 102.

l'affaire opposant les Etats-Unis à l'Allemagne certes, l'un des frères LaGrand est déjà exécuté lors de la requête, et l'autre l'est avant le jugement rendu par la Cour. Toutefois, la seconde exécution a fait l'objet d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires, imposant de ne pas y procéder. Les Etats-Unis n'en ayant pas tenu compte, la Cour a conclu à l'existence d'un fait internationalement illicite de par cette exécution, *indépendamment* de la violation issue de la décision de justice de condamnation²⁸⁹. Sans ces mesures conservatoires, l'exécution de l'acte juridique interne individuel aurait pu être perçue comme une aggravation du préjudice causé par le fait internationalement illicite, mais non comme la substance de ce dernier.

Conclusion du chapitre

La violation de l'obligation de comportement global de l'Etat est constituée par une opération dans son ensemble, et seule cette présentation permet de comprendre le *tempus commissi delicti* propre à ce fait illicite. L'étude du « fait illicite complexe » nous permet de le classer dans la catégorie plus générale du « fait illicite continu », sans particularité autre que d'ordre temporel. Elle nous permet en outre de conclure, aux fins de notre étude, que la production d'un acte juridique interne individuel ne peut, à elle seule, réaliser la violation d'une telle obligation. Certes, son importance est fondamentale : la production d'un acte individuel interne peut constituer un « écart » par rapport à la direction que devait prendre le comportement global de l'Etat. Ce « fait du droit interne » n'est pas « conforme » à un idéal. Pour cela, la production de cet acte constitue *presque* le fait illicite. Mais elle ne le réalise pas : cet idéal n'est pas ce sur quoi porte l'obligation de comportement global, qui tolère ces « écarts » tant qu'ils ne reflètent pas le comportement de l'ensemble de l'appareil étatique. Elle n'est qu'une *amorçe de violation*. Le conflit qu'elle fait naître entre droit interne et obligation internationale ne pourrait être autrement qualifié que de *quasi-contrariété* et ne sera ainsi pas l'objet direct du reste de notre étude²⁹⁰. A notre sens, cette expression de *quasi-contrariété* caractérise parfaitement ce conflit qui n'en est pas véritablement un.

En substance toutefois, on le répète, la production de cet acte individuel *quasi contraire* est extrêmement proche d'un fait illicite. Peu de différences marquent ainsi la violation d'une obligation de comportement global de l'Etat de celle d'obligations qui détermineraient cette fois les

²⁸⁹ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 115.

²⁹⁰ Ainsi, dans notre Seconde partie relative aux conséquences du fait internationalement illicite, il ne sera pas directement question de ces faits illicites complexes qui ne se résument pas à la production d'actes juridiques individuels *quasi-contraires*.

modalités de la conduite à tenir pour réaliser la situation individuelle escomptée. C'est pourquoi on note aujourd'hui une forte tendance à considérer que le fait illicite est constitué dès la production du premier acte qui s'écarte de la réalisation de la situation individuelle requise. Il s'agit d'une interprétation extensive des obligations internationales, lesquelles sont désormais massivement envisagées comme des obligations que l'on appellera : *obligations de comportement aux modalités déterminées*.

Chapitre 2. Conflit avec les obligations de comportement opératif aux modalités déterminées

Le droit interne qui détermine les situations individuelles internes est susceptible d'entrer en conflit avec les obligations internationales de l'Etat qui requièrent de lui la réalisation de telles situations. Lorsque ces obligations ne visent, aux fins de cette réalisation, rien d'autre que le comportement global de l'ensemble de son appareil étatique, l'Etat ne commettra pas encore de fait internationalement illicite par la seule production d'un acte juridique individuel. Ce dernier ne sera que dans une position de *quasi-contrariété* avec le droit international. Tout autre en revanche serait le conflit entre ce même droit interne et des obligations étatiques requérant de l'Etat un comportement plus précis, *aux modalités déterminées*. Il faudra identifier ces obligations (Section 1) afin de démontrer que le conflit avec le droit interne, que l'on qualifiera de *contrariété*, donnera ici naissance à un fait internationalement illicite (Section 2).

En présence, pour la première fois, d'une violation d'une obligation internationale « du fait du droit interne », on pourra alors établir avec plus de certitude que cette expression désigne, ici pour le moins, la production de l'acte juridique en conflit, et non l'existence d'une éventuelle norme individuelle. Pour cette raison, nous avons choisi de substituer au terme « non conforme » celui de « contraire »²⁹¹, qui nous semble plus approprié. La « non-conformité » telle qu'employée par la C.D.I. tendait, on le comprend bien, à mettre l'accent sur l'absence de degré dans l'illicéité, l'absence de tolérance, en droit de la responsabilité, d'un comportement qui ne serait pas *exactement* celui prescrit par l'obligation. Seule l'obligation primaire peut, comme on l'a vu, tolérer un « écart » de l'Etat, ne requérant de lui qu'un comportement faiblement déterminé ou *global*. Dans tous les cas cependant, qu'il soit ou non précis, le comportement de l'Etat doit être identique à celui requis par l'obligation. Certes, on retrouve un tel usage du terme de « conformité » en théorie du droit, désignant ainsi un rapport de stricte identité entre deux éléments²⁹². Toutefois, la « conformité » désigne alors le rapport entre une norme de référence et

²⁹¹ Ces termes étaient indifféremment employés par la Cour permanente pour désigner une mesure individuelle en conflit avec les obligations internationales de l'Etat. Voir C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, préc., p. 24 et 34, où l'application d'une loi est dite « non conforme », et p. 81, où elle est qualifiée de « mesure contraire ».

²⁹² EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., vol. 2, 1983, XXIV-908 p., p. 441-442. Voir également EISENMANN (Ch.), *Le droit administratif et le principe de légalité*, Extraits d'études et documents, fascicule XI, Paris, Imprimerie nationale, 1957, p. 22-40, p. 30.

une norme en devenir, désignant le degré d'exigence d'un principe de légalité²⁹³. Traditionnellement, nulle trace d'un tel principe de légalité en droit international, autrement dit dans les obligations internationales à la charge de l'Etat, qui ne font que prescrire des comportements opératifs sans énoncer de quelconque « norme de référence » auxquelles les normes internes devraient être « conformes ». Ainsi, c'est bien un rapport entre un comportement opératif de l'Etat et le comportement prescrit par l'obligation qu'il s'agit de caractériser. Afin d'éviter toute confusion, il nous semble alors préférable de dire simplement qu'un comportement *est* ou *n'est pas* celui qui était prescrit à l'Etat. Le droit interne, dont le fait pourra être entendu comme internationalement illicite, ira donc à l'encontre de l'obligation internationale. Ce rapport entre droit interne et obligation internationale de l'Etat, qui sous-entend une direction opposée, sera ici qualifié de *contraire*.

²⁹³ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 442. Même dans un sens plus large, autrement dit ne mettant pas l'accent sur ce « degré d'exigence », la conformité à la règle de référence reste, en théorie du droit, une condition de validité de la norme en devenir.

Section 1. Identification des obligations de comportement aux modalités déterminées

Ainsi qu'on a déjà pu le remarquer lors de nos premiers développements, la distinction entre obligations de comportement global et obligations de comportement aux modalités déterminées répond à un objectif proche de classifications existantes. Nous devons toutefois la dépasser, notre propre catégorie étant nettement plus large que celle des « obligations de comportement déterminé » déjà connues (§ 1). Le classement des obligations en son sein est en effet particulièrement extensif aujourd'hui (§ 2).

§ 1. Détermination de la catégorie

Dans la classification établie par R. Ago pour la C.D.I., les obligations qui dictent à l'Etat les moyens de la réalisation d'une situation donnée entrent dans la catégorie des « obligations de comportement ». Si les objectifs de cette catégorie, qui isole les obligations internationales dont la violation peut survenir sans laisser à l'Etat la possibilité de redresser un premier comportement, semblent similaires, nous avons déjà eu l'occasion de mentionner les différences entre la typologie « obligation de résultat » - « obligation de comportement déterminé » et celle qui nous est propre²⁹⁴. Il nous faut toutefois y revenir, afin de distinguer plus précisément les *obligations de comportement aux modalités déterminées* des « obligations de comportement déterminé » (A), catégorie initialement restreinte en droit international (B).

A. Distinction d'avec la catégorie existante des « obligations de comportement déterminé ».

Dans le projet initial de la C.D.I., cette obligation requiert spécifiquement de l'Etat l'adoption d'un comportement déterminé. Elle sera ainsi violée par la simple adoption d'un comportement contraire à ce qui était « spécifiquement requis »²⁹⁵. Ainsi qu'on l'a déjà souligné, cette catégorie diffère de l'obligation de « moyens » chère aux civilistes français, désignant par là

²⁹⁴ A propos des *obligations de comportement global*, que l'on a pu distinguer des « obligations de résultat », voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

²⁹⁵ AGO (R.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, Article 20, p. 9.

l'obligation souple qui n'impose au médecin que d'employer tous les moyens en sa disposition pour guérir son patient, sans toutefois être obligé d'atteindre cette guérison. En raison de cette différence, que l'expression « obligation de *moyens* » a ensuite évolué vers « obligation de *comportement déterminé* » pour ne pas prêter à confusion avec la terminologie du droit français²⁹⁶.

Peut-on toutefois adopter telle quelle la catégorie des « obligations de comportement déterminé » aux fins de notre raisonnement ? Tout d'abord, l'expression, opposée aux « obligations de résultat », nous semble quelque peu ambiguë car elle sous-entend qu'aucun comportement ne serait déterminé par l'obligation dans ce cas²⁹⁷. Nous préférons donc opposer les obligations de comportement global aux obligations de comportement *aux modalités déterminées*. En outre, la classification établie par R. Ago ne permettait pas de tirer des conséquences claires quant au *tempus commissi delicti*, et notamment relativement à la question de l'épuisement des voies de recours internes. C'est pourquoi nous avons choisi, ici encore, de la restreindre au profit de notre démonstration générale. De la même façon que précédemment, nous ne considérons pas que des obligations, visant pourtant la réalisation de situations individuelles, mais dans l'ordre juridique international, puissent entrer à propos dans cette catégorie. Prenons l'exemple des traités de paix, pris par R. Ago comme illustration de sa démonstration²⁹⁸ : selon le Rapporteur spécial, « les obligations spécifiques de livrer des armements et d'autres objets, de livrer ou de couler des navires, de démanteler des ouvrages fortifiés »²⁹⁹ requièrent de l'Etat un comportement déterminé. Certes, mais quel impact pourrait avoir la précision de ces obligations sur le mode ou le temps de leur violation ? Aucune obligation visant la réalisation d'une situation *dans l'ordre juridique international* ne peut opérer de distinction entre le comportement à adopter pour y parvenir, selon que celui-ci est global ou voit ses modalités déterminées, nécessitant ou non l'attente de l'épuisement des voies de recours internes qui n'a bien évidemment pas lieu d'être dans le cas de figure précité.

²⁹⁶ Pour R. Ago, il y aurait « quelque risque de confusion à vouloir assimiler trop strictement la distinction et les caractérisations en question à celles qui sont familières aux juristes des systèmes de droit privé, et qui sont logiquement influencées par les aspects propres de ces autres systèmes socio-juridiques » (*ibid.*, § 12, p. 8). Il renvoie alors aux écrits de P. Reuter, lequel avait fait une « application ingénieuse au droit international des notions propres au droit civil », tout en rejetant l'utilisation de la catégorie des obligations de 'moyens' au sens propre (*ibid.*, note 27, p. 8).

²⁹⁷ Ce n'est pas le cas des obligations de droit civil « de résultat » et « de moyen ». Ce couple est en effet construit sur le même modèle : on comprend clairement que, dans les deux cas, le comportement de l'Etat déterminé par l'obligation est simplement sous-entendu.

²⁹⁸ *Ibidem.*

²⁹⁹ *Ibidem.*

Nous excluons également de ce comportement aux modalités déterminées toute activité normative d'ordre général. L'action des organes législatifs ou exécutifs³⁰⁰ lorsqu'est en question la création de normes générales et abstraites relève à notre sens d'une logique différente. R. Ago les incluait pourtant dans son raisonnement, renvoyant notamment aux « conventions internationales dites 'de droit uniforme' »³⁰¹, que nous étudierons ultérieurement. Par *comportement aux modalités déterminées*, il faut donc nécessairement entendre « comportement déterminé » visant la réalisation d'une situation *individuelle*. Ainsi, toutes les actions ou omissions des organes de l'Etat pourraient être prises en compte, à la condition que leur comportement vise une situation individuelle et non générale. La catégorie se limite donc aux obligations requérant de l'Etat la réalisation d'une situation individuelle et de droit interne, par un comportement aux modalités déterminées. Ainsi, pourraient être visées les « actions des organes judiciaires »³⁰², ainsi que celles des « autorités administratives »³⁰³. Examinons plus avant les exemples fournis à l'appui de ces propos, qui donnent à cette catégorie une dimension à première vue très restreinte.

B. Description : une catégorie à première vue restreinte.

Dans les illustrations données par R. Ago, rares sont les obligations entrant dans cette catégorie – mises à part celles relatives à l'état du droit interne que nous isolons. Suivant sur ce point D. Anzilotti, il était donc admis que les obligations internationales laissent par principe l'Etat libre du comportement juridique propre à réaliser la situation individuelle interne internationalement exigée. Présidait à cette analyse la conception dualiste des rapports de système, selon laquelle l'Etat est libre dans son ordre juridique interne des moyens juridiques à employer pour satisfaire en fin de compte à ses obligations internationales, ne requérant d'ordinaire qu'un comportement global de l'ensemble de l'appareil étatique pour y parvenir. Cette catégorie constituerait ainsi l'exception en droit international. Il est pourtant important de noter que même la doctrine dualiste ne réfute pas le principe de l'existence d'obligations de comportement aux modalités déterminées³⁰⁴.

Le Rapporteur spécial en « trouve des exemples dans certaines conventions internationales en matière de compétence juridictionnelle, de reconnaissance de décisions

³⁰⁰ Agissant selon leur pouvoir réglementaire, matériellement législatif.

³⁰¹ *ibid.*, § 5, p. 5, que nous étudierons *infra*, Titre 2, Chapitre 2.

³⁰² *Ibid.*, § 5, p. 6.

³⁰³ *Ibid.*, § 6, p. 6.

³⁰⁴ ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international, op. cit.*, p. 57-58. L'auteur admet ainsi la possibilité de la violation par un acte juridique interne, alors entendu comme un *fait* internationalement illicite, ce qui corrobore la thèse dualiste.

étrangères ou d'assistance judiciaire »³⁰⁵, ainsi que dans celles requérant une action spécifique des autorités administratives présentes dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques³⁰⁶. Un exemple particulièrement marquant de la vision restrictive de cette catégorie est fourni par l'exclusion de l'ensemble des obligations relatives à la protection des droits fondamentaux³⁰⁷. Le professeur Tomuschat note que cette classification des obligations dérive du système C.E.D.H., exemple topique d'obligations laissant à la discrétion des Etats parties les moyens d'assurer la réalisation des droits garantis³⁰⁸. Mais il note aussitôt que la réalité est plus complexe³⁰⁹. Certes, l'Etat doit s'abstenir de toute interférence dans ces droits, et la Convention ne spécifie pas de quelle manière ou par quels moyens une telle interférence pourrait survenir. Les trois branches de l'appareil étatique sont ainsi visées³¹⁰. Un juge affirmait ainsi que la plupart des articles de la Convention garantissaient certains résultats, sans se préoccuper des moyens par lesquels de tels résultats ont pu être accomplis³¹¹. Mais de nombreuses obligations relatives, justement, aux droits fondamentaux, ne peuvent au vu de la jurisprudence plus récente, se contenter d'imposer à l'Etat un comportement global. Loin de la perspective traditionnelle, une interprétation extensive qui semble se généraliser permet aujourd'hui un classement de plus en plus ouvert des obligations des Etats dans la catégorie de celles imposant un comportement déterminé. Peut-on, doit-on parler d'un durcissement de la normativité de ce fait ?

§ 2. *Classement dans la catégorie déterminée*

Le principal critère de classement d'une obligation internationale dans la catégorie de celles relatives au comportement de l'Etat aux modalités déterminées, suivant le critère employé par la C.D.I. pour identifier une « obligation de comportement déterminé », reste la *précision* de cette dernière dans la détermination dudit comportement auquel l'Etat doit se conformer. Aujourd'hui, ce critère doit toutefois être entendu de manière large. Il faut en effet remarquer que, si une interprétation littérale de l'obligation y conduit parfois nécessairement, les juges

³⁰⁵ Par exemple, Art. 2, § 1, art. 31 et art. 32 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, 27 septembre 1968, *J.O.C.E.*, 31 décembre 1972, 15^e année, n° L299, p. 32.

³⁰⁶ Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 1961, *Rec. Traités N. U.*, vol. 500, p. 95.

³⁰⁷ AGO (R.) « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*

³⁰⁸ TOMUSCHAT (C.), « What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights ? », *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of Henry Schermers*, vol. III, Dordrecht/ Boston/ Londres, Martinus Nijhoff, 1994, p. 320.

³⁰⁹ *Ibidem.*

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ Cour E.D.H., arrêt du 23 avril 1987, *Erkener, Hofbauer c. Autriche, Série A*, n°117, opinion séparée du juge Schermers, p. 82 : « La plupart des articles de la convention garantissent certains résultats sans égard à la manière dont ces résultats sont atteints. »

internationaux ont tendance, dans leur œuvre d'interprétation et d'application du droit, à apporter eux-mêmes les précisions aux obligations dont l'énoncé n'en comportait pas, voire comportait un choix entre de multiples comportements au profit de l'Etat. D'un critère attaché à la formulation, la précision de l'obligation devient donc un critère attaché à l'existence réelle d'une marge de manœuvre au profit de l'Etat (A). Il en découle un classement particulièrement extensif des obligations dans la catégorie qui nous occupe à présent, laissant apparaître comme seules exclues les obligations d'origine coutumière. On devra donc se pencher sur l'éventualité d'un critère de classement lié à la source de l'obligation. Les obligations d'origine conventionnelle, *a fortiori* si la convention établit un mécanisme de règlement obligatoire des différends, pourront être classées parmi celles relatives à un comportement de l'Etat aux modalités déterminées (B).

A. Précision de l'obligation

1. Précision de l'énoncé

L'obligation internationale peut comporter, dans sa formulation, des précisions dans la détermination de la conduite que l'Etat devra adopter : désigner un organe interne, déterminer le contenu d'un acte individuel à produire, voire même encadrer la procédure d'adoption de celui-ci. De telles précisions permettront aisément d'affirmer que l'obligation en présence ne laisse pas à l'Etat le loisir d'appeler à l'ensemble de son appareil juridique interne pour réaliser la situation individuelle donnée, mais lui impose un comportement aux modalités déterminées.

La désignation d'un organe

Le fait qu'un organe soit spécifiquement désigné reste le signe infaillible de la présence d'une obligation de comportement aux modalités déterminées. Une précision importante mérite toutefois d'être apportée : la simple désignation d'un *pouvoir* de l'Etat ne constitue pas, quant à elle, un indice déterminant. On pense aux obligations de protection judiciaire déjà étudiées, obligations de comportement global par excellence. Aucun organe judiciaire, tel, par exemple, une juridiction de première instance, n'est envisagé par ce type d'obligation. Une obligation visant au contraire un organe précis doit assurément être interprétée comme requérant de l'Etat un comportement juridique, même si toutes les obligations de cette catégorie ne font pas apparaître de telles précisions.

Un acte au contenu déterminé

Un critère particulièrement déterminant de la présence d'une obligation visant la réalisation d'une situation de droit interne, par un comportement déterminé, se trouve dans la détermination, par cette norme internationale, du contenu de l'acte à produire. Une illustration d'obligations présentant ces caractéristiques peut se trouver dans le droit des immunités. Les actes du pouvoir judiciaire ne sont en effet pas soumis à l'unique obligation de protection générale des individus, ou interdiction du déni de justice. Des obligations plus précises peuvent incomber à l'Etat et peser sur l'appareil judiciaire. C. Eustathiadès note justement que certaines obligations prescrivent à l'Etat non pas d'exercer généralement son pouvoir judiciaire, mais de l'exercer dans un but précis, en vue d'atteindre certes un résultat de droit interne, mais « au moyen d'un acte judiciaire d'un contenu déterminé »³¹². Dès lors, cet indice permet de classer l'obligation en question parmi celles qui seront violées sans attente de l'épuisement des voies de recours internes : « la responsabilité internationale sera engagée si la sentence prononcée par le juge n'a pas le contenu voulu par le traité »³¹³. Ainsi, dans l'exemple probant des obligations internationales d'accorder une immunité juridictionnelle, les tribunaux se voient obligés à un comportement spécifiquement déterminé : déclarer leur incompétence relativement à une matière donnée. Le contenu de l'acte judiciaire est ici clairement déterminé, et la responsabilité de l'Etat se verra engagée dès lors que le juge aura produit un acte d'un contenu différent, telle une décision au fond³¹⁴. Il en va de même, notamment, de certaines obligations conventionnelles relatives à l'extradition, et qui interdisent à l'appareil judiciaire de poursuivre la personne extradée pour des faits distincts de ceux qui ont motivé l'extradition³¹⁵. C. Eustathiadès distingue ainsi parfaitement entre les « cas de responsabilité internationale pour violation d'obligations internationales spéciales » et les « cas de manquement aux obligations internationales générales de protection judiciaire des étrangers »³¹⁶, lesquelles ne requièrent qu'un comportement global. L'acte judiciaire n'est pas seulement indispensable à l'obtention finale d'un résultat – la protection judiciaire d'un étranger – : elle est exigée, et déterminée par l'obligation internationale, laquelle en détermine précisément le contenu.

L'encadrement de la procédure de production d'un acte

Rares sont les obligations qui poussent la définition du comportement de l'Etat jusqu'à préciser les conditions de formes que devront remplir certains actes juridiques internes. La

³¹² EUSTATHIADES (C. T.), *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires*, *op. cit.*, p. 68.

³¹³ *Ibid.*, p. 69.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 78.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 75.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 80.

plupart du temps, les obligations internationales se contentent de requérir de l'Etat une conduite dont les modalités devront être effectuées « selon les procédures légales de droit interne ». Le droit international se contente alors de confronter la mesure de l'Etat aux règles procédurales édictées par ce dernier, sans déterminer lui-même de procédure de création d'actes juridiques. Cette exigence de respect des procédures légales internes est fréquente³¹⁷, et constitue tout de même un indice permettant le classement de l'obligation dans la catégorie qui nous occupe. Nul doute en effet que c'est bien d'un comportement aux modalités déterminées dont il est question, et non d'un comportement global, à propos duquel aucune question de « procédure » déterminée n'aurait de sens. De rares obligations nous fournissent en outre l'exemple d'une détermination, par le droit international, de procédures à respecter dans la réalisation de situations individuelles. Les exemples les plus parlants sont tirés des accords sur le dumping et les subventions de l'O.M.C., encadrant de manière on ne peut plus précise les procédures d'imposition interne de droits antidumping ou de mesures compensatoires, sur lesquels nous nous attarderons plus loin³¹⁸.

2. *Précision par le juge*

A contrario, si une obligation ne contenait pas, dans son énoncé, de précision relative aux modalités de la conduite à adopter, on pourrait envisager son classement dans la catégorie des obligations de conduite globale. Les critères de classement retenus par la C.D.I. allaient en effet en ce sens. Ils n'apparaissent toutefois plus très fiables aujourd'hui. Le caractère « alternatif » ou non d'une obligation tout d'abord, excluant de la catégorie celles qui laissent à l'Etat un choix entre une série de conduites à adopter, doit être dépassé au vu du découpage de ces obligations à objets multiples constaté en jurisprudence (a). Une absence de précision, dans l'énoncé de l'obligation, des modalités de la conduite à adopter, avec notamment mention d'un organe interne concerné, ne doit pas non plus être déterminante. Elle pourrait en effet être dépassée par les juges internationaux qui, dans leur œuvre d'interprétation et d'application du droit, tendent à préciser les ordres donnés par les obligations internationales (b).

³¹⁷ En droit international économique notamment, les traités de protection des investissements étrangers prévoient que l'Etat ne peut exproprier un investisseur qu'en suivant les « procédures juridiques en vigueur » : voir Banque mondiale, « Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger », 21 septembre 1992, art. IV. 1.

³¹⁸ Voir *infra*, B., 2.

a. Découpage jurisprudentiel des obligations auxquelles sont attachées un « résultat de rechange »

La présence de l'article 13 au sein de la C.E.D.H., exigeant des Etats, on le rappelle, de fournir aux sujets internes un recours effectif en cas de violation des droits qu'ils tirent de la Convention, aurait pu permettre d'interpréter l'ensemble des obligations issues de cette dernière comme ne prescrivant aucun comportement aux modalités déterminées. R. Ago estimait en effet que la Convention permettrait aux Etats de redresser le comportement d'un premier organe par l'intervention du pouvoir judiciaire. On a pu penser, dès lors, qu'en cas de réparation du préjudice subi par un sujet interne, aucune violation de la Convention n'eut pu être consacrée. Cette interprétation a été rapidement rejetée par la Cour européenne, laquelle voit bien les autres droits issus de la Convention comme indépendants par rapport à cette garantie supplémentaire. L'ensemble des obligations issues de la C.E.D.H. peut donc, potentiellement, être interprété comme requérant des Etat des comportements juridique déterminés.

Un réel découpage fut ensuite opéré au sein d'un seul et même article. L'article 5 de la C.E.D.H., tout comme l'article 9 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, apparaît, de prime abord, formulé comme une obligation « facultative » puisqu'il semble comporter des objets principaux, et un objet secondaire de réparation. En effet, il interdit la privation de liberté des individus hors des conditions par lui posées (§ 1), oblige à une information de l'individu arrêté dans ce cadre (§ 2) et à sa traduction devant un juge (§ 3). En outre, l'article énonce le droit pour un individu dans le chef duquel ces obligations initiales auraient été violées d'exercer un recours (§ 4) et d'obtenir réparation (§ 5). Il semblerait donc que l'obligation vise un comportement global de l'appareil étatique³¹⁹. Les pouvoirs administratif et judiciaire sont successivement visés, ce dernier semblant pouvoir rattraper une éventuelle défaillance du premier dans le cadre même de la bonne exécution de l'obligation. Ce n'est toutefois pas cette interprétation qui a été adoptée par la Cour européenne. Cette dernière a en effet opéré un découpage de l'article 5, chaque paragraphe énonçant selon elle une obligation indépendante³²⁰. Dès lors, on doit admettre que ce n'est plus un comportement global qui est requis de l'Etat, mais bien une série de comportements aux modalités déterminées.

³¹⁹ Pour J. Salmon, sans besoin d'un tel découpage jurisprudentiel, l'obligation est, dans sa lettre même, une « obligation *conjonctive* où les deux comportements sont tous les deux obligatoires cumulativement. », SALMON (J.), « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, p. 730.

³²⁰ Voir, par exemple, l'affaire *Vagabondage*, sur laquelle nous reviendrons rapidement : Cour E.D.H., arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp*, préc.

Une parfaite illustration de découpage jurisprudentiel d'obligations alternatives peut à notre sens être tirée de l'affaire *LaGrand*. En l'espèce, deux violations consécutives ont eu lieu. Alors que l'article 36. 1 oblige l'Etat d'accueil d'un poste consulaire à faciliter sa tâche d'aide juridictionnelle par la garantie d'une liberté de communication et de visite des fonctionnaires de l'Etat d'envoi avec les ressortissants de ce dernier (alinéas a et c) et la notification de toute détention d'un de ses ressortissants (alinéa b), l'article 36. 2 l'oblige à « permettre la pleine réalisation des fins » du premier paragraphe, notamment par l'ouverture d'une voie de recours en cas de violation de ce dernier, laissant la possibilité aux ressortissants ne s'étant pas vus notifier leur droit d'assistance consulaire de faire réviser un verdict de culpabilité établi en ces circonstances³²¹. Autrement dit, l'article 36 dans son intégralité obligerait à une assistance consulaire ainsi que, dans un second temps, à un redressement d'une éventuelle situation de violation. Un tel article pourrait être interprété en première lecture de la même façon que l'article 5 de la C.E.D.H., comme exprimant une obligation de comportement global de l'Etat, lequel se verrait laisser ouverte la possibilité de réaliser une situation individuelle – la protection consulaire – par l'action de l'ensemble de ses organes. Qu'une situation différente ait été initialement créée par l'absence de notification consulaire ne présagerait pas d'un fait internationalement illicite, l'Etat étant encore autorisé à redresser la situation par l'ouverture d'un recours et la révision d'un verdict. Ce n'est pas en ce sens que la Cour s'est prononcée, laquelle a davantage interprété les § 1 et 2 comme des obligations distinctes l'une de l'autre³²². Ainsi, l'Etat se voit bien imposer deux obligations : une obligation principale, ainsi que celle, subsidiaire, de redresser en droit interne une situation déjà constitutive d'un fait internationalement illicite. La première ne peut dès lors plus entrer dans la catégorie des obligations de comportement global.

b. Précision jurisprudentielle des obligations visant apparemment l'ensemble de l'appareil étatique.

En droit international général, une obligation relative au respect de la propriété des étrangers, figurant au texte d'une convention internationale, a été extensivement interprétée comme une interdiction plus stricte de tout acte portant une atteinte grave à ce droit de propriété, même s'il n'en causait pas la perte totale. C'est ce qui ressort de l'affaire de la *Haute-Silésie*³²³, mais

³²¹ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 90, p. 35 : « Le problème se pose lorsque la règle de la carence procédurale ne permet pas à une personne détenue de faire recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant, sur la base du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, que les autorités nationales compétentes ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer 'sans retard' les autorités consulaires compétentes, empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'Etat d'envoi. »

³²² Même si, comme on le verra, elles se placent dans une étroite relation de dépendance selon la Cour.

³²³ C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, préc.

également le contentieux Etat-investisseur, dans lequel le traitement juste et équitable inscrit dans les traités de protection des investissements se détache de l'obligation coutumière de traitement minimum, bien que leur énoncé y renvoie, et inclut notamment l'interdiction du déni de justice³²⁴. Cette obligation a toutefois été interprétée, en arbitrage, comme imposant à l'Etat d'accueil une stabilité, transparence et prévisibilité juridique³²⁵, ainsi qu'en lui interdisant d'adopter des mesures arbitraires ou discriminatoires³²⁶. Ainsi, l'exigence conventionnelle deviendra plus précise que l'exigence coutumière, n'exigeant plus seulement de l'Etat un comportement global, mais diverses obligations distinctes les unes des autres : ainsi interprétées, elles entrent automatiquement dans la catégorie des obligations de comportement aux modalités déterminées³²⁷.

La précision jurisprudentielle des obligations peut en outre apparaître automatique, si l'on prend en compte non plus l'obligation coutumière ou conventionnelle initiale mais celle qui découle d'un jugement d'un tribunal international. Ce dernier, tranchant un litige, a pu appliquer le droit à une situation déterminée et en préciser certaines modalités aux fins d'une bonne exécution future, voire d'une réparation. Dès lors, l'obligation naissant de son jugement devient spéciale pour l'Etat, et ne peut plus être entendue comme une obligation de comportement global. Elle impose à l'Etat un comportement aux modalités déterminées, comme le montre la sentence *Martini* : le tribunal arbitral marque ici clairement une distinction entre une obligation initiale issue d'un traité, de comportement global, et une obligation issue d'une décision internationale appliquant le droit international à un cas déterminé, imposant ainsi un comportement précis – en l'occurrence, la sentence *Ralston*³²⁸. C. Eustathiadès abonde dans ce

³²⁴ Voir ainsi l'article 1105 de l'ALENA, intitulé « norme *minimale* de traitement » : « Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement *conforme au droit international*, notamment un traitement juste et équitable. (...) » Nous soulignons. Voir, également, l'article 5. 1 du modèle américain de T.B.I. de 2004, selon lequel « (e)ach Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment (...) » et l'article 5. 2, qui énonce que cette obligation « includes the obligation not to deny justice... ».

³²⁵ Voir la jurisprudence, abondante, citée par RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements...*, note 512 p. 184.

³²⁶ *Ibid.*, note 517 p. 184.

³²⁷ M. Raux remarquait que les deux obligations ont parfois été distinguées en arbitrage selon la gravité du comportement de l'Etat requis pour conduire à leur violation ; il rejetait toutefois cette analyse (RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements...*, *op. cit.*, p. 191.) En effet, ce n'est pas tant le degré d'exigence qui change dans ces obligations conventionnelles telles qu'interprétées par les arbitres, mais bien leur précision. D'une obligation de comportement global, elles deviennent de multiples obligations de comportements aux modalités déterminées (mis à part, comme on le verra bientôt, l'interdiction du déni de justice). L'auteur confirme ce point de vue : « Au fil de la jurisprudence où s'égrainent ainsi ces diverses composantes du standard de traitement juste et équitable, l'impression se renforce que ce dernier aurait finalement donné naissance à une série de règles autonomes (...) et l'idée qu'il n'imposerait qu'une norme générale de conduite se serait ainsi peu à peu évaporée. » (*ibidem*).

³²⁸ Sentence du 3 mai 1930, *Martini*, préc., p. 996.

sens, considérant que l'obligation de ne pas violer la norme incluse dans une sentence arbitrale constitue une obligation spéciale de l'Etat, découlant de cette sentence même³²⁹.

De manière générale, si la C.E.D.H. a pu être entendue par R. Ago comme un instrument ne visant que la réalisation finale de situations individuelles, de nombreuses dispositions, voire l'ensemble d'entre elles, peuvent être aujourd'hui interprétées comme définissant le comportement aux modalités déterminées de l'Etat. Le professeur Tomuschat cite notamment l'exemple de l'article 3 interdisant torture et traitements inhumains ou dégradants³³⁰. A son sens qui est aussi le nôtre, l'accent n'est pas ici mis sur un quelconque résultat à atteindre, autrement dit l'absence de souffrance humaine. Des méthodes spécifiques de traitement des individus par les agents de l'Etat sont spécifiquement interdites, car vont à l'encontre de la philosophie d'un Etat de droit³³¹. L'Etat ne se voit ainsi offrir aucun choix, et chacun de ses organes semble visé par l'interdiction sans que l'appareil dans son ensemble puisse être mis en mesure d'agir. Il est plus qu'évident que le tort subi par un individu dont la torture a été ordonnée par un agent de l'Etat ne peut se voir intégralement réparé par une quelconque décision d'un organe supérieur. De telles atteintes à la personne humaine causent des dommages qu'il est impossible de laisser perdurer au profit de la liberté de l'Etat dans sa sphère interne. Aujourd'hui, cette obligation est encore plus clairement interprétée comme imposant à l'Etat un comportement aux modalités déterminées. Dans le célèbre arrêt *Soering*³³², la Cour européenne est allée jusqu'à affirmer que l'article 3 portait interdiction d'extrader vers un Etat tiers qui pratiquerait de tels traitements. Elle justifie une telle interprétation extensive :

« (m)algré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art. 3), pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier ; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extradier s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'Etat de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article »³³³.

Loin d'un comportement global, on vise ainsi un acte juridique administratif précis : l'extradition vers des Etats pratiquant la peine de mort. Cette extension horizontale de l'obligation a évidemment pour but de prévenir une violation de cette dernière par des Etats tiers, du fait d'un comportement d'un Etat partie qui lui ouvrirait la voie. Bien entendu, la Cour n'entend pas considérer que le Royaume-Uni commet lui-même un traitement inhumain et dégradant. Mais elle

³²⁹ EUSTATHIADES (C. T.), *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires*, *op. cit.*, p. 89.

³³⁰ TOMUSCHAT (C.), « What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights ? », *op. cit.*, p. 320.

³³¹ *Ibidem*.

³³² Cour E.D.H., arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Série A, n° 161

³³³ *Ibid.*, § 88.

étend l'obligation à une prévention de tout « risque réel »³³⁴ d'être soumis à un tel traitement, prévention passant par l'interdiction d'un comportement aux modalités déterminées.

Dorénavant, il semble douteux qu'une quelconque obligation issue d'un instrument de protection des droits fondamentaux puisse être interprétée comme n'obligeant l'Etat qu'à une conduite globale. C'est notamment ce qui a pu conduire le professeur Perrin à réfuter la thèse de l'interprétation matérielle de la règle de l'épuisement des voies de recours internes chère à R. Ago, ne voyant plus aucune obligation internationale à laquelle pourrait s'appliquer le système prévu par l'article 22 du projet adopté par la C.D.I. en première lecture³³⁵. Il est aujourd'hui vrai que les obligations relatives à la conduite globale de l'Etat sont l'exception par rapport au principe que constituent les obligations relatives à la conduite de l'Etat aux modalités déterminées, et qui, comme on le verra, seront violées sans attente d'un déni de justice. Sauf exception³³⁶, l'ensemble des obligations conventionnelles pourrait ainsi être inclus dans cette dernière catégorie, si toutefois un juge pouvait, de manière systématique, en préciser ainsi les énoncés.

B. Origine conventionnelle de l'obligation.

1. Obligation d'origine conventionnelle...

Nous venons d'établir une distinction qui paraissait correspondre à l'origine de l'obligation internationale, selon que les obligations relatives à la réalisation d'une situation interne sont coutumières ou conventionnelles, les premières ne pouvant être violées que par un fait complexe, alors que les secondes relèveraient de la catégorie des obligations de comportement aux modalités déterminées. Or, les opinions des Etats exprimées lors de la Conférence pour la codification du droit international de 1930 n'allaient pas en ce sens. Lors de l'examen de la question sur le point de savoir si la responsabilité de l'Etat se trouvait engagée pour avoir adopté des décisions judiciaires – nous pourrions élargir : des actes juridiques individuels – « incompatibles avec les obligations découlant d'un traité ou avec les devoirs internationaux de l'Etat »³³⁷, aucune distinction ne fut faite en fonction de l'origine de

³³⁴ *Ibid.*, § 91.

³³⁵ PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », *op. cit.* p. 290.

³³⁶ C'est le cas de l'obligation de protection judiciaire, même conventionnellement formulée, Voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 2, B., 2.

³³⁷ S.d.N., Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 41.

l'obligation³³⁸. La qualification d'illicite ne varie en effet pas selon qu'une obligation coutumière était imposée à l'Etat plutôt qu'une obligation conventionnelle. R. Ago défendait également dans ses travaux sur le droit de la responsabilité qu'il n'y avait pas lieu de faire une quelconque distinction selon la source de l'obligation violée³³⁹ : « la violation d'une obligation internationale est toujours un fait internationalement illicite, quelle que soit la provenance de l'obligation en question. »³⁴⁰. L'article définitif de la C.D.I. suite à la « révision Crawford » conserve cette ligne de raisonnement, puisque l'article 12 dispose qu'« (i) l y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci. »³⁴¹ Ainsi, « l'origine ou la provenance d'une obligation ne modifie pas en tant que telle la conclusion selon laquelle la responsabilité d'un Etat sera engagée s'il la viole et est sans effet sur le régime de la responsabilité qui en découle. »³⁴² On doit donc admettre que la source coutumière ou conventionnelle de l'obligation violée n'aboutit aucunement à « la détermination de régimes différents de responsabilité »³⁴³, à la manière de la distinction du droit interne opérée entre responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle. Toute violation entraîne une obligation secondaire de réparer, et ce que l'obligation primaire soit coutumière ou conventionnelle.

En revanche, le fait internationalement illicite peut différer en fonction de la source de l'obligation en cause. Il ne s'agit toutefois pas d'une différence substantielle, comme on l'a vu, mais d'un problème temporel qui, en réalité, suit parfaitement l'énoncé de l'obligation en question. En outre, le fait que les obligations de comportement global soient principalement d'origine coutumière est évidemment lié au fait qu'elles soient non écrites, et donc imprécises par nature, mais aucunement à leur mode de formation. Certaines obligations conventionnelles peuvent également faire l'objet d'interprétation en ce sens. La distinction est donc parfaitement contingente. Pour ces deux raisons, elle n'a donc pas sa place en droit de la responsabilité : c'est bel et bien de l'étude de ces obligations primaires, au cas par cas, que relève la distinction entre obligations de résultat et de comportement aux modalités déterminées. Leur source n'est qu'un outil d'interprétation, interprétation qui entraîne ensuite dans son sillage une violation dont le *tempus* a une spécificité certaine, bien qu'elle ne soit pas en substance différente de tout fait internationalement illicite, à savoir un fait de l'Etat qui « n'est pas conforme à ce qui est requis de

³³⁸ Voir réponses des Etats, *ibid.*, p. 41 et s.

³³⁹ AGO (R.), « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats », préc., p. 6-15.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 9, § 19.

³⁴¹ Nous soulignons.

³⁴² CRAWFORD (J.), *Commentaire...*, *op. cit.*, p. 151.

³⁴³ AGO (R.), « Cinquième rapport ... », préc., p. 6, § 13.

lui en vertu de cette obligation ». Aujourd'hui, on doit noter une tendance certaine à interpréter les obligations conventionnelles de manière extensive, ne laissant place aux obligations de comportement global que dans le monde de la coutume, ce qui renforce l'opposition. Ceci est peut-être, toutefois, dû à certaines règles d'interprétation propres à des mécanismes conventionnels spécifiques du droit international, disposant de leur juridiction propre à retenir une interprétation dynamique des obligations sur le respect desquelles elles doivent veiller.

2. ...à laquelle est attaché un mécanisme de règlement des différends obligatoires.

Les exemples les plus marquants d'interprétation des obligations dans le sens d'une précision de leur énoncé, afin de les classer dans la catégorie de celles qui déterminent les modalités de la conduite à adopter par l'Etat, se rencontrent dans les mécanismes conventionnels spécifiques, dont le respect est assuré par un juge à la compétence obligatoire. C'est le cas, bien entendu, des conventions internationales de protection des droits fondamentaux (a) mais aussi des Accords de l'O.M.C. (b).

a. Les conventions internationales de protection des droits fondamentaux.

Dans le cadre des instruments de protection des droits de l'homme, les juridictions internationales chargées d'en assurer la défense tracent certaines lignes d'interprétation qui les conduisent à dégager massivement des obligations de comportement global.

La C.E.D.H. est en effet nettement dotée d'un caractère évolutif important, sous l'action interprétative de la Cour de Strasbourg. Cette dernière adopte une méthode ambivalente, entre interprétation proprement internationale et interprétation « constitutionnelle »³⁴⁴. Se prévalant à l'origine des lignes d'interprétation du droit international général, codifiées dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³⁴⁵, la Cour privilégiait le sens clair du texte, sans besoin de recourir aux travaux préparatoires. L'accent était également mis sur l'importance du préambule, afin d'en dégager l'objet et le but du traité. C'est justement de cette 'lumière' apportée par l'objet et le but de la protection des droits fondamentaux au sein des systèmes de droits internes européens que l'interprétation de la Cour s'est faite de plus en plus audacieuse.

³⁴⁴ WACHSMANN (P.), « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », S.F.D.I., Colloque de Strasbourg de 1997, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, 334 p., p. 162.

³⁴⁵ Convention sur le droit des traités, Vienne, préc., art. 31 à 33, à laquelle renvoient, entre autres : Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, § 29 et Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, Rec., 1996-VI, § 43.

Elle ne s'écarte toutefois pas de la règle générale d'interprétation : la C.E.D.H. est un instrument à l'objectif unique et particulier, qui permet hardiesse dans une interprétation qui resterait pourtant littérale. Le professeur Wachsmann exprime admirablement cette ambivalence : cette matière « ne cesse de puiser dans le droit international lui-même des raisons de le dépasser, tout en restant prise dans sa logique »³⁴⁶. Serait ainsi singulier non pas la méthode interprétative mais bien l'objectif propre à l'instrument de protection des droits fondamentaux, permettant par-là une interprétation stricte des obligations.

La Cour interaméricaine a choisi, selon la même doctrine, l'interprétation qui assurerait à la sauvegarde des droits fondamentaux leur étendue maximale³⁴⁷. Selon M. Wachsmann, « (l)'insistance mise par les deux Cours sur l'objectif de protection de l'individu dans le cadre d'un État de droit de caractère démocratique révèle l'existence d'un modèle sous-jacent. »³⁴⁸ Ce modèle justifie une interprétation systématiquement en faveur de l'individu, permettant ainsi un durcissement progressif des obligations des Etats. C'est dans l'arrêt *Loizidou* que la Cour a le plus nettement affirmé sa volonté d'interpréter la Convention à la lumière de son « caractère singulier »³⁴⁹, comme « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »³⁵⁰.

Le durcissement des obligations des Etats par l'interprétation de la juridiction passe également, outre le canal de l'objet et du but de la Convention, par une lecture dynamique du texte. Là sans doute les directives d'interprétation de la C.E.D.H., suivies par la C.I.A.D.H., diffèrent du droit international général, lequel dicte selon toute logique une interprétation *in situ*, replacée dans l'instant de la conclusion de l'instrument afin de ne pas dénaturer la volonté des parties et ne pas faire évoluer leurs obligations contre leur gré. L'institution d'une juridiction permanente qui veille sur le bon respect d'un instrument conventionnel est également apte à donner une interprétation officielle de ses dispositions, et à faire évoluer le traité, prenant quelques libertés par rapport au strict consensualisme d'ordinaire de mise sur ces questions. Cette lecture dynamique est, selon la Cour, nécessaire à l'efficacité de la protection des droits de

³⁴⁶ WACHSMANN (P.), « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 162.

³⁴⁷ C.I.A.D.H., arrêt du 15 septembre 2005, *Caso de la Masacre de Mapiripan c. Colombie*, Série C, n° 134, § 106. Voir HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 41-42.

³⁴⁸ WACHSMANN (P.), « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 171.

³⁴⁹ Cour E.D.H., arrêt du 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, Série A, n° 310, § 70.

³⁵⁰ *Ibid.*, § 75. L'arrêt *Wemhoff* mérite également d'être cité lorsqu'il affirme que « (s)'agissant d'un traité normatif, il y a lieu de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties. » (Cour E.D.H., arrêt du 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, Série A, n° 7, § 8).

l'homme³⁵¹. La Convention est ainsi fréquemment qualifiée par la Cour comme d' « instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »³⁵².

Une telle interprétation dynamique pourrait-elle « contaminer » l'ensemble du droit positif ? C'est ce que sous-tend le professeur Perrin, lequel considère que, devant le silence du droit positif, il faudrait systématiquement « proposer la conception qui correspond le mieux au droit désirable ». Il faudrait dès lors laisser de côté toute interprétation des obligations internationales dans le sens d'obligations de comportement global, sous prétexte que la protection des sujets internes ne serait pas suffisante³⁵³. Des considérations d'ordre éthique et moral sont très présentes dans ce raisonnement. Qu'elles puissent être entendues pour l'interprétation des instruments de protection des droits fondamentaux est totalement admissible, puisqu'elles sont dans la droite lignée de l'objet et du but du traité. Qu'on en fasse un principe de droit applicable telle une directive générale d'interprétation des traités reste en revanche fortement discutable. Ces considérations ne pourraient s'appliquer à des obligations *réiproques* relatives au traitement des étrangers. *A fortiori*, elles ne pourraient non plus s'appliquer aux obligations interétatiques, lesquelles doivent également être classées dans l'une ou l'autre catégorie dès lors qu'une situation individuelle interne est réclamée à l'Etat. D'où serait-il plus moral de durcir l'obligation de l'Etat débiteur au profit du créancier, sans que soient en jeu de quelconques intérêts supérieurs tels la protection des droits de l'homme ? Un abandon total de la distinction entre obligations de comportement global et obligations de comportement aux modalités déterminées ne peut ainsi être envisagé, en tous les cas sur le seul fondement de données morales. Force est toutefois de constater que son intérêt pratique est aujourd'hui réduit à peau de chagrin en raison de la grande majorité des obligations appartenant à la seconde catégorie qui nous occupe actuellement. C'est davantage pour la sécurité des relations juridiques internationales, et du fait de la perméabilité croissante des ordres juridiques internes et international que l'interprétation des obligations tend en ce sens. On le voit, notamment, dans le système de l'O.M.C. La violation de ces obligations sera en effet plus facilement constatée : sans attente de l'épuisement des voies de recours internes, elle sera consacrée dès la production du premier acte contraire à l'obligation en présence.

³⁵¹ WACHSMANN (P.), « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 194. Pour la C.I.A.D.H., voir HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 40 et s.

³⁵² Voir Cour E.D.H., arrêt du 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, Série A, n° 26, p. 15-16, § 31, et la jurisprudence ultérieure dans laquelle est reprise cette formule. Voir également : RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 31 et s.

³⁵³ PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », *op. cit.* p. 290.

Dans le cadre de la protection des droits de l'homme, on doit noter une nette tendance au durcissement des obligations des Etats, entendues comme des obligations de comportement aux modalités déterminées et ce même en l'absence des indices que nous avons pu dégager précédemment. Des considérations d'ordre moral ne sont dès lors pas totalement absentes du débat. Voyons s'il en va ainsi à propos des Accords de l'O.M.C.

b. Les Accords de l'Organisation mondiale du commerce.

Les Accords de l'O.M.C. fournissent de parlants exemples d'obligations requérant de l'Etat un comportement aux modalités déterminées. En premier lieu peut être citée l'obligation de traitement national issue de l'article 3 du GATT. Aucun comportement juridique n'est ici précisé par l'obligation internationale qui pourrait, en première lecture, sembler réclamer de l'Etat un simple comportement global. M. Santulli note toutefois que si « un produit légal étatique spécifique » n'est pas dans le cas des obligations afférentes à l'O.M.C. « objet » de la « proposition internationale », leur réalisation passe par des « produits légaux étatiques »³⁵⁴ en pratique. C'est à son sens « la souplesse liée à la nature non juridictionnelle du système qui justifie cette solution si rigide »³⁵⁵. De même qu'au sein du mécanisme de la C.E.D.H., on observe donc ici une tendance à l'interprétation stricte des obligations internationales, renforcée par le mécanisme de règlement des différends propre à l'O.M.C., qui permet de centraliser l'interprétation des obligations pesant sur les Etats.

Certaines obligations issues des Accords n'ont toutefois pas besoin d'une interprétation extensive pour être classées dans la catégorie qui nous occupe, tant la précision du comportement juridique de l'Etat est poussée. Souvent, les accords multilatéraux sur le commerce des marchandises conclus à l'issue du cycle de l'Uruguay³⁵⁶ prévoient en effet une multitude de détails relatifs au droit interne. Les Accords sur les subventions et mesures compensatoires, ainsi que sur le dumping³⁵⁷, en sont l'illustration la plus manifeste. Examinons particulièrement l'accord sur les mesures antidumping. Il détermine précisément la procédure interne par laquelle les Etats seront

³⁵⁴ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 121.

³⁵⁵ *Ibid.*, note 223 p. 121.

³⁵⁶ Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay, Marrakech, 15 avril 1994, <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>, annexe 1A.

³⁵⁷ Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et accord sur les mesures antidumping (article VI du GATT 1994), Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay, Marrakech, 15 avril 1994, <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>, annexe 1A.

autorisés à imposer ces mesures, sinon en violation du droit du commerce international. Notamment, l'article 5. 1 dispose qu'« une enquête visant à déterminer l'existence, le degré et l'effet de tout dumping allégué sera ouverte sur demande présentée par écrit par la branche de production nationale ou en son nom. »³⁵⁸ L'article 5. 10 enferme quant à lui la procédure interne dans un délai internationalement déterminé : « (l)es enquêtes seront, sauf circonstances spéciales, terminées dans un délai d'un an, et en tout état de cause dans un délai ne devant pas dépasser 18 mois, après leur ouverture. »³⁵⁹ Des conditions de fond à la production de l'acte juridique interne d'imposition de mesures antidumping sont également posées, telle celle figurant à l'article 9. 3 de l'accord, détaillée dans trois sous-alinéas : « (l)e montant du droit antidumping ne dépassera pas la marge de dumping déterminée selon l'article 2. »³⁶⁰ Les exemples pourraient être ainsi multipliés.

Conclusion de la section

Les obligations que nous venons d'identifier précisent ainsi à l'Etat les *modalités de son comportement*, lorsque celui-ci a lieu dans son ordre juridique interne. Elles s'opposent donc aux obligations précédemment étudiées qui ne déterminaient qu'une conduite de l'ensemble de l'appareil étatique, voire de l'ensemble d'un pouvoir de l'Etat tel le pouvoir judiciaire. Ces obligations, que nous avons qualifiées de *comportement global*, constituent aujourd'hui une exception, face à l'interprétation de principe des obligations internationales comme exigeant de l'Etat un comportement plus précis. Voici ainsi achevée notre classification des obligations relatives à la réalisation de situations individuelles, permettant d'établir si la production d'un acte juridique individuel est ou non susceptible, à elle seule, de donner naissance à leur violation. Les effets de cette distinction se projettent en effet sur la caractérisation du conflit les opposant au droit interne. En présence de ces obligations de comportement aux modalités déterminées, le conflit avec un acte juridique individuel sera cette fois bien plus radical, et donnera lieu à leur violation : voici ce qu'il nous appartient à présent de démontrer.

³⁵⁸ Accord sur les mesures antidumping (article VI du GATT 1994), préc.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

Section 2. Caractérisation du conflit avec un acte juridique interne individuel. *Contrariété*, donnant lieu à un fait internationalement illicite

Selon R. Ago, l'analyse de la jurisprudence permet de tirer une conclusion claire : « l'adoption par une autorité administrative ou judiciaire quelconque d'un comportement différent de celui qu'exige spécifiquement l'obligation internationale a été considérée comme constituant immédiatement une violation de cette obligation. »³⁶¹ Cette assertion pourra être transposée à notre étude : un fait internationalement illicite naît en effet du seul conflit entre droit interne déterminant des situations individuelles et obligation relative à la conduite étatique aux modalités déterminées. La production d'un acte juridique interne en conflit, acte que nous qualifierons alors de *contraire*, marquera le temps (§ 1) et constituera la substance de la violation de l'obligation internationale, violation qui surviendra sur le mode du fait internationalement illicite (§ 2).

§ 1. Temps de l'illicite

La violation survient, dans le cas qui nous occupe, au jour de la production de l'acte juridique contraire à la conduite déterminée par l'obligation internationale. Nul besoin d'attendre l'épuisement des voies de recours internes (A), et le fait illicite n'aura cette fois aucune épaisseur temporelle en lui-même : il s'agira d'un fait instantané, même si ses effets peuvent être continus (B).

A. Moment du fait illicite : production de l'acte juridique contraire, sans attente de l'épuisement des voies de recours internes.

Si la démonstration générale de R. Ago pouvait nous séduire, en ce qu'elle semblait n'appliquer le volet substantiel de la règle de l'épuisement des voies de recours internes qu'à une certaine catégorie d'obligations, elle nous trouble dans le détail, car en fait une application à notre sens trop générale. Le Rapporteur spécial rappelle l'origine coutumière de la règle, précisant qu'il s'agit toujours et seulement de sa réitération lorsque celle-ci est expressément inscrite dans

³⁶¹ AGO (R.), « Sixième rapport sur le droit de la responsabilité », préc., § 10, p. 8.

certain instruments conventionnels tels la C.E.D.H.³⁶². Or il nous semble justement que la règle de la C.E.D.H. est, bien au contraire, mentionnée à titre exclusivement procédural. La règle *coutumière* imposant l'épuisement des voies de recours internes avant une demande en protection diplomatique relève de la procédure, et non du fond. R. Ago affirme pourtant que ce principe s'impose « comme la conséquence logique du mode d'être »³⁶³ des obligations isolées. Il ne s'agit dès lors pas d'un principe coutumier extérieur aux obligations de comportement global, mais bien du fonctionnement intrinsèque à ces dernières. On ne peut donc en faire une quelconque application générale, dès lors que la règle n'est pas comprise dans l'obligation elle-même, ce qui n'est pas le cas des obligations visant la réalisation d'une situation individuelle interne par un comportement aux modalités déterminées. L'épuisement des voies de recours internes s'exclut de lui-même, et ne sera pas nécessaire à leur violation. La règle reste toutefois applicable à titre procédural dans toutes les affaires de demande en protection diplomatique. Il est ainsi très délicat de trouver des illustrations convaincantes d'actes juridiques individuels constituant en eux-mêmes la violation du droit international sans que l'ensemble de l'appareil étatique n'ait été ensuite mis en mesure de rectifier la situation. Toutefois, certaines affaires nous donnent exceptionnellement des indices dans le sens d'une violation née antérieurement à tout épuisement.

Dans la jurisprudence des juges de Strasbourg, il est symptomatique que la règle de l'épuisement des voies de recours internes soit *disponible*. Lorsqu'un Etat décide de ne pas s'en prévaloir ou, plus vraisemblablement, omet de le faire, les juges pourront statuer au fond. On a bien ici la preuve que la violation peut, *prima facie*, intervenir au jour de la production du premier acte juridique contraire aux obligations de l'Etat, sans quoi les juges soulèveraient d'office cette exception d'irrecevabilité, considérant la requête comme manifestement mal fondée. Par exemple, dans l'affaire *Akkoç c. Turquie*, la Commission européenne a reçu une requête relative à une sanction disciplinaire donnée à une enseignante, alors même qu'il existait des recours disponibles pour faire annuler cet acte encore inexécuté³⁶⁴. Le Gouvernement s'est alors trouvé forclos à soulever ultérieurement une telle exception³⁶⁵, selon une jurisprudence constante de la Cour³⁶⁶.

En droit des investissements, lorsque n'est pas en cause l'interdiction de déni de justice, obligation de comportement global du pouvoir judiciaire, mais bien des obligations de

³⁶² *Ibid.*, § 82, p. 36.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ Comm. E.D.H., décision du 11 octobre 1994, *Akkoç c. Turquie*, req. 22947/93 et 22948/93, D.R. n° 79-B, p. 108.

³⁶⁵ Cour E.D.H., arrêt du 10 octobre 2000, *Akkoç c. Turquie*, n°23, Rec. 2000-X, § 61.

³⁶⁶ Par exemple, Cour E.D.H., arrêt du 25 septembre 1997, *Aydın c. Turquie*, Rec. 1997-VI, p. 1885, § 58.

comportement déterminé, nul besoin pour l'investisseur d'épuiser les recours internes. La violation est susceptible d'être consacrée par la seule production d'un acte individuel.

En l'affaire *LaGrand*, il est clair que l'article 36. 1 relatif à l'obligation d'information consulaire, a été violé par le seul manquement des Etats-Unis à la production d'un acte de notification en ce sens – allégation que ces derniers ne contestent d'ailleurs pas³⁶⁷. Ils ont manqué à leur obligation d'informer sans retard les frères *LaGrand* de leur droit à une aide consulaire, comme l'impose l'alinéa b de l'article précité. Cette absence de notification implique en outre, en l'espèce, la violation des alinéas a et c : l'Allemagne n'a pas été mise en mesure de fournir son aide à ses ressortissants. L'absence de production d'un acte individuel constitue un manquement, une abstention illicite sans besoin d'attendre que l'article 36. 2 soit à son tour violé, autrement dit avant tout épuisement des voies de recours internes³⁶⁸. L'attitude des Etats-Unis démontre clairement que l'obligation principale et l'obligation de fournir un recours en cas de violation de la première sont nettement dissociées, et que cette interprétation appartient désormais au droit international général. On doit désormais admettre que toute disposition conventionnelle formulée de la sorte sera interprétée en ce sens, et ne constitue plus l'énoncé d'une obligation alternative, de résultat, ou de comportement *global* laissant à l'Etat la faculté de redresser une situation initialement contraire à celle finalement exigée. Ainsi, nul besoin d'attendre l'épuisement des voies de recours internes pour conclure à la survenance d'un fait internationalement illicite, mis à part certains cas exceptionnels qui ne trouveraient aujourd'hui, avec l'accroissement des instruments conventionnels de protection des droits fondamentaux de l'individu, plus à s'appliquer hors des cas de protection judiciaire. Le droit international général y relatif, ou obligation de traitement international minimum, se voit aujourd'hui supplanté par nombre de conventions plus protectrices et plus précises, selon l'adage *specialis derogat generali*.

De parlantes illustrations peuvent également être trouvées dans les cas où le pouvoir judiciaire heurterait une obligation internationale de comportement aux modalités déterminées, autrement dit autre que l'obligation de protection judiciaire des individus. Dans ces hypothèses en effet, il pourra être plus facilement établi que le fait illicite n'est pas constitué par un déni de justice, ou comportement global de l'ensemble du pouvoir judiciaire, ou bien par la production

³⁶⁷ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 67, p. 28.

³⁶⁸ A propos de la demande relative à la violation de l'article 36. 1 b dans l'affaire *LaGrand*, la question de l'épuisement des voies de recours internes a ainsi été examinée *in limine litis* (*ibid.*, § 58-60) alors même que l'Allemagne l'envisageait dans son mémoire comme une condition de l'illicite (C.I.J., Mémoire de l'Allemagne du 16 septembre 1999, *LaGrand*, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8552.pdf>>, § 5.16-5.17, spéc. § 5.17, au niveau du fond) et non comme un obstacle éventuel à la recevabilité (*ibid.*, § 3.62-3.78). La Cour n'y prête pas attention et suit le raisonnement classique.

d'une décision en particulier, et ce même si les recours internes ont été épuisés. Le Tribunal des différends irano-américain par exemple, a pu affirmer, dans une décision de 1998, qu'un fait internationalement illicite était réalisé par la production d'une décision précisément déterminée de l'appareil judiciaire américain³⁶⁹. Dans une première sentence, une société américaine avait été condamnée au paiement de dommages et intérêts à des sociétés iraniennes³⁷⁰. Ces dernières ont été déboutées par l'ensemble des juridictions américaines saisies : Cour de district comme Cour d'Appel. Toutefois, ce n'est pas le comportement global du pouvoir judiciaire qui a ici réalisé le fait internationalement illicite, mais la décision de la plus haute instance, en particulier³⁷¹. Certes, on peut se demander pourquoi ce n'est pas le comportement initial qui est mis en porte-à-faux, puisqu'à notre sens la production d'un acte juridictionnel de première instance aurait pu réaliser une illicéité, même si une décision ultérieure en avait infirmé le jugement. Mais, dès lors que les recours ont été épuisés, on comprend aisément que la décision de dernière instance ait été prise en considération plutôt que la première. L'essentiel reste que l'illicéité n'est pas réalisée par un comportement global, un déni de justice, mais bien par la production d'un acte juridictionnel *déterminé*.

D'autres exemples pourraient donc être trouvés du côté de la violation d'obligations relatives aux immunités de juridiction de l'Etat ou de ses représentants, puisque cette dernière survient dès qu'un tribunal interne se déclare compétent pour juger au fond. On se trouve dès lors devant une obligation interétatique, qui plus est de comportement aux modalités déterminées : deux circonstances qui permettent de découvrir clairement qu'une décision d'un tribunal peut, au jour de sa production, réaliser un fait internationalement illicite sans besoin d'attendre l'achèvement de la procédure juridictionnelle. Lorsque les obligations sont interétatiques en effet, l'épuisement des voies de recours internes est d'autant plus facilement exclu en tant que règle de fond, n'étant déjà pas reconnu comme principe procédural. Il n'appartient jamais à l'Etat victime de tenter lui-même de faire reconnaître son droit. Il apparaîtrait en effet contraire à sa souveraineté de réclamer de lui d'épuiser les voies de recours d'un Etat étranger, alors que l'obligation primaire visait à l'y soustraire ; c'est donc normalement à l'Etat auteur de revenir, par lui-même, sur son comportement initial, si l'obligation lui en laisse

³⁶⁹ Tribunal des différends irano-américain, sentence du 5 juin 1998, *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, n°586/A27/FT, Iran-U.S. C.T.R. : « (T)his erroneous decision by the Second Circuit places the United States in violation of its obligations to make the *Avco* award enforceable in the United States », § 66, nous soulignons.

³⁷⁰ Tribunal des différends irano-américain, sentence du 18 juillet 1988, *Avco Corporation v. Iran Aircraft Industries, Iran Helicopter Support and Renewal Company, National Iranian Oil Company an the Islamic Republic of Iran, et al.*, n° 377/261/3, Iran-U.S. C.T.R., 1988-II, vol. 19, p. 200-231.

³⁷¹ Tribunal des différends irano-américain, sentence du 5 juin 1998, *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, préc., « ... through the refusal by the United States Court of Appeals for the Second Circuite to enforce the *Avco* award, the United States has violated its obligation... », § 71, nous soulignons.

l'opportunité. En outre, le comportement initial lui a été directement causé, et se trouve donc être déjà international, sans besoin d'attendre que l'ensemble de l'appareil étatique ait été mis en mesure d'agir. Cette solution a ainsi été rejetée par une interprétation des obligations interétatiques comme imposant aux Etats un comportement aux modalités déterminées. Comme le dommage causé, la violation l'est immédiatement³⁷².

Le comportement de l'Etat étant simple, la question de son épaisseur temporelle pourrait sembler sans objet. Un point mérite tout de même éclaircissement : toute norme individuelle ayant des effets continus en attente de son exécution, le comportement normatif de l'Etat pourrait-il être perçu, en droit international, comme un fait illicite *continu* ?

B. Durée : fait instantané à effets continus

Du fait de son caractère normateur, l'acte juridique interne produit par l'Etat pourrait sembler, en lui-même, comme s'étalant dans le temps. Dès lors, le fait internationalement illicite réalisé par cette production pourrait ainsi continuer ; l'illicéité s'étendrait de la production de l'acte à toute la durée de son maintien en vigueur. Il ne nous semble toutefois pas qu'une conclusion de cette nature puisse être tirée. En effet, seules les règles générales et abstraites ont un caractère de permanence : tant qu'elles sont en vigueur, elles régissent la conduite de chaque sujet qui entre dans leur champ d'application, à chaque fois que les circonstances se présentent ou bien, plus rarement, de façon absolument continue, à chaque instant³⁷³. Les actes juridiques individuels sont en revanche des actes uniques et individualisés, qui ne peuvent avoir la même épaisseur temporelle. Même si la norme porte sur un comportement d'une certaine durée, on ne peut envisager cela comme quelque chose de permanent. Certes, en attente de son exécution, une norme même individuelle peut apparaître comme « maintenue ». Mais on ne peut alors conférer un certain caractère de continuité qu'à ses *effets*. Comme l'exprime la C.D.I., un fait continu est un fait « qui s'étale, toujours le même, sur un laps de temps plus ou moins long : autrement dit un fait qui, après s'être produit, continue d'exister en tant que tel et *non pas seulement dans ses effets et dans ses conséquences.* »³⁷⁴

³⁷² M. Santulli semble toutefois s'opposer à cette distinction : SANTULLI (C.), « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), *A.F.D.I.*, 2002, p. 257-280.

³⁷³ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 409-410.

³⁷⁴ C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa trentième session, A/33/10, *Ann. C.D.I.*, 1978, vol. II, 2^e partie, p. 84-119, ici p. 101. M. Crawford le confirme dans son commentaire des articles de la C.D.I. : « (u)n fait n'a pas un caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences s'étendent dans le temps. Il faut que le

Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, le dahir de 1920 établissant le monopole des phosphates est considéré par la Cour non comme un fait continu, mais comme un *fait instantané à effets continus*³⁷⁵. Certes, selon nous l'obligation aurait dû être interprétée comme de comportement global au vu de son imprécision. Mais là n'est pas la question puisque la Cour se contente de juger des exceptions préliminaires, suivant dès lors le grief italien, lequel considérait comme fait internationalement illicite non pas un fait complexe né de l'ensemble des actions de l'Etat marocain dans cette affaire, mais bien d'un fait simple : la seule production de la loi établissant un monopole. Ensuite, et c'est ce qui nous importe ici, ce fait que l'on peut interpréter comme la production d'un acte individuel – puisque l'entreprise marocaine à laquelle est attribué ce monopole est citée – n'est pas un fait continu, mais bien instantané malgré la persistance de ses effets sur l'entreprise italienne, laquelle se voit définitivement dépossédée de ses droits sur le gisement dont il est question. R. Ago pense le contraire, y voyant un fait continu en raison de son caractère législatif³⁷⁶. « Réelle ou non, l'illicéité internationale du monopole allégué par le gouvernement demandeur concernait l'existence et le maintien de ce régime, et non pas uniquement les actes l'ayant institué. La situation normative non conforme aux prescriptions internationales n'avait fait que débiter avec l'adoption des dahirs de 1920 et s'était poursuivie inchangée après la date critique. »³⁷⁷ En réalité, deux interprétations pouvaient être retenues : soit l'on considérait le dahir comme un acte général, affectant potentiellement tout concessionnaire, et la conclusion de R. Ago pourrait s'avérer juste. Soit, comme finalement la Cour l'interprète, on peut voir dans le dahir de 1920 un acte individuel, visant une entreprise nommée, dépossédant immédiatement toute entreprise concessionnaire antérieure, et s'épuisant dans ces effets. Par la suite, elle ne continuera pas à déposséder d'autres ressortissants étrangers, lesquels se verront tout simplement empêchés de constituer des droits sur les mines marocaines. Il n'y aurait pas ici de fait continu, mais bien un fait instantané à effet continu, l'acte étant à notre sens individuel. Le raisonnement tenu à propos du second grief italien prête certainement moins à débat. En raison d'un manque de clarté dans l'exposé de sa demande, la Cour a refusé de prendre en compte la demande relative à un éventuel fait complexe, constitué par une décision du Service des Mines de 1925 refusant au concessionnaire italien de lui reconnaître ses droits sur un gisement, et perfectionné par un déni de justice abouti en 1933. La Cour s'est contentée de suivre la demande

fait illicite proprement dit continue. » (CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 148.)

³⁷⁵ C.P.J.I., arrêt du 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*, Italie c. France, *Série A/B*, n° 74, p. 26.

³⁷⁶ AGO (R.), « Septième rapport... », préc., p. 40, § 30.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 41, § 30.

italienne initiale, laquelle ne visait que la décision du Service des Mines, fait simple. Dès lors, la Cour s'est empressée d'ajouter qu'un différend issu de cet acte individuel ne pouvait entrer dans sa juridiction, laquelle était limitée aux différends issus de situations postérieures à 1931. Par là, elle entend nettement rejeter toute idée de fait continu à propos de la production d'un acte individuel, renforçant ainsi la thèse du fait illicite instantané à effet continu. Cette analyse est corroborée par l'opinion individuelle du juge Cheng Tien-hsi³⁷⁸.

L'affaire du *Mandat d'arrêt* pourrait prêter à confusion, dans la mesure où il était question d'un acte individuel qui continuait de produire ses effets tant que le ministre Yérodià n'avait pas été effectivement arrêté. Dès lors, on pourrait penser qu'on se trouve ici face à un fait illicite certes simple, mais également continu, ainsi que laissent à penser les propos tenus par la Cour³⁷⁹. Il n'en est toutefois rien : l'acte, individuel, n'est pas continu car ne peut s'appliquer à d'autres cas de figure que celui pour lequel il a été créé. Il s'épuise dans son application au ministre congolais, et ce même s'il n'a pas été effectivement exécuté. En attendant de son exécution, ce sont tout simplement ses effets qui persistent, mais on ne peut concevoir une épaisseur temporelle quelconque du fait illicite qui, en lui-même, est instantané. En outre, dans le cas d'espèce, de nombreuses réserves se seraient élevées quant à la dimension temporelle de l'acte en question³⁸⁰. Le principal obstacle à sa reconnaissance dans le cas qui nous occupe réside dans la cessation de l'obligation à la charge de la Belgique. En effet, M. Yérodià ayant entre temps cessé d'exercer ses fonctions de représentation sur lesquelles reposait son immunité de juridiction, cette dernière ne s'impose plus à la Belgique. Dès lors, si l'on se trouvait, ainsi que les propos de la Cour le laissent supposer, face à un fait illicite continu, force serait de constater qu'il serait devenu licite du fait de l'extinction de l'obligation envers M. Yérodià. Or la Cour, au stade de la rétribution de l'illicite, a ordonné une mise à néant de l'acte en question³⁸¹. Il est absolument inenvisageable que la C.I.J. ait pu ordonner l'annulation d'un acte juridique dès lors que ce dernier n'était plus contraire au droit international. Il ne pouvait s'agir ici d'une mesure de cessation d'une illicéité révolue. Si le fait illicite avait effectivement été continu, la Cour n'aurait pas eu d'autre

³⁷⁸ C.P.J.I., arrêt du 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*, opinion individuelle du juge Cheng Tien-hsi, préc., p. 36.

³⁷⁹ La Cour considère en effet que « (l)e mandat *subsiste et demeure illicite* nonobstant le fait que M. Yérodià a cessé d'être ministre des affaires étrangères. », C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 76.

³⁸⁰ Dans son opinion dissidente, la juge van den Wyngaert doutait du caractère continu du fait illicite, critiquant ainsi l'obligation secondaire de mise à néant du mandat d'arrêt, qui s'apparentait alors selon elle à une mesure de cessation de l'illicite, mesure qui ne devrait être attachée qu'à un fait illicite continu (*ibid.*, § 83, p. 183). Un auteur, considère ainsi que le fait du mandat d'arrêt était un fait continu, puisque la rétribution était telle (SASSOLI (M.), « L'arrêt Yérodià : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *R.G.D.I.P.*, 2002-4, p. 791-818, p. 757).

³⁸¹ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 76.

choix que de ne pas remettre en cause le droit de la Belgique de maintenir en vigueur ce mandat qui ne heurtait plus la règle de l'immunité, cherchant un autre moyen de réparation du préjudice subi, pour le fait illicite passé, par la R.D.C. On ne peut donc qu'analyser la production du mandat d'arrêt comme un fait illicite instantané, dont seuls les effets sont continus. Dès lors, ce comportement, privé d'épaisseur temporelle, ne peut devenir licite et la norme qui pèse sur M. Yérodia ne constitue plus rien qu'une conséquence, un effet juridique d'un fait illicite déjà consommé. Il apparaît dès lors parfaitement normal que la Cour ordonne que la Belgique mette fin aux effets d'une violation passée, aux fins de *restitutio in integrum*.

Citons enfin l'affaire *Pey Casado* portée devant un tribunal du CIRDI, dans laquelle des mesures de confiscations étaient en cause³⁸². Le tribunal juge que la dépossession « ne crée pas une situation continue de privation d'un droit »³⁸³, et s'avère ainsi antérieure à l'entrée en vigueur du traité de protection de l'investissement³⁸⁴. Il est ainsi clair que seuls les effets de la mesure individuelle ont un caractère de permanence, qui n'entache en rien l'instantanéité de la production d'un acte juridique individuel.

La production d'un acte juridique individuel peut ainsi réaliser la violation du droit international. Il faut toutefois se demander, en raison de la nature spécifique de la substance de cette violation, sur quel mode intervient effectivement cette violation.

§ 2. *Mode de violation*

A la différence de son exécution, « processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être »³⁸⁵, la production d'un acte juridique interne individuel normateur ne peut être entendue comme un comportement purement matériel. Dès

³⁸² Tal CIRDI, sentence du 8 mai 2008, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, n° ARB/98/2, *ICSID Rep.*, 2004. Certes, lesdites mesures ont été prises par décret ; mais ce dernier, constituant une mesure confiscatoire *directe* de l'investisseur, pouvait être considéré comme une mesure individuelle. Un auteur remarque ainsi que le fait d'exproprier *directement* l'investisseur doit toujours être entendu comme un fait illicite instantané (RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements...*, *op. cit.*, spéc. p. 275-276.)

³⁸³ Tal CIRDI, sentence du 8 mai 2008, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, n° ARB/98/2, *ICSID Rep.*, 2004, § 608.

³⁸⁴ Le Tribunal se considérera ainsi incompétent *ratione temporis*, n'envisageant sa compétence qu'en lien avec le champ d'application temporel du traité. Sur cette question, voir CREPET-DAIGREMONT (C.), « Application des traités dans le temps », *Gaz. Pal.*, 14-16 déc. 2008, p. 37-41.

³⁸⁵ THÉRY (P.), « Exécution », ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, XXV-1649 p., p. 678.

lors, peut-elle violer, à elle seule, une obligation internationale ? Lorsque la conduite de l'Etat dans son ordre juridique interne est matérielle, en effet, nul doute possible : elle peut être considérée comme un fait accompli contrairement au droit international. Ainsi, l'arrestation arbitraire d'individus pourrait constituer un comportement contraire aux exigences d'un traité d'établissement garantissant la liberté et la sûreté, et réalise donc un fait internationalement illicite. Que dire en revanche d'une décision administrative qui, en amont, ordonnerait l'internement des individus en question, décision qui ne serait pas fondée sur la loi, obligeant ainsi les agents de l'Etat à procéder à des arrestations arbitraires ? La conduite de l'Etat consiste ici simplement à vouloir faire ce qui reste encore en attente d'exécution. On verra toutefois que la production d'un acte juridique normateur, même sans exécution concrète, peut être en violation d'une obligation internationale (A). C'est bien le fait du droit interne, entendu comme *production d'un acte juridique* et non comme *état de la norme produite*, qui donnera naissance à une violation. Cette dernière interviendra sur le mode de l'illicéité et non de l'invalidité (B).

A. Absence d'exécution matérielle : la production de l'acte juridique contraire comme seule substance de l'illicite

Même si l'acte juridique individuel n'a pour effet que de produire une norme de droit interne, dès lors qu'il a un caractère *immédiatement exécutoire*, sa production peut réaliser à elle seule un fait internationalement illicite, sans besoin de son exécution concrète (1). Ce principe reste valable que l'acte en question soit d'origine législative, administrative ou judiciaire (2).

1. Production d'un acte immédiatement exécutoire, même inexécuté

a. Un acte *immédiatement exécutoire*

La production d'un acte juridique interne ne peut constituer un fait illicite que si ce dernier est *immédiatement exécutoire*, et que ses effets pèsent déjà sur une situation individuelle. Ce caractère d'un acte a parfaitement été mis en lumière par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Vagabondage*, à propos d'une ordonnance administrative d'internement. La Cour a en effet appuyé sur le fait que suite à cette décision, même si un autre acte avait été pris, « il n'y a jamais eu de nouvelle décision de l'administration » car il « se ramenait à un simple 'acte administratif d'exécution' de l'ordonnance (...) voir à 'une opération purement matérielle'. »³⁸⁶ Ces propos

³⁸⁶ Cour E.D.H., arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp*, préc., § 61, confirmant la décision de la Commission prise dans la même affaire. Notons toutefois que ce caractère immédiatement exécutoire a ici été établi

viennent éclairer l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire de la *Haute-Silésie*. La production d'un acte, une notification d'intention d'exproprier, partie de la procédure d'expropriation qui n'était pas arrivée à son point d'orgue, a constitué à elle seule une violation du droit international. Du point de vue de ce dernier, cet acte pouvait ainsi être considéré comme exécutoire car il affectait déjà un sujet interne et son droit de propriété, autrement dit une situation individuelle. Peu importait que le décret final d'expropriation, acte d'exécution, n'ait pas encore été produit : la notification d'intention d'exproprier, loin d'être entendue par la C.I.J. comme un simple acte préparatoire, avait pour effet de « graves restrictions au droit de propriété », même « dans l'attente du décret définitif d'expropriation »³⁸⁷. Ainsi, la production d'un acte juridique interne peut réaliser un fait internationalement illicite dès lors qu'il est considéré comme immédiatement exécutoire même s'il n'est pas définitif, autrement dit si des actes subséquents sont nécessaires à son exécution matérielle en droit interne ou si des recours existent à son encontre³⁸⁸.

Tout différent sont certains actes de droit interne qui, pour recevoir une mesure concrète d'exécution, doivent être devenus définitifs. Ainsi, dans la « catégorie spécifique des affaires où l'éloignement des étrangers était en jeu » selon l'expression de la Cour de Strasbourg³⁸⁹, l'existence de voies de recours empêche généralement toute mesure concrète d'expulsion, laquelle ne pourra être prise qu'à l'issue d'un long processus. Cas à part, l'épuisement des voies de recours internes devient ici une condition de l'illicite en raison du particularisme de ce type de décision en droit interne. La logique et le respect des droits du sujet interne concerné veulent qu'aucune expulsion ne puisse intervenir alors que l'intéressé dispose encore de voies de recours. Ainsi, en France, un refus de séjour ou de statut de réfugié ne peut être considéré par la Cour européenne comme contraire à la C.E.D.H. tant qu'un ordre de reconduite à la frontière, définitif, n'a pas été pris à l'encontre du requérant³⁹⁰. En outre, un acte juridique suspendu pourrait dans certains cas demeurer, potentiellement, exécutoire. Dans le cas des mesures d'éloignement d'étrangers en revanche, une simple privation temporaire d'effet juridique atteignant une certaine durée permet

in limine litis, afin de savoir si la Cour pouvait connaître de tels actes d'internement. Les ordonnances en question, au fond, n'ont toutefois pas été considérées contraires à l'article 5 de la C.E.D.H. (entre autres), seul l'absence de recours envers ces décisions constituant un fait internationalement illicite, en violation de l'article 5. 4, exigeant selon nous un comportement cette fois global.

³⁸⁷ C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, préc., p. 46.

³⁸⁸ Par exemple, la Cour européenne a pu connaître d'une affaire dans laquelle, en droit autrichien, une ordonnance de saisie a été exécutée malgré son caractère attaquant. Mesure temporaire, la saisie a été ultérieurement confirmée par une ordonnance de confiscation, mais la Cour a pu connaître des deux mesures : Cour E.D.H., arrêt du 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche, Série A*, n° 295-A, § 52-57. Elle l'aurait également pu, même si aucune saisie concrète ni aucune confirmation par mesure de confiscation n'était intervenue.

³⁸⁹ Cour E.D.H., arrêt du 15 janvier 2007, *Sysoyeva et autres c. Lettonie (radiation)*, req. 60654/00, sélectionné pour publication, § 93.

³⁹⁰ Cour E.D.H., arrêt du 27 août 1992, *Vijayanathan et Pusparajah c. France, Série A*, n°241-B, § 46 et Cour E.D.H., décision du 1^{er} mars 2005, *Etanji c. France*, req. 60411/00.

souvent, en droit interne, la réouverture de recours à l'encontre de ladite décision. En ce cas, la Cour de Strasbourg considère exceptionnellement que la production d'un acte seulement suspendu ne peut constituer un fait internationalement illicite³⁹¹. Ce n'est pas tant la suspension de l'acte qui lui ferait perdre son caractère illicite que la réouverture des recours : l'acte n'est plus définitif et donc, même potentiellement, plus exécutoire³⁹². On le voit : tout dépend en réalité de la procédure interne. Notons par exemple qu'en Lettonie, un refus de séjour est, à lui seul, un acte sur le fondement duquel une mesure concrète d'expulsion peut être prise sans besoin d'un quelconque acte administratif en ce sens. La Cour de Strasbourg a pu ainsi considérer qu'un tel refus, immédiatement exécutoire, constituait une violation de la C.E.D.H. même en l'absence d'un arrêté d'expulsion³⁹³.

Immédiatement exécutoire, l'acte juridique interne ainsi produit n'a toutefois pas besoin d'avoir reçu une exécution concrète pour que sa production puisse, à elle seule, réaliser un fait internationalement illicite.

b. Un acte inexécuté

Ainsi que le professeur Santulli le démontre dans sa thèse, nul besoin d'attendre « l'exécution » du « produit légal » pour réaliser la violation du droit international³⁹⁴. Immédiatement exécutoire, l'acte individuel peut potentiellement réaliser, à lui seul, une situation individuelle contraire à celle exigée par le droit international. Pour cette raison, le rapport qu'il entretient avec l'obligation internationale requérant de l'Etat ce comportement opératif pourrait non seulement être qualifié d'incompatibilité – incompatible étant tout acte qui pose un obstacle

³⁹¹ Voir par exemple Cour E.D.H., décision du 18 janvier 2005, *Pellumbi c. France*, req. 65730/01, ou encore Cour E.D.H., décision du 5 juin 2007, *Ghosh c. Allemagne*, req. 24017/03. La Cour raisonne en réalité à partir de l'examen de la condition de « victime » ce qui, on le verra, revient souvent à un examen *prima facie* de la possibilité d'une violation de la Convention. Voir également : Cour E.D.H., arrêt du 11 octobre 2001, *Kalantari c. Allemagne (radiation)*, Rec., 2001-X, § 55-56 ; Cour E.D.H., arrêt du 10 avril 2003, *Mebemi c. France (n° 2)*, Rec., 2003-IV, § 54, Cour E.D.H., décision du 14 novembre 2000, *Benamar et autres c. France*, req. 42216/98 ; Cour E.D.H., décision du 18 janvier 2005, *Djemilji c. Suisse*, req. 13531/03 ; Cour E.D.H., décision du 13 octobre 2005, *Yildiz c. Allemagne*, req. 40932/02.

³⁹² Voir en ce sens Cour E.D.H., décision du 1^{er} mars 2005, *Etanji c. France*, préc., où un arrêté d'expulsion se voit suspendu suite à une demande d'abrogation. Il perd ainsi son caractère définitif et exécutoire dont il était pourvu avant ce recours.

³⁹³ Cour E.D.H., arrêt du 16 juin 2005, *Syssoyeva et autres c. Lettonie*, n° 60654/00, §104. Cet arrêt sera toutefois modifié en 2007 par un arrêt en Grande Chambre précité, dans lequel les mesures subséquentes ouvrant des recours aux intéressés, leur permettant d'acquiescer un titre de séjour, faisaient disparaître le litige : Cour E.D.H., arrêt du 15 janvier 2007, *Syssoyeva et autres c. Lettonie (radiation)*, préc.

³⁹⁴ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 368-380.

au respect de l'obligation de droit international – mais, au-delà, de *contrariété*. Pour davantage de clarté, les actes individuels qui réalisent une situation différente de celle prescrite par le droit international seront donc qualifiés de *contraires* à celui-ci.

Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la production de l'acte de 1920 établissant un monopole et dépossédant un ressortissant étranger était considérée à elle seule comme le possible fait internationalement illicite. Nul besoin, selon la Cour, d'attendre une éventuelle exécution concrète de ce dernier : l'Italie souhaitait en effet que soient prises en compte la formation du cartel phosphatier, et la participation concrète de l'administration marocaine à ce cartel, comme réalisations de l'acte contraire. Or, selon la Cour, ces faits d'exécution n'ont en rien modifié l'état des choses issu du dahir de 1920, et n'affecteraient ainsi pas l'éventuelle illicéité de sa production³⁹⁵. Cet exemple topique abonde largement dans le sens de nos conclusions : la production d'un acte individuel contraire à une obligation internationale suffit à caractériser un fait internationalement illicite, sans qu'il soit besoin d'attendre une éventuelle exécution concrète de celui-ci.

Le professeur Verhoeven est particulièrement clair en ce sens, relativement à la violation de l'obligation de respect des immunités des représentants d'un Etat étranger : il considère en effet qu'« une entrave en quelque sorte *virtuelle* à l'exercice des fonctions suffit ; il n'est pas requis qu'elle soit *effectivement réalisée* »³⁹⁶. Il était ici question de la production d'un acte judiciaire dans l'affaire *Yérodiá*, sur laquelle nous allons revenir. En effet, la production d'un acte juridique individuel, contraire à une obligation de comportement aux modalités déterminées de l'Etat, donnera lieu à une violation de cette dernière, quel que soit l'organe à l'origine de cet acte interne.

2. Production d'actes juridiques individuels de toute catégorie

Les faits de tous organes de l'Etat, législatifs, exécutifs ou judiciaires, sont entendus par le droit international comme des comportements attribuables à celui-ci. La nature de leur activité n'entre pas dans l'examen de l'imputabilité de leurs actes à l'Etat sur le plan international, et on doit seulement se demander si, objectivement, leur comportement constitue un manquement à

³⁹⁵ C.P.J.I., arrêt du 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc* (exceptions préliminaires), *Série A/B*, n° 74, p. 26.

³⁹⁶ VERHOEVEN (J.), « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », *Actualité et Droit international*, <<http://www.ridi.org/adi>>, p. 2.

une obligation internationale³⁹⁷. La production d'un acte juridique individuel législatif (a.), administratif (b.) ou judiciaire (c.) pourra ainsi réaliser un fait internationalement illicite.

a. Un acte législatif

Une législation peut créer une norme individuelle. Bien que représentant une situation exceptionnelle, ce cas de figure doit être envisagé. La production d'un tel acte serait ainsi, en elle-même, un fait internationalement illicite, ainsi que nous le démontre une sentence de 1956 rendue entre la France et la Grèce³⁹⁸. Une loi crétoise – la Grèce, Etat successeur, se devait d'en répondre – exemptait en effet du paiement des droits de phares une compagnie privée, violant ainsi un contrat de concession que l'Etat s'était engagé à respecter. La législation est ici sans nul doute un acte individuel : elle ratifie un contrat déterminé, passé entre le Gouvernement crétois et une compagnie de navigation. Ainsi, selon le Tribunal arbitral, « il s'agit de la violation d'une clause contractuelle par le pouvoir législatif d'un Etat insulaire autonome »³⁹⁹. Il est ici particulièrement clair que seul l'acte juridique produit constituait la substance de la violation : aucune exécution concrète par l'Etat ne pouvait en effet être envisagée⁴⁰⁰.

L'avis de la C.I.J. relatif à *l'Accord de Siège*⁴⁰¹, qui pose la question de l'existence d'un différend entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis relatif à l'application et l'interprétation dudit accord protégeant les missions onusiennes établies sur le territoire américain, nous démontre également que la production d'une législation peut être la réalisation d'une violation du droit international. L'Etat avait pour projet d'adopter une loi interdisant l'établissement et le maintien sur son territoire de bureaux de l'Organisation de libération de la Palestine, membre observateur permanent des Nations Unies. Une incompatibilité se pose d'emblée entre cette législation et le droit international obligeant à une protection des missions. Les Etats-Unis arguent toutefois qu'un différend ne peut encore être né, du fait de l'absence de mesures d'exécution prises à l'encontre de la délégation palestinienne. Le professeur Poirat relève que la Cour prend uniquement les mesures d'application de la loi en considération, et que

³⁹⁷ AGO (R.), « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1971, vol. II, 1^{re} partie, p. 257.

³⁹⁸ C.P.A., sentence arbitrale des 24 et 27 juillet 1956, *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire Ottoman* (France c. Grèce), *R.S.A.*, vol. XII, p. 161-257.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 198.

⁴⁰⁰ On pourrait en effet, à propos de contrat de personnes publiques, envisager des mesures de police aux fins d'exécution, prises à l'encontre du concessionnaire récalcitrant. On voit toutefois mal comment une société exploitante de phares aurait pu tenter de priver un armateur déterminé de ses services en raison de son non-paiement autorisé par la loi, justifiant ainsi des mesures d'exécution prises à son encontre.

⁴⁰¹ C.I.J., avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, *Rec.*, p. 12-35.

l'énoncé de celle-ci n'aurait pu être en lui-même une violation de l'accord⁴⁰². Or, l'objet de l'avis n'est pas de déterminer si la violation de l'obligation est déjà consommée, ni même d'établir si cette consommation est *possible*, puisque ce n'est pas une question d'intérêt à agir qui lui est posée, mais qu'elle doit simplement établir l'existence d'un différend entre les parties. Et dans l'examen de cette question, elle prend bien au contraire soin d'établir que celle-ci modifie en elle-même la situation individuelle de la mission de l'O.L.P. à New York internationalement protégée par l'accord⁴⁰³. Cette législation pose en effet une interdiction aux représentants palestiniens de se maintenir sur le territoire américain, norme pesant sur ces derniers dès la promulgation de l'acte législatif et sans besoin de norme d'application subséquente. L'« ordre » et la « demande d'injonction », ainsi que l'éventuelle injonction prononcée ne sont que des mesures d'exécution forcée de la loi auxquelles le droit international reste indifférent. Lorsque la Cour parle de « mesures » prises à l'encontre de la délégation palestinienne, elle englobe très nettement la loi. Les mesures subséquentes effectivement prises ou en attente de l'être ne créent aucune norme individuelle⁴⁰⁴. Cette interprétation est confirmée par la déclaration du juge Elias subséquente à cet avis, qui détermine que l'entrée en vigueur de la loi constitue à son sens la date de la naissance du différend⁴⁰⁵.

Bien entendu, ces illustrations nous fournissent des exemples d'actes issus du pouvoir législatif, sans toutefois constituer des lois au sens matériel du terme. Ni générale ni abstraite, la norme contenue dans l'acte d'origine parlementaire n'en est pas pour le moins individuelle. Ce qui reste traditionnellement l'apanage des actes administratifs et juridictionnels.

⁴⁰² POIRAT (F.), *Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, 506 p., p. 275.

⁴⁰³ « Bien que la loi couvre tout bureau de l'OLP se trouvant sur le territoire relevant de la juridiction des Etats-Unis et qu'elle ne mentionne pas expressément le bureau de la mission permanente d'observation de l'OLP auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York, il apparaît que son objet principal, sinon exclusif, était la fermeture de ce bureau. L'*Attorney General* des Etats-Unis a estimé le 11 mars 1988 qu'il était dans l'obligation de faire procéder à une telle fermeture ; il en a informé la mission et a demandé aux tribunaux américains une injonction interdisant aux intéressés 'de continuer à violer la loi'. » C.I.J., avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, préc., p. 30, montre à notre sens que la loi touche automatiquement à la situation individuelle internationalement protégée.

⁴⁰⁴ L'ordre de l'*Attorney général* était ainsi formulé : « les dispositions de la 'loi contre le terrorisme de 1987' (...) entrèrent en vigueur le 21 mars 1988. La loi interdit, notamment, à l'O.L.P. d'établir ou de maintenir un bureau sur un territoire relevant de la juridiction des Etats-Unis. En conséquence, à compter du 21 mars 1988, le maintien de la mission d'observation de l'O.L.P. auprès de l'Organisation des Nations Unies aux Etats-Unis serait illégal. La loi charge l'*Attorney General* de faire appliquer la loi. A cette fin, je tiens à vous informer qu'au cas où vous ne vous conformeriez pas aux dispositions de la loi le département de la justice saisirait un tribunal fédéral des Etats-Unis pour obtenir que vous vous y conformiez. » *Ibid.*, p. 23.

⁴⁰⁵ « I do not think that that dispute will only become crystallized when and if the Congress legislation is confirmed by the New York District Court (...). Nor do I accept that the efficacy in that respect of the Congress Act as signed by the President depends on the giving or withholding of the assurances sought by the United Nations Secretary-General from the Administration. » *Ibid.*, déclaration du juge Elias, p. 36. Il faudrait selon lui amender le texte car il est en lui-même suffisant pour faire naître un différend.

b. Un acte administratif

Les actes administratifs constituent le cas topique d'actes individuels dont la production peut à elle seule constituer un fait internationalement illicite. Dans l'arrêt précité de la *Haute-Silésie polonaise*, une notification, par l'administration polonaise, de son intention d'exproprier des biens allemands protégés par la Convention de Genève de 1922 constituait la violation des obligations issues de cette dernière. Comme on a déjà pu le noter, la Convention de Genève a été interprétée ici extensivement, comme protégeant le droit de propriété de toute atteinte sans attente d'un comportement global de l'Etat ; toutefois, si l'épuisement des voies de recours internes n'était alors pas une condition de réalisation du fait internationalement illicite, ce dernier pouvait-il être consacré par un seul acte préparatoire d'une expropriation, dont les effets concrets sur lesdits intérêts allemands n'ont pas été perçus ? La Cour note bien que, même si les propriétés n'ont pas été expropriées dans les faits, par un ordre d'exécution en ce sens,

« dès le moment de la notification et sans aucun délai, l'expropriation est possible aux termes de la Convention de Genève et constitue ainsi pour le propriétaire une menace qui peut durer deux ans, et, finalement, parce que (...) la notification une fois faite, le propriétaire ne peut, sans le consentement du Gouvernement polonais, aliéner par acte *inter vivos* ni le fonds à exproprier, ni ses accessoires ; de sorte que la notification renferme de graves restrictions au droit de propriété. »⁴⁰⁶

Autrement dit, nul besoin d'exécution d'une expropriation pour heurter de plein fouet l'interdiction de porter atteinte au droit de propriété, dès lors qu'un acte normateur fait peser sur ladite propriété un poids qui, même virtuellement, la prive de tout intérêt. De nombreuses illustrations se trouvent dans le contentieux Etat-investisseurs⁴⁰⁷. L'activité administrative est en effet la plus à même de porter atteinte aux droits des investisseurs internationalement protégés⁴⁰⁸ :

⁴⁰⁶ C.P.J.I., arrêt du 25 août 1925, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (exceptions préliminaires)*, Allemagne c. Pologne, *Rec., Série A*, n° 6, p. 25-26. La Cour examinait en l'occurrence l'exception d'incompétence soulevée par la Pologne, selon laquelle la requête était prématurée avant toute mesure d'exécution. Elle tint le même raisonnement au fond : C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, préc., n° 7, p. 46.

⁴⁰⁷ Voir la jurisprudence arbitrale citée par MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats – Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, XIII-727 p., p. 555-559. Il est toutefois difficile d'isoler, dans les arbitrages y relatifs, les normes individuelles étatiques de leur exécution matérielle.

⁴⁰⁸ MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats – Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, XIII-727 p., p. 556. L'auteur relève, p. 443-444, que la jurisprudence du CIRDI tend à considérer la mesure étatique en raison de son effet sur l'investissement, la désignant de manière aléatoire par les termes de « saisie », « dépossession », « appropriation », « confiscation », « nationalisation » ou « expropriation » (voir notamment Tal CIRDI, sentence du 8 août 1980, *B&B c. Congo*, n°ARB/77/1). L'auteur critique à juste titre ce manque de rigueur, « en ce qu'elle laisse à penser que ces divers termes sont équivalents alors que littéralement ils désignent qui des décisions de justice, qui des actes juridiques, qui le résultat auquel aboutissent ces actes ou décisions ». Il note cependant qu'aucune « typologie fondée sur la nature juridique de la mesure prise par l'Etat » n'est en cours. Il est ainsi particulièrement délicat d'interpréter les sentences CIRDI dans le cadre de notre sujet.

expropriations, autrement dit actes administratifs de dépossession de biens individualisés⁴⁰⁹, mais aussi actes d'effet équivalent peuvent être contraires aux obligations internationales de protection des investisseurs et donner lieu, du seul fait de leur production, à des faits internationalement illicites.

De la même façon, dans l'affaire *Marguerite Joly de Sabla*⁴¹⁰, un acte administratif individuel, en l'occurrence la délivrance de licences d'exploitation portant sur le terrain d'un national américain, a été considéré en lui-même comme un fait internationalement illicite imputable au Panama. M. Santulli note fort justement que « (c) n'est pas l'exploitation du terrain par le bénéficiaire de la licence qui constitue le fait internationalement illicite, mais le produit légal interne résultant de l'acte administratif »⁴¹¹. Nul besoin d'utilisation, par le tiers bénéficiaire, de l'acte juridique, ni même d'exécution forcée par les autorités étatiques pour consacrer l'illicéité. La production de l'acte individuel est suffisante.

L'arrêt *Soering* déjà évoqué fournit un autre parfait exemple d'une production d'un acte administratif qui constitue, sans exécution subséquente, la violation des obligations internationales incombant aux Etats parties à la C.E.D.H. Ainsi qu'on a pu le voir précédemment, l'interdiction de traitements inhumains et dégradants a été interprétée de manière extensive comme une obligation de comportement déterminé, interdisant toute extradition vers un Etat pratiquant de tels traitements. En l'occurrence, la Grande-Bretagne a émis un arrêté d'extradition envers M. Soering, le soumettant à la justice américaine qui le promettait au couloir de la mort. La Cour, ayant considéré que cette pratique constituait un traitement inhumain et dégradant, a regardé l'acte d'extradition comme générateur de la responsabilité de l'Etat. Toutefois, l'arrêt prête à confusion puisque la Cour y affirme en conclusion que « la décision ministérielle de livrer le requérant aux Etats-Unis violerait l'article 3 (...) si elle recevait exécution. »⁴¹² Ces propos laissent à penser que, contrairement à ce que nous cherchons à démontrer, la violation de la convention n'interviendrait qu'au jour de l'exécution matérielle de l'acte – autrement dit la livraison du condamné à l'Etat tiers – et non par la seule production de l'acte administratif qui rend cette livraison obligatoire, la faisant peser sur le requérant. En effet, on peut noter que ce dernier n'a effectivement pas été soumis à un tel traitement, le Royaume-Uni s'étant soumis aux

⁴⁰⁹ Pour une définition des termes relatifs à la dépossession, voir CARREAU (D), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2007, XI-744 p., § 1431-1432, p. 531-533. L'expropriation sans indemnité est la forme topique de violation des droits d'un investisseur étranger.

⁴¹⁰ Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama, décision du 29 juin 1933, *Marguerite de Joly de Sabla*, R.S.A., vol. VI, p. 358 et s., p. 368-370.

⁴¹¹ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, op. cit., p. 374.

⁴¹² Cour E.D.H., arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, préc., § 111, nous soulignons.

mesures provisoires ordonnant son inexécution, prises par la Commission⁴¹³ puis par la Cour⁴¹⁴ européennes. En réalité, cet argument vient à l'appui de notre démonstration. Si l'arrêté d'extradition n'a pas été exécuté, ce n'est pas en raison d'une caractéristique propre à cet acte, lequel devrait attendre la production d'un acte subséquent pour pouvoir être exécuté. Bien au contraire, la décision ministérielle britannique était d'application automatique, et exécutoire. Cette exécution n'a été que retardée, en respect de nouvelles obligations y relatives prononcées par les organes européens. Malgré cela, l'acte reste potentiellement efficace. Il n'est pas question ici d'un risque de violation de l'article 3, dès lors qu'il sera exécuté. Bien au contraire, la violation est consacrée par la Cour, laquelle ira même jusqu'à déclencher le mécanisme de rétribution propre au droit de la C.E.D.H.⁴¹⁵. En réalité, il n'est nulle question d'un risque de violation de l'article 3, non encore intervenu en attente d'exécution d'un acte juridique interne individuel, mais bien d'un fait internationalement illicite réalisé par la simple production de ce dernier, car contraire à une obligation extensivement interprétée comme interdisant justement ce risque de traitement inhumain ou dégradant.

c. Un acte juridictionnel

Le pouvoir judiciaire peut se voir imputer un fait internationalement illicite pour la seule production d'un acte juridictionnel, et non nécessairement pour l'ensemble de son activité, ainsi que nous l'avons précédemment vu. Dès lors, le fait illicite sera consacré avant l'épuisement des voies de recours internes mais également par la seule production d'un tel acte, sans nécessité d'une quelconque mesure d'exécution. C'est notamment ce qui ressort de la sentence arbitrale *Martini*. Ainsi qu'on a déjà pu l'évoquer, deux séries d'obligations étaient ici en cause : celles, globales, issues du traité de 1861, mais également celles, spéciales et déterminées, issues d'une précédente décision arbitrale que le Venezuela devait respecter, en l'occurrence en octroyant réparation à la Maison Martini afin de garantir le respect de son contrat de concession. Or le pouvoir judiciaire de ce dernier, par un arrêt de Cassation de 1905, en a infirmé le jugement, et imposé au ressortissant italien des obligations de paiement. Un fait internationalement illicite est alors aussitôt reconnu, du seul fait de la production d'une décision juridictionnelle contraire à ladite sentence⁴¹⁶. N'étant pas face à une obligation de protection judiciaire mais à une obligation plus spécifique, un acte juridictionnel peut parfaitement, à lui seul, constituer la substance d'une

⁴¹³ *Ibid.*, § 7.

⁴¹⁴ *Ibid.*, § 44.

⁴¹⁵ « Aucune infraction à l'article 3 (art. 3) n'a encore eu lieu. Néanmoins, la Cour a conclu que la décision ministérielle de livrer le requérant aux Etats-Unis entraînerait une si elle était mise en œuvre ; partant, il faut considérer l'article 50 (art. 50) comme applicable en l'espèce. » *Ibid.*, § 126.

⁴¹⁶ Sentence du 3 mai 1930, *Martini*, préc., p. 996.

illicéité. Dès lors, nul besoin d'une quelconque exécution forcée de cet acte, ainsi que le précise très clairement la sentence. En effet, le Tribunal énonce dans son dispositif que « les parties de l'arrêt du 4 décembre 1905 qui sont entachées d'injustice patente, imposent à la Maison Martini certaines obligations de paiement. Bien que ce paiement n'ait jamais été effectué (...), les obligations existent en droit »⁴¹⁷. Le Tribunal met donc bien l'accent sur l'importance de la norme individuelle et l'effacement de son exécution dans la détermination de l'illicite. M. Santulli abonde en ce sens, considérant que, nonobstant l'absence de mesures d'exécution forcée, « (l)e Venezuela est internationalement responsable de la création d'un produit légal interne (l'obligation de paiement de la Maison Martini) en violation d'une obligation internationale. »⁴¹⁸

En l'affaire du *Mandat d'arrêt*, alors que la Belgique s'oppose à ce qu'un mandat d'arrêt, acte juridique interne encore inexécuté, puisse constituer la substance d'un fait internationalement illicite, la R.D.C. quant à elle considère « que la simple émission de ce mandat constituait (...) un acte de contrainte dirigé contre la personne de M. Yerodia, même en l'absence d'exécution », car « exécutoire de plein droit et sans formalité particulière en Belgique »⁴¹⁹, caractérisant ainsi un comportement contraire à l'immunité de juridiction dont ce dernier bénéficiait. La R.D.C insiste dans son mémoire sur l'aspect contraignant du mandat d'arrêt, sa simple production réalisant ainsi le fait illicite :

« (l)e mandat d'arrêt, en ce qu'il ordonne à tout agent de la force publique de prêter son assistance à l'exécution du prescrit qu'il contient, suffit par lui-même à réaliser cette violation du droit international coutumier, les agents en question n'ayant pas la liberté de refuser d'y donner suite. La délivrance du mandat d'arrêt n'a en effet de sens que dans la perspective de l'arrestation de la personne qui y est mentionnée, et il ne faut point attendre que celle-ci soit réalisée pour considérer que l'atteinte à l'immunité pénale du dignitaire étranger a lieu. Celle-ci est parfaitement réalisée par l'acte de contrainte que constitue intrinsèquement le mandat d'arrêt, lequel manifeste la volonté d'obtenir l'arrestation physique de la personne visée... »⁴²⁰

Tout le problème, on le voit, tourne autour du caractère normateur de l'acte juridique dont il est question. La Cour note bien le fait que le mandat d'arrêt soit porteur d'une norme, mais elle met aussitôt l'accent sur son caractère individuel et non général ; M. Yérodiya y est en effet cité. Ceci

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 1002.

⁴¹⁸ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, préc., p. 370.

⁴¹⁹ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 63.

⁴²⁰ C.I.J., Mémoire de la République démocratique du Congo du 15 mai 2001, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, <www.icj-cij.org>, § 51 p. 31.

afin de mettre en exergue le fait que cet acte n'a nul besoin d'application pour constituer en lui-même la substance d'un fait internationalement illicite. En effet, « (l)a Cour note que l'émission du mandat d'arrêt litigieux, comme telle, constitue un acte de l'autorité judiciaire belge ayant vocation à permettre l'arrestation, sur le territoire belge, d'un ministre des affaires étrangères en exercice (...). Le caractère exécutoire du mandat ressort clairement de l'injonction adressée 'à tous les huissiers de justice et agents de la force publique... de mettre le présent mandat d'arrêt à exécution'... »⁴²¹. Norme posée, elle n'en est pas moins une injonction faite aux organes de l'Etat, sans qu'une norme d'application subséquente soit nécessaire pour en déclencher les effets matériels⁴²². Elle pèse ainsi concrètement sur un individu, en l'occurrence représentant d'un Etat étranger, même si aucun comportement matériel de l'Etat ne peut ici être décelé. Peu importe que M. Yérodia ait été *concrètement* empêché dans l'exercice de son activité diplomatique, dès lors qu'une *entrave juridique* existait, du fait d'une norme pesant sur lui⁴²³.

C'est ainsi la production de l'acte juridique individuel, normateur, et non un comportement purement matériel telle l'exécution de l'acte qui réalise à elle seule le fait internationalement illicite. Dès lors, une interrogation surgit : est-il réellement question de l'illicéité de la production de cet acte, ou doit-on envisager ici une forme d'invalidité de l'acte juridique interne en lui-même ? On doit à présent démontrer que la violation du droit international intervient bien sur le mode du fait illicite.

B. Violation de l'obligation internationale sur le mode de l'illicéité

Dans la mesure où un acte juridique interne normateur est seul à l'origine d'une violation d'une obligation internationale, hors tout comportement concret de l'Etat, on peut légitimement se demander si cette violation n'interviendrait pas davantage sur le mode de la nullité de l'acte en question. Au sein d'un ordre juridique, il existe en effet des formes de manquement qui appellent l'invalidité de l'acte contraire, et non l'illicéité d'un comportement. Bien que ce mode de violation ait des traits communs avec une nullité, cette logique doit toutefois être récusée (1) La violation

⁴²¹ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 70

⁴²² *Contra*, voir le juge Oda, pour qui le mandat d'arrêt international n'avait aucun caractère normateur sur les Etats étrangers à qui il s'adressait, et ne pouvait donc, sans exécution, constituer un fait internationalement illicite. *Ibid*, opinion dissidente du juge Oda, § 13 : « *It bears stressing that the issuance of an arrest warrant by one State and the international circulation of the warrant through Interpol have no legal impact unless the arrest request is validated by the receiving State. (...) The crucial point in this regard is not the issuance or international circulation of an arrest warrant but the response of the State receiving it.* » C'est bien entendu l'effet normateur *en droit interne*, quant à lui indéniable, qui a davantage été pris en considération par la Cour.

⁴²³ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 71.

du droit international par la production d'un acte juridique interne ne peut être entendue que comme une forme d'illicéité (2).

1. Impossibilité de la nullité d'un acte juridique interne contraire à une obligation internationale

Mme Marek, dans un article consacré aux rapports de système dans la jurisprudence de la Cour Permanente, remarque en 1962 que la violation du droit international par l'Etat a lieu, au moins dans la grande majorité des cas, au moyen de son droit interne. Le juge international porte son regard sur les normes de droit interne et non seulement les comportements concrets de l'Etat, les premières pouvant, à son avis, tout autant constituer des faits illicites⁴²⁴. C'est toutefois bien une violation sur le mode de la nullité que l'auteur évoque : elle considère en effet qu'un véritable rapport de *conformité* de la norme interne à la norme internationale s'établit⁴²⁵. De nombreux points rapprochent en effet la violation du droit international précédemment décrite d'une forme d'illégalité internationale des actes juridiques internes. Les obligations internationales requérant de l'Etat un comportement aux modalités déterminées, tout d'abord, pourraient fortement ressembler à des règles de validité des actes juridiques internes, posant des conditions de forme comme des conditions de fond. Un principe de légalité existerait donc en droit international, relativement au droit interne. Au niveau de la forme, le droit international « saisirait d'abord l'opération d'édiction de normes, l'opération normatrice, c'est-à-dire l'ensemble plus ou moins complexe de 'faits et gestes' d'êtres humains (...) qui doivent accompagner et comme habiller l'édiction des normes »⁴²⁶ ; sur le fond, il poserait des standards généraux avec lesquels les normes internes devraient être compatibles. On pourrait dès lors raisonner par analogie avec le principe de légalité de droit interne, et notamment de droit administratif français⁴²⁷. La violation de ces règles serait perçue comme une irrégularité de l'acte interne par infraction aux règles de droit international sur l'exercice du pouvoir – règles de formes – ou bien une irrégularité de l'acte interne par infraction aux règles de droit international sur le fond du pouvoir – règle de fond. On pourrait ainsi distinguer entre les irrégularités tenant au but de l'édiction de l'acte, à ses conditions objectives d'édiction, à la contrariété de la norme interne avec la règle internationale qui la déterminerait, ou encore à l'organe qui n'avait pas le pouvoir de l'édicter.

⁴²⁴ MAREK (K.), « Les rapports entre le droit international et le droit interne... », *op. cit.*, p. 268-277.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 277-285.

⁴²⁶ EISENMANN (Ch.), *Le droit administratif et le principe de légalité*, *op. cit.*, p. 33.

⁴²⁷ EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, 325-326.

C'est à partir de ce dernier point que des objections s'élèvent à l'encontre de la reconnaissance d'un principe de légalité du droit interne en droit international. Les règles internationales habiliteront-elles en effet les organes de droit interne ? Le concept même de souveraineté implique que les Etats sont en principe libres d'agir tant qu'aucune règle de droit international ne vient limiter cette liberté, ainsi que l'a affirmé la C.P.J.I. dans l'affaire du *Lotus*⁴²⁸. Un Etat souverain ne pourrait donc voir ses organes *habilités* par une norme extérieure à son ordre juridique, et supérieure à ce dernier. Les seuls exemples cités à l'appui du raisonnement de Mme Marek ont en réalité trait à des actes juridiques internes qui tendent à produire des effets en droit international⁴²⁹. En outre, cette question de validité ne se posait que dans l'ordre juridique international, et non du droit international envers le droit interne. Prenons l'exemple de l'affaire *Nottebohm*, dans laquelle un acte juridique interne d'attribution de nationalité était en cause devant la C.I.J.⁴³⁰ Il était en effet question de la conformité de cet acte aux règles internationales déterminant les conditions d'attribution de nationalité, afin de déterminer s'il pouvait produire des effets internationaux, et permettre une action en protection diplomatique du Liechtenstein⁴³¹. Certes, en ce cas, ladite production d'acte juridique interne ne serait pas illicite, entraînant une éventuelle responsabilité de l'Etat. La rétribution du conflit qui l'oppose au droit international se placerait sur le plan de la validité : il serait dépourvu de tout effet légal dans cet ordre. L'Etat qui en est l'auteur ne pourrait alors exercer la protection diplomatique en s'appuyant sur ce rattachement inexistant pour l'ordre qui l'intéresse⁴³². En revanche, quant à l'acte juridique dans son versant interne, la Cour précise bien que sa validité n'est pas en question :

« (i)l appartient au Liechtenstein comme à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation.

⁴²⁸ C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, France c. Turquie, *Série A*, n°10, p. 1 et s., p. 18 : Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci (...). Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas. »

⁴²⁹ Voir *supra*, notre introduction générale.

⁴³⁰ C.I.J., arrêt du 6 avril 1955, *Nottebohm (deuxième phase)*, préc.

⁴³¹ Dans ses conclusions, le Guatemala demandait en effet que le demandeur soit débouté, notamment « parce que la naturalisation n'a(vait) pas été accordée au Sieur Nottebohm en conformité avec les principes généralement reconnus en matière de nationalité », *ibid.*, p. 11. Pour la Cour : « C'est le droit international qui détermine si un État a qualité pour exercer la protection et saisir la Cour. La naturalisation de Nottebohm est un acte accompli par le Liechtenstein dans l'exercice de sa compétence nationale. Il s'agit de déterminer si cet acte produit l'effet international ici considéré », *ibid.*, p. 21. Voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, *op. cit.* p. 547.

⁴³² La Cour considère en effet que « la vraie question » qui lui est soumise « est celle de la recevabilité de la réclamation du Liechtenstein pour le compte de Nottebohm », *ibid.*, p. 16. Cette nationalité « a été octroyée sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité ». Ainsi, « (l)e Guatemala n'est pas tenu de reconnaître une nationalité ainsi octroyée. En conséquence, le Liechtenstein n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala et il doit être, pour ce motif, déclaré irrecevable en sa demande. », p. 26. On remarquera que la Cour n'emploie pas le terme de nullité de l'acte interne, ne raisonnant que dans le cadre des relations intersubjectives entre les deux Etats, autrement dit selon une « logique d'inopposabilité », et non de manière objective (sur ce point, voir COMBACAU (J.), « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 195 et s.)

Il n'y a pas lieu de déterminer si le droit international apporte quelques limites à la liberté de ses décisions dans ce domaine. »⁴³³

En réalité, les actes qui nous occupent diffèrent fortement de cet exemple, ne projetant jamais leurs effets dans l'ordre juridique international. Purement internes, leur inopposabilité internationale est de toute manière acquise. Jamais une juridiction internationale n'a pu envisager un tel acte comme non valide⁴³⁴.

Seule la juridiction communautaire se rapproche d'une telle logique. Dans l'arrêt *Humblet*, la C.J.C.E., considérant que la taxation d'un fonctionnaire de la CECA à un impôt complémentaire établi par la loi belge est intervenue contrairement au droit communautaire, n'offre d'autre choix à la Belgique que d'annuler cet acte. Certes, elle ne procède pas elle-même à son annulation⁴³⁵. De plus, elle semble raisonner en terme de licéité : de manière très générale, la Cour estime en effet que si elle « constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État est obligé, en vertu de l'article 86 du traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les *effets illicites* qu'il a pu produire »⁴³⁶. Toutefois, la suite de son argumentation nous convainc définitivement : le droit communautaire se place, dans son contrôle de la compatibilité du droit interne, dans une logique de validité de ce dernier. L'obligation d'annulation résulte en effet « du traité et du protocole qui ont force de loi dans les États membres à la suite de leur ratification et qui l'emportent sur le droit interne »⁴³⁷. L'idée d'une hiérarchie entre normes communautaires et normes internes est, au contraire du droit international, présente ici. Paradoxalement, la C.J.C.E. ne parle que de la « primauté » du droit communautaire, se gardant d'employer le vocable de « supériorité » pourtant employé en droit international. C'est pourtant bien de cela dont il s'agit ici, puisque, « à la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions »⁴³⁸. Certes, la

⁴³³ *Ibid.*, p. 20.

⁴³⁴ Seule la sentence *Martini* laisse subsister un doute, lorsque le tribunal arbitral énonce qu'il « prononc(e) (l')annulation » des actes juridiques internes contraires aux obligations de l'État (Sentence du 3 mai 1930, *Martini*, préc., p. 1002). En vérité, le Tribunal reste parfaitement ancré dans une logique d'illicéité même ce faisant, car il entend souligner par là « qu'un acte illicite a été commis ». L'annulation de l'acte (dont on verra qu'elle ne peut véritablement être réalisée par le tribunal international, lequel n'entendait maladroitement qu'accentuer l'obligation à la charge de l'État d'y procéder lui-même, voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 1, et Titre 2, *Chapitre 1*, Section 1) ne serait qu'une mesure de réparation de ce fait internationalement illicite. M. Santulli confirme bien que le Tribunal « ne constate pas la 'nullité d'un acte illicite' » (SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 370).

⁴³⁵ Voir *infra*, Seconde Partie, Titre 2.

⁴³⁶ C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Humblet c. Belgique*, 6/60, *Rec.*, p. 1146, nous soulignons.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, préc., p. 1158-1159.

juridiction communautaire ne prononce pas elle-même l'annulation du droit interne⁴³⁹. D. Simon note en outre que le droit communautaire originaire ne contient aucune règle expresse de résolution des conflits avec le droit interne⁴⁴⁰. Mais on doit admettre que les arrêts de la CJCE conduisent, *ipso facto*, à une paralysie définitive du droit interne, traité à la manière du droit d'un Etat fédéré en conflit avec le droit fédéral.

Jamais de tel raisonnement n'est tenu en droit international, dont les juridictions s'appuient systématiquement sur le célèbre attendu de la Cour Permanente dans l'affaire de la *Haute-Silésie polonaise* : « 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. »⁴⁴¹ Le droit international entretient avec le droit interne un rapport de licéité objective, dans lequel « l'acte illicite n'est pas l'acte accompli sans droit, mais contrairement au droit »⁴⁴². La conformité évoquée par Mme Marek n'est applicable qu'à la validité des actes juridiques, et ce relativement à des normes spécifiques que sont les normes d'habilitation. Les actes juridiques internes ne sont pas accomplis *sans droit*, ou *sans habilitation* lorsqu'ils sont contraires aux obligations internationales, car ne puisent le fondement de leur validité que dans la Constitution de l'ordre juridique interne. Entendu comme du « fait », leur contrôle reste ancré en droit de la responsabilité pour fait internationalement illicite, excluant toute question de validité.

2. *Illicéité de la production d'un acte juridique interne contraire*

La violation du droit international interviendra ici sur le mode de l'illicéité (a). C'est alors le comportement de production de l'acte juridique individuel qui constituera le fait internationalement illicite (b.)

a. Fait internationalement illicite

Il est toujours possible, même si l'on considère que cela relève de la fiction, de transformer un acte supposé invalide en un comportement illicite : au lieu de s'attacher à l'acte en lui-même, seul le comportement de l'Etat y relatif sera envisagé par le droit international, qui

⁴³⁹ C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Humblet c. Belgique*, préc. p. 1145. Voir *infra*, Seconde partie, Titre 2.

⁴⁴⁰ SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^e éd., 2001, 779 p., p. 257.

⁴⁴¹ C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, préc., p. 19.

⁴⁴² DELIYANNIS (J.), *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris, L.G.D.J., 1952, 367 p., p. 7.

demeure ainsi exclusif de toute habilitation des organes de droit interne, ne comportant que des prescriptions de comportement. Certes, on retrouve souvent des traces d'un éventuel contrôle de légalité dès lors que la seule production d'un acte juridique interne est en question, ainsi que dans les propos du Congo dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, lequel expose un « vice radical » de l'acte, qui ne devrait en conséquence produire aucun effet de droit⁴⁴³. Une norme inexécutée étant visée, le juge Oda, dans son opinion dissidente, a mis l'accent sur le caractère déclaratoire d'une telle demande faite à la Cour. Selon lui, il n'existait pas de différend à proprement parler et seule était en question la légalité de l'acte juridique interne⁴⁴⁴. Toutefois, le but de la R.D.C était bel et bien d'obtenir réparation de son préjudice, même purement juridique, ainsi que nous aurons l'occasion de le démontrer ultérieurement⁴⁴⁵ : le Congo considère en effet que cette demande s'inscrit dans les conséquences de l'engagement de la responsabilité de la Belgique⁴⁴⁶, et ne fait aucunement référence à une demande d'invalidité, pure et isolée, de l'acte juridique interne. Dès lors, seule la question de la réalité du dommage subi par le Congo pourrait être mise en cause, mais on ne peut contester le fait que la demande en question n'était pas déclaratoire. Si l'acte juridique interne n'est pas nul, mais à l'origine d'un fait internationalement illicite, quel est alors le comportement précisément reproché à l'Etat ?

b. Production de l'acte juridique

La violation du droit international survient sur le mode de l'illicéité, par un comportement de l'Etat relatif à un acte juridique individuel interne contraire à ses prescriptions. M. Santulli considère ainsi que cette violation d'une obligation de l'Etat du fait du droit interne est toujours constituée, plus précisément, du fait du « produit légal » et non d'un « procédé d'énonciation », tout en restant ancré dans une logique de licéité et non de validité dudit « produit ». Dès lors, serait illicite une « proposition légale interne » qui « est ce qu'elle n'aurait pas dû être », ou bien une « proposition légale interne » qui « n'est pas ce qu'elle aurait dû être », dans le cas d'une interdiction. Toutefois, cette distinction quant à la véritable nature du fait illicite est avant tout mise en avant à propos de l'étude des règles juridiques internes en conflit avec lesdites obligations⁴⁴⁷. A propos des actes individuels, cette question n'était toutefois pas véritablement

⁴⁴³ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 73.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, opinion dissidente du juge Oda, § 6.

⁴⁴⁵ Voir *infra*, Seconde partie, Titre 2, Chapitre 1.

⁴⁴⁶ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 73.

⁴⁴⁷ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 382-383. Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2.

soulevée par l'auteur, disparaissant sous l'enjeu fondamental que constituait la distinction entre l'« existence » et l'« *exécution* du produit légal »⁴⁴⁸.

La question n'est en effet pas déterminante. Si les actes juridiques individuels peuvent parfois avoir la signification de normes, ces dernières s'épuiseront en un instant. L'existence de la norme ne se distinguera donc pas de sa création, par la production de l'acte juridique. Dans l'affaire *Martini* par exemple, comment véritablement établir si le fait illicite était consacré par l'existence de la norme individuelle pesant sur la maison Martini, ou bien la création de cette obligation à son égard ? M. Santulli énonce d'ailleurs que, dans cette affaire, « (l)e Venezuela est internationalement responsable de *la création* d'un produit légal interne (...) en violation d'une obligation internationale »⁴⁴⁹. Nous considérons donc que dans le cas des obligations visant la réalisation d'une situation interne individuelle, le fait illicite est le *comportement de production* d'un acte contraire à cette réalisation, plus que l'existence de la norme individuelle, pas véritablement perçue en tant que telle par le droit international. L'affaire des *Phares ottomans* précitée en apporte une esquisse de preuve : même si c'est en effet, en substance, le « produit légal » issu du contrat qui est véritablement contraire à l'obligation internationale, le Tribunal arbitral spécifie bien que le pouvoir législatif est à l'origine de ce fait internationalement illicite, constitué non par l'obligation issue du contrat, mais par la production de celui-ci, entérinée par un acte législatif de ratification⁴⁵⁰.

La production de l'acte juridique individuel est illicite. Dans le cadre des obligations de comportement opératif, l'effet de ce comportement est considéré comme la véritable *réalisation* d'une situation individuelle contraire à celle escomptée, et non pas comme une norme. Tout autrement devra être envisagée la violation des obligations répondant à la logique du « droit uniforme »⁴⁵¹. Ces obligations requerront, comme on le verra, l'existence de normes internes internationalement déterminées. Il n'en va pas de même lorsque le droit international exige de l'Etat la réalisation d'une situation individuelle. Par fiction, le droit international considère alors que le comportement de l'Etat, même s'il produit des actes juridiques normateurs, est une telle réalisation, au même titre qu'un comportement matériel. Voilà pourquoi nous avons dénommé ces obligations : obligations de comportement *opératif*, « qui agit ». Voilà pourquoi il est alors, à notre sens, plutôt question de la production de l'acte que du produit, dont la nature est occultée

⁴⁴⁸ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 368, nous soulignons.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 370.

⁴⁵⁰ C.P.A., sentence arbitrale des 24 et 27 juillet 1956, *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire Ottoman*, préc.

⁴⁵¹ Voir *infra*, Titre 2, *Chapitre 2*.

par le droit international. Au contraire, dans le cadre des obligations relatives au « droit uniforme » comme on le verra, le problème n'est pas de l'ordre de la production, ni même du maintien en vigueur d'un acte juridique déterminé, mais véritablement de l'existence d'une norme générale et abstraite. On percevra dès lors une forme de continuité qui était jusqu'alors exclue de notre discours, l'acte juridique individuel y étant réfractaire. Il s'agissait ainsi de ne pas étendre ce raisonnement à des obligations qui ne relèvent pas de la même logique.

Conclusion du titre

La violation est donc bien constituée par la production d'un acte juridique individuel ou l'abstention d'une telle production – et non par l'existence d'une éventuelle norme individuelle, autrement dit non par *l'état du droit interne*. Ce comportement de l'Etat est ainsi considéré, au regard du droit international, comme un comportement *opératif*, nonobstant l'absence de tout comportement matériel de l'Etat, nonobstant même son caractère parfois *normatif*. Ceci renforce l'exclusion d'un principe de légalité des actes juridiques internes au sein des obligations traditionnellement à la charge de l'Etat, la contrariété des actes juridiques individuels internes donnant naissance à une illicéité classique, dont les conséquences nous apparaîtront ancrées en droit de la responsabilité⁴⁵².

La distinction entre obligations de comportement global et obligations de comportement aux modalités déterminées n'emporte donc aucune conséquence marquante en droit de la responsabilité internationale. Si seules les secondes peuvent être heurtées du seul fait d'un acte juridique interne individuel, ce sera à la manière de n'importe quel fait internationalement illicite. Qu'un acte juridique interne entre en conflit avec une obligation internationale de l'Etat n'emporte aucune conséquence quant à la qualification du comportement de sa production comme illicite. Le « fait du droit interne » jouera à la manière de n'importe quelle conduite de l'Etat propre à réaliser une situation individuelle définie. Les deux catégories d'obligations identifiées demeurent de traditionnelles obligations de comportement *opératif*. Seule la définition substantielle du fait illicite, qui ne relève pas du droit de la responsabilité mais de l'étude de la teneur précise des obligations primaires à la charge des Etats, sera ainsi affectée par la distinction entre ces deux catégories d'obligations. Cette distinction est essentielle afin de déterminer les cas dans lesquels le déni de justice sera exclu de la définition de l'illicite, et ceux, résiduels, où le fait illicite ne pourra être qu'un comportement global de l'Etat, parfait par l'épuisement des voies de recours internes ouverts par celui-ci. On perçoit aisément qu'aujourd'hui, la plupart des obligations entrent dans la catégorie des obligations qui, de manière plus précise, déterminent les modalités de ce comportement opératif. Ce *comportement opératif* englobait ainsi la production d'*actes juridiques individuels* qui modifiaient, si ce n'était concrètement, au moins juridiquement des situations individuelles et pouvaient en cela être entendus comme des *réalisations* de celles-ci.

⁴⁵² Voir *infra*, Seconde partie.

Un second degré d'interrogation s'ouvre alors à nous, si l'on envisage non plus l'acte individuel dont la production est en violation de l'obligation internationale, mais la règle interne en application de laquelle il a été pris. Dans l'ordre juridique de l'Etat, cette règle permettait, voire imposait à ses organes l'adoption d'une conduite internationalement illicite. Sa production, mais également cette fois, puisqu'un acte général et abstrait est en cause, son maintien en vigueur, doivent-ils, en eux-mêmes, être compris comme des faits internationalement illicites ? Certes, la règle interne en question pourrait, dans la plupart des systèmes nationaux, être écartée par le juge au profit de la règle d'origine internationale. C'est notamment le cas de la France, dont les tribunaux font ainsi application de l'article 55 de la Constitution, donnant primauté aux traités régulièrement ratifiés et approuvés sur les lois internes entrant en conflit avec eux. On vient toutefois de démontrer que la violation du droit international intervenait aujourd'hui, hors cas d'obligations de comportement global, non pas à la suite d'un déni de justice, au jour de l'épuisement des voies de recours internes, mais bien par la production du premier acte individuel en conflit, en amont d'un éventuel redressement de la situation du sujet interne par le pouvoir judiciaire. Il est donc légitime de se demander si le droit international ne serait pas heurté, encore en amont de cela, par la production et le maintien d'une *règle* juridique interne en conflit avec une obligation internationale.

Titre 2. Cas des règles juridiques.

Introduction

L'ensemble des règles juridiques internes, et non seulement les lois.

Rien ne s'oppose, en droit international, à ce que le comportement de production d'une règle juridique soit pris en compte pour déterminer si l'Etat est l'auteur d'un fait illicite. L'article 4 du Projet définitif d'articles de la C.D.I., qui reflète ici l'état du droit international coutumier, énonce en effet que le « comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres »⁴⁵³. Le pouvoir législatif, bien que disposant d'une autorité toute particulière en droit interne du fait de la théorie de la représentation, est donc susceptible d'être à l'origine d'un fait internationalement illicite⁴⁵⁴. L. Delbez le rappelait très clairement :

« la responsabilité internationale de l'État est plus large que celle qu'il supporte en droit interne : ce dernier en effet exclut la responsabilité du fait des organes judiciaires et n'admet que très exceptionnellement la responsabilité du fait de l'organe législatif. Or, le droit international (...) ne distingue pas entre ces trois fonctions de l'État. »⁴⁵⁵

L. Cavaré quant à lui ne voyait « pas d'obstacle décisif pour écarter la responsabilité de ces organes », allant même jusqu'à nier l'intérêt de notre sujet : « c'est déplacer la question que de se demander quel est l'organe fautif. L'Etat, internationalement parlant, forme (...) un tout indivisible. »⁴⁵⁶ Nous ne partageons bien entendu pas ce dernier point de vue. Si, en effet, le législateur peut être à l'origine d'un fait internationalement illicite sans particularité au niveau du principe d'imputabilité à l'Etat de l'ensemble des actes de ses organes, lui attribuer cette paternité est essentiel afin de déterminer précisément la nature et le temps d'une violation du droit

⁴⁵³ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁵⁴ ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 292-293.

⁴⁵⁵ DELBEZ (L.), *Les principes généraux du contentieux international*, 1962, Paris, L.G.D.J., 1962, 339 p., p. 168. Avant lui, entre autres : SCHEUNER (U.), « L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1939-II, t. 68, p. 97-206, spéc. p. 121.

⁴⁵⁶ CAVARE (L.), *Le droit international public positif*, 2 vol., Paris, Pedone, 1^{re} éd., 1951, t. II, 668 p., p. 316.

international. L'ensemble des règles d'origine publique doit toutefois être pris en considération, sans isoler les actes législatifs de droit interne⁴⁵⁷.

Les règles juridiques internes : des actes immédiatement exécutoires ou non.

Deux catégories de règles sembleront être établies par le droit international, sur des critères autres qu'organiques. Le raisonnement tenu précédemment à propos des actes juridiques individuels nous amenait à conclure qu'ils peuvent donner naissance à la violation d'une obligation de comportement opératif, laquelle requiert de l'Etat la réalisation d'une situation individuelle, alors même qu'ils ne la modifient pas concrètement. Porter atteinte à la situation juridique d'un sujet interne suffit, et l'acte matériel d'exécution de la norme individuelle n'est jamais attendu pour conclure à une telle violation. Ce raisonnement peut être transposé aux règles juridiques. Leur généralité n'empêche pas toujours qu'elles puissent, à elles seules, affecter des situations juridiques individuelles. Certaines règles ne confèrent en effet aux organes chargés de leur application qu'un pouvoir lié ; en ce cas, les situations individuelles des sujets internes seront d'ores et déjà déterminées par ladite règle, sans attente d'un acte individuel qui n'en serait que la réalisation matérielle. Ces règles, de même que les actes individuels précédemment étudiés, sont *immédiatement exécutoires*. D'autres en revanche ont pour effet des normes générales et abstraites qui ne pourront être exécutées sans la production d'une norme individuelle subséquente. Autrement dit, ces règles sont *non immédiatement exécutoires*. La compréhension de ce critère de distinction sera nécessaire à une appréhension juste de l'intégralité du problème du conflit entre règles juridiques internes et obligations internationales, problème qui ne se résout pas toujours, loin de là, en une situation de violation.

Des règles en conflit avec des obligations de comportement opératif, relatives à la réalisation de situations individuelles, ou bien de comportement normatif, relatives à l'état des règles internes.

Aucune réponse de principe à la question de la violation du droit international du fait de règles juridiques internes en conflit avec les obligations internationales ne peut toutefois être apportée avec pour seule considération le caractère immédiatement exécutoire ou non de la règle interne en question. Toute reconnaissance d'une violation nécessite en effet la confrontation d'un comportement à une obligation primaire. Le professeur Dominicé estime que « (l)e seul fait d'édicter, ou de maintenir en vigueur, une loi contraire à une obligation internationale n'est pas

⁴⁵⁷ De même, dans sa thèse consacrée à *La responsabilité internationale des Etats et son application en matière d'actes législatifs*, M. Bilge inclut les lois au sens matériel : lois constitutionnelles, lois ordinaires, décrets-lois et règlements. (BILGE (S. A.), Genève, Thèse n°471, 1950, 164 p., spéc. p. 8). On peinera toutefois à y voir autre chose que la simple réitération du droit coutumier de la responsabilité, sans qu'une véritable spécificité d'une violation des obligations de l'Etat née du fait de ces règles apparaisse.

nécessairement, en soi, un fait illicite. Il faut que le comportement de l'Etat transgresse l'obligation qu'il assume. »⁴⁵⁸ En outre, le professeur Crawford énonce que la « simple adoption d'une loi incompatible peut entraîner la violation de *certaines obligations* »⁴⁵⁹. Jusqu'à présent, nous avons exclusivement envisagé, comme obligations internationales de l'Etat, celles qui requièrent de lui la réalisation de situations individuelles, par un *comportement opératif* – que ce comportement soit global, cas très rare que nous mettons à présent de côté, ou bien aux modalités déterminées, principe aujourd'hui. Un conflit avec des règles internes, générales et abstraites, peut-il donner lieu à une violation de ces obligations ? Ici, la distinction entre règles immédiatement exécutoires, qui modifient en elles-mêmes des situations individuelles, et règles non immédiatement exécutoires, sera essentielle, car seules les premières seront à l'origine d'un fait internationalement illicite (Chapitre 1). Toutefois, les obligations internationales de l'Etat ne se limitent pas à des ordres relatifs à la réalisation de situations individuelles. L'exemple, connu, de conventions « portant loi uniforme », dans lesquelles les obligations semblent viser spécifiquement la production de règles internes au contenu déterminé, nous vient immédiatement à l'esprit. Peut-on dégager une catégorie d'obligations qui prescrirait cette fois la « réalisation » de situations générales et abstraites ? Il sera alors impossible de mettre un voile sur le caractère normatif du comportement de l'Etat, et de l'absence de véritable « réalisation » qui en découle. Nous découvrirons qu'elles sont en réalité relatives à *l'état du droit interne* et non à un véritable agissement de l'Etat. Elles pourront certes toujours être entendues comme des prescriptions de comportement ; le comportement requis de l'Etat sera toutefois, exceptionnellement, *normatif*. Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat prendra alors une profondeur supplémentaire, et donnera lieu à leur violation, dont la qualification de fait internationalement illicite posera des difficultés spécifiques (Chapitre 2).

⁴⁵⁸ DOMINICE (Ch.), « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », WEIL (P.) (dir.), *Institut des hautes études internationales – Cours et travaux*, 1981-1982, Paris, Pedone, 1982, VII-130 p., note 11 p. 6.

⁴⁵⁹ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, commentaire de l'art. 12 (« Existence d'une violation d'une obligation internationale »), p. 139. Il renvoie au mécanisme du « droit uniforme » que nous étudierons et, en ce sens, à CONFORTI (B.) « Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1988, vol. 24, p. 233.

Chapitre 1. Conflit avec les obligations de comportement opératif, relatives à la réalisation de situations individuelles

Peut-on réellement dire qu'une loi fiscale, du fait de sa généralité, ne modifie pas la situation d'un individu donné, et que seul le rôle nominatif d'impôt agit de la sorte ? Bien au contraire, il nous semble que chaque sujet connaît dès l'édiction de cette règle le sort qui l'attend, fruit de l'application du calcul donné par celle-ci à son cas particulier, mais application si mécanique qu'elle n'ajoute rien au paysage juridique, en puissance déjà transformé. Les situations individuelles de droit interne sont, au regard du droit international, immédiatement affectées par ces règles, qui ne laissent à l'auteur chargé de leur application qu'un pouvoir lié. Ces règles sont *immédiatement exécutoires*. La production et le maintien en vigueur de telles règles en conflit avec des obligations internationales relatives à la conduite étatique seront donc tenues pour des violations de celles-ci (Section 1).

D'autres règles en revanche semblent ne constituer qu'une « menace » de modification des situations individuelles. Non seulement générales, elles sont aussi abstraites. L'objet de toute loi pénale est ainsi de menacer de sanction tout sujet interne se rendant coupable de comportements incriminés. Elle pèse sur chaque membre de la société. Mais peut-on considérer que les situations individuelles soient aussitôt modifiées ? Pour qu'il en soit ainsi, un juge devra décider, selon les circonstances de l'espèce, qu'un sujet s'est effectivement rendu coupable d'une telle infraction, et qu'une sanction proportionnelle à cet agissement particulier lui soit infligée, sur la base abstraite de la peine prévue par la loi. Autrement dit, l'organe interne dispose dans l'application de la règle d'un pouvoir que l'on pourrait qualifier, ainsi qu'il a pu l'être dans la jurisprudence internationale⁴⁶⁰, de « discrétionnaire », terme dont le sens est ici proche de celui qu'en retient le droit administratif⁴⁶¹ : il garde une marge d'appréciation suffisante pour créer une

⁴⁶⁰ Voir Organe d'appel, rapport du 28 août 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, C.E et Japon, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, § 89.

⁴⁶¹ Ainsi, le pouvoir discrétionnaire est celui qui ouvre des « possibilités de choix » entre plusieurs comportements « également conformes à la légalité » (CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, vol. I, Paris, Montchrestien, 14^e éd., 2000, 1399 p., p. 1033. « Discrétionnaire » suppose ainsi, dans le sens commun comme dans une acception juridique, une liberté de décision, que l'accent soit mis en amont, sur la liberté laissée par la norme d'habilitation ou, en aval, sur l'absence de contrôle de la décision prise. Ainsi, on renvoie généralement en droit administratif à la définition de L. Michoud : le pouvoir discrétionnaire existe « toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir soit dictée à l'avance par une règle de droit » (MICHOU (L.), *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Paris, LGDJ, 1913, cité par FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Paris,

norme individuelle, adaptée à chaque situation. Confronté à une obligation internationale de comportement opératif, visant la réalisation de situations individuelles avec laquelle elle serait seulement incompatible, le fait de ces règles juridiques internes ne pourrait s'analyser en une illicéité internationale (Section 2).

Montchrestien, 6^e éd., 2010, X-568 p., § 513, p. 318. Voir, dans le même sens, PACTEAU (B.), « Discrétionnarité », ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 374.

Section 1. Cas des règles immédiatement exécutoires

Des lois, ou plus largement des mesures générales des Etats, peuvent être considérées en elles-mêmes comme des violations d'obligations internationales. C'est en ce sens que la Cour européenne rend son jugement en 1979 dans la célèbre affaire *Marckx*, énonçant que « les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution »⁴⁶². Dans le cadre du GATT, les groupes spéciaux chargés du règlement des différends relèveront à partir des années quatre-vingt des violations de l'Accord issues directement de la législation des Etats parties⁴⁶³. Loin de constituer une nouveauté, ces jurisprudences doivent être perçues comme l'application « d'un principe allant de soi » formulé plus d'un demi-siècle auparavant par la C.P.J.I., « d'après lequel un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris »⁴⁶⁴, principe qui n'avait auparavant pas trouvé de cadre pour s'illustrer⁴⁶⁵. Une règle interne est parfois en mesure d'empêcher radicalement la réalisation de situations juridiques individuelles internationalement prescrites. Il s'agira d'isoler les règles de ce type, que nous qualifierons d'*immédiatement exécutoires* (§ 1), avant de voir qu'elles peuvent donner naissance à la violation d'obligations de comportement opératif de l'Etat, visant la réalisation de situations individuelles dans son ordre juridique interne (§ 2).

§ 1. Identification des règles immédiatement exécutoires

En droit interne, certaines règles ont pour caractéristique de ne pas laisser de pouvoir discrétionnaire aux autorités chargées de leur application, qui s'assimile alors davantage à une mesure d'exécution matérielle. En droit du commerce international, ces règles ont pu être isolées et qualifiées de « lois impératives ». Après s'être penchée sur la découverte et l'analyse de ce

⁴⁶² Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31, § 58.

⁴⁶³ Groupe spécial, rapport du 17 juin 1987, *États-Unis — Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, Canada, C.E.E., Mexique c. États-Unis, *I.B.D.D.*, S34/154, reprenant Groupe spécial, rapport du 20 novembre 1984, *Groupe spécial du papier journal*, Canada c. C.E.E. : « Tout comme il a été reconnu que l'existence même d'un règlement prévoyant l'application d'un contingent, sans que celui-ci limite des importations données, contrevenait au paragraphe 1 de l'article XI, il convient de considérer l'existence même d'une législation impérative prévoyant l'imposition d'une taxe intérieure, sans qu'elle soit appliquée à un produit importé donné, comme relevant de la première phrase du paragraphe 2 de l'article III. » § 5.2.2.1.1.

⁴⁶⁴ C.P.J.I., avis du 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, préc., p. 20.

⁴⁶⁵ Nous verrons dans notre seconde partie que c'est l'avènement de nouveaux types de contentieux de droit international qui va donner lieu à de telles illustrations.

critère de classification des règles juridiques internes (A), il nous faudra l'évaluer et en envisager la généralisation à l'ensemble du droit international (B).

A. Présentation d'un critère de classification des règles internes en droit international : les « lois impératives »

Le caractère « impératif » de la loi pour les organes de l'Etat chargés de son application a été dégagé dans la jurisprudence du GATT puis de l'O.M.C. comme critère permettant de distinguer les règles dont la production ou le maintien pouvaient à elles seules constituer une violation des obligations de comportement opératif en droit du commerce international (1). Il désigne en réalité des règles *immédiatement exécutoires* (2).

1. Apparition du critère de la « loi impérative » en droit du commerce international

Initialement dégagé pour permettre à titre dérogatoire l'exécution de certaines lois incompatibles avec l'Accord général (a), le critère de la « loi impérative » a été repris pour distinguer les lois constituant une violation des obligations issues de l'Accord général hors de toute application à un cas particulier (b).

a. Protection des lois dites « impératives » sous l'empire du Protocole d'application provisoire du GATT

Dans la jurisprudence des groupes spéciaux du GATT puis de l'O.R.D. de l'O.M.C., un critère distinguant les règles juridiques internes susceptibles de contrevenir aux obligations des accords économiques a été déterminé : seules peuvent être incompatibles avec ces obligations les règles dites « impératives ». Ce concept de « loi impérative » a initialement été dégagé dans le contentieux de l'exécution du GATT, sous l'empire du Protocole d'application provisoire. Certains Etats parties à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce s'étaient engagés par ce protocole à n'appliquer l'Accord qu'à titre provisoire et limité : provisoire, car dans l'attente de la création d'une organisation y relative ; limité, dans la mesure où les Etats s'engageaient à respecter les parties I et III, mais la partie II uniquement dans la mesure compatible avec leur législation en vigueur⁴⁶⁶. Appelée « clause du grand-père » en référence à

⁴⁶⁶ « Les gouvernements du (...) s'engagent (...) à appliquer à titre provisoire à dater du 1^{er} janvier 1948 : a) Les Parties I et III de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ; b) Et la Partie II de cet Accord *dans toute la mesure compatible avec la législation en vigueur.* » Protocole d'application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), Genève, 30 octobre 1947, nous soulignons.

l'ancienneté des lois dont elle permettait le maintien et l'application, cette clause constituait une dérogation au principe coutumier précédemment énoncé selon lequel, à l'inverse, les Etats sont tenus d'apporter à leur législation les modifications nécessaires au respect des engagements pris.

Dans le premier rapport d'un groupe de travail adopté par les Parties Contractantes du GATT⁴⁶⁷, il a été admis qu'une loi établissait une discrimination entre produits nationaux et produits importés par la fixation de taux de taxes différents, contrairement à l'article III de l'Accord général imposant le traitement national⁴⁶⁸. Le Brésil, auteur de cette législation, objecta toutefois que cette loi bénéficiait de la protection du Protocole du 30 octobre 1947, qui ne l'obligeait à appliquer les dispositions de la Partie II de l'Accord que si sa législation déjà en vigueur⁴⁶⁹ le lui permettait. L'Etat, afin de prouver que sa loi l'empêchait d'exécuter son obligation, précisa alors que le pouvoir exécutif n'avait aucune prise sur elle, et que l'imposition concrète des taxes n'aurait pu être évitée que par sa modification par le pouvoir législatif⁴⁷⁰. Ce critère a aussitôt été repris et généralisé par le groupe de travail : « (E)n raison du caractère impératif de la loi »⁴⁷¹, expression qui sera constamment utilisée par la suite, « les taxes imposées par celle-ci – bien qu'elles soient discriminatoires et, par suite, contraires aux dispositions de l'article III – étaient autorisées par le Protocole d'application provisoire et qu'il n'était pas nécessaire de les modifier tant que l'Accord général n'était appliqué qu'à titre provisoire »⁴⁷². La dérogation entoure les lois antérieures à l'engagement, dont le maintien et l'exécution sont tolérés à la condition qu'elles soient « impératives » pour le pouvoir exécutif. L'exécution qui en découle n'importe guère car la violation aurait en réalité été issue de la loi que l'on protège temporairement. Cela confirme que le droit international n'accorde pas d'importance à cet acte qui ne fait que réaliser matériellement une situation déjà établie en droit⁴⁷³. La production et le maintien d'une telle loi sont donc susceptibles d'être tenus pour des violations du GATT. En revanche une règle interne qui ne serait pas impérative pour le pouvoir exécutif ne peut bénéficier de la protection du Protocole car elle n'est pas en elle-même contraire à l'accord.

⁴⁶⁷ Nous renvoyons sur ce point aux explications fournies sur le système contentieux propre au GATT puis à l'O.M.C., Seconde Partie, Titre 2.

⁴⁶⁸ Groupe de travail, rapport du 30 juin 1949, *Taxes intérieures brésiliennes*, I.B.D.D. II/196

⁴⁶⁹ Le président des Parties Contractantes a fixé la date de référence de la 'législation en vigueur' à la date d'adoption de ce protocole, soit le 30 octobre 1947 (*I.B.D.D.*, II/38).

⁴⁷⁰ Selon le rapport, « (l)e délégué du Brésil a informé le groupe de travail qu'aucune modification du taux des taxes imposées par la loi susmentionnée n'aurait pu être effectuée par simple mesure administrative et qu'il aurait fallu l'adoption par le Congrès du Brésil d'amendements à cette législation », Groupe de travail, rapport du 30 juin 1949, *Taxes intérieures brésiliennes*, préc., § 5.

⁴⁷¹ *Ibidem*, nous soulignons.

⁴⁷² *Ibidem*.

⁴⁷³ Voir *supra* Titre 1. Chap. 2. Section 2.

Selon un autre rapport adopté par les Parties Contractantes, la clause a « pour fonction de permettre au pouvoir exécutif de chaque gouvernement qui avait signé le Protocole d'accepter les obligations découlant pour lui de l'Accord général sans avoir à obtenir auparavant une modification ou une abrogation de la législation à caractère impératif en vigueur qui était incompatible avec ledit Accord et qu'il n'était pas en son pouvoir de modifier. »

Il n'est donc pas question de laisser persister une législation de ce type adoptée postérieurement à la date de référence, et *a fortiori* d'en adopter une nouvelle.

En toute logique, ce critère sera repris pour distinguer les règles juridiques internes inappliquées qui sont déjà contraires aux obligations internationales incombant à l'Etat de celles qui ne le violent pas encore.

b. Caractère « impératif » de la loi comme critère d'identification des règles dont la production viole en elle-même le droit du commerce international

Hors du cadre dérogatoire de la clause de la législation en vigueur, ou clause du grand-père, les lois dites « impératives » seront considérées comme contraires à l'Accord général. Une loi qui impose au pouvoir exécutif des mesures incompatibles avec les obligations de l'Etat est en elle-même, et avant que cette mesure ne soit prise, incompatible avec l'Accord. Entre autres, un rapport énonce qu'« il convient de considérer l'existence même d'une législation impérative prévoyant l'imposition d'une taxe intérieure, sans qu'elle soit appliquée à un produit importé donné »⁴⁷⁴. Ce critère de la « loi impérative » sera repris et précisé dans le cadre du règlement des différends de l'O.M.C. Dès lors qu'une loi est impérative, son exécution concrète n'est pas nécessaire à la détermination de son caractère incompatible. Elle viole en amont l'obligation internationale. Si les panels exigent que l'issue de l'application de la loi soit certaine – c'est ce que signifie le critère de la « loi impérative » -, ils n'exigent pas en revanche que cette application puisse intervenir avec certitude, voire puisse intervenir tout court. Ainsi, peu importe que seules certaines applications de la loi, dans des cas bien déterminés, soient concrètement incompatibles avec l'obligation internationale. L'essentiel est que la donnée variable ne soit pas laissée aux mains du pouvoir exécutif, mais soit contenue dans la loi elle-même⁴⁷⁵, que l'effet de l'exécution soit connu,

⁴⁷⁴ Groupe spécial, rapport du 17 juin 1987, *États-Unis — Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, préc., § 5.2.2. ; dans le même sens, Groupe spécial, rapport du 19 juin 1992, *États-Unis — mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, Canada c. États-Unis, § 5.39.

⁴⁷⁵ Groupe spécial, rapport du 4 octobre 1994, *États-Unis — Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, DS44/R ; Groupe spécial, rapport du 25 janvier 1990, *C.E.E. — Primes et subventions*

même si son déclenchement automatique est encore soumis à condition⁴⁷⁶. La « loi impérative » est incompatible en elle-même, sans attendre la mesure concrète qui peut ne jamais survenir. Pour cette raison, une instruction administrative qui donne comme consigne aux organes de ne pas tenir compte d'une loi et en gèle les effets est inopérante⁴⁷⁷. La juridiction internationale examine la règle dans son environnement juridique, puisque l'obligation prescrit la réalisation d'une situation dans cet ordre.

2. *Analyse du critère : une règle immédiatement exécutoire*

La loi dite « impérative » est, à la lecture de la jurisprudence précédente, celle qui ne laisse aucune marge de manœuvre à l'organe dans sa concrétisation. Le caractère « impératif » de la loi envers l'organe distingue ainsi les règles qui ne nécessitent qu'une simple réalisation matérielle par ce dernier, qui apparaît alors totalement lié par elles. Ceci nous renvoie aussitôt à la notion de pouvoir lié, dont est doté un organe qui n'est pas libre de la détermination du contenu de l'acte juridique qu'il doit ou qu'il lui est permis de produire légalement. L'acte en question est pour ainsi dire prédéterminé. Au regard du droit international, cet acte, à la manière de l'exécution d'un acte individuel, sera pour ainsi dire *transparent*. Dès lors, la production, en amont, de la règle qui confère un tel pouvoir est d'ores et déjà signifiante.

Pour certains auteurs, l'acte ainsi créé n'ajoute rien au paysage normatif. L'organe chargé de sa production ne va, en réalité, qu'assurer une compétence matérielle d'exécution, et non une compétence normative. L'étendue de la situation juridique de l'individu est préalablement fixée par le droit objectif. Il ne s'agit dès lors que de l'attribution d'un droit préexistant à un individu, par un « acte condition »⁴⁷⁸. Un tel acte

versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux, BISD 39S/91.

⁴⁷⁶ Groupe spécial, rapport du 19 juin 1992, *États-Unis — Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, préc. Le groupe spécial reprend son raisonnement classique : « une législation qui exigeait du pouvoir exécutif qu'il prenne des mesures incompatibles avec l'Accord général était incompatible avec l'article III, que cette législation soit ou non mise en œuvre actuellement, alors qu'une législation qui donnait simplement au pouvoir exécutif la possibilité d'agir de manière incompatible avec l'article III ne constituait pas en soi une violation de cet article » § 5.57, et l'applique au cas d'une loi interdisant la vente de boissons alcoolisées importées en cas de réinstauration de la prohibition alors que les alcools locaux pourraient être vendus en tous temps : cette loi est impérative en ce qu'elle prévoit un traitement discriminatoire que le pouvoir exécutif n'est pas en mesure d'écarter. L'aléa n'est pas constitué par une marge de manœuvre de l'exécutif dans l'application de la loi, mais dans la survenance d'un événement indépendant, puisque « la loi (...) du Mississippi offr(e) la possibilité de réinstaurer la prohibition mais non celle d'appliquer un traitement discriminatoire aux vins importés » § 5.57. Le Groupe spécial a donc conclu que cette loi était incompatible avec l'accord, que cette condition déclenchant son application – la restauration de la prohibition - survienne ou non.

⁴⁷⁷ Organe d'appel, rapport du 19 décembre 1997, *Inde – Brevet*, préc. § 71.

⁴⁷⁸ DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Boccard, 3^e éd., 1927, XIX-763 p., p. 328.

« ne modifie, ni ne supprime aucune situation juridique. Il ne fait qu'attribuer ou retirer à un individu déterminé une situation générale et impersonnelle déjà établie par un acte règle. L'acte condition n'affecte donc en rien le contenu de la situation juridique (...) il vient conditionner la possession d'une situation générale et impersonnelle »⁴⁷⁹.

L'« acte condition » n'est pas une catégorie uniforme, mais il permet de mettre en valeur l'existence d'actes juridiques qui ne sont pas *perçus* par le droit international. La règle juridique dont ils déclenchent l'application dans le chef d'un individu est considérée comme parfaite : les potentielles situations juridiques individuelles qu'elle peut créer sont considérées comme déjà existantes. Est-ce une fiction ? Quoi qu'il en soit, la situation individuelle établie sur leur fondement a un caractère objectif ; leur application semble automatique. Ces lois sont d'ailleurs dites, dans la doctrine anglo-saxonne, « *self executing* ». Elles n'ont besoin d'aucune mesure subséquente pour modifier juridiquement les situations des sujets internes. L'acte pris par l'organe interne sera un acte condition : il en déclenchera simplement l'exécution.

D'autres auteurs récusent en revanche la dichotomie présentée, et ne considèrent qu'il n'est ici question que de degré dans la latitude normative laissée à l'acteur. Le professeur Tusseau affirme que « l'opposition entre création et application doit être relativisée, de sorte que la distinction de deux types de normes d'habilitation n'est pas justifiée. »⁴⁸⁰ L'habilitation reste systématiquement un énoncé qui confère à un acteur la compétence de créer une norme. Ces habilitations peuvent notamment être classées selon la liberté laissée à l'acteur dans le champ de réglementation de ladite norme. Ainsi la création d'une norme au contenu indéterminé sera le fruit de l'exercice d'une compétence discrétionnaire, alors qu'au contraire son champ de réglementation peut être prédéterminé, selon deux degrés : selon qu'il est laissé un choix entre des productions normatives prédéfinies ou qu'aucun choix n'est laissé. On parle alors de « compétence liée »⁴⁸¹ – c'est l'expression consacrée en droit administratif⁴⁸², ou, plus justement, de pouvoir lié⁴⁸³.

⁴⁷⁹ BONNARD (R.), *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1926, 555 p., p. 37-38. On pourrait en outre employer l'expression d' « acte parfait », THEROND (S.), *La notion de condition, contribution à l'étude de l'acte administratif*, Paris, L'Harmattan, 2001, 640 p. ; STASSINOPOULOS (M.D.), *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, VIII-317 p., p. 82.

⁴⁸⁰ TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, XIX-813 p., p. 342.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 345.

⁴⁸² Voir, par exemple, FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, préc., § 513, p. 318.

⁴⁸³ Sur cette distinction entre « compétence » et « pouvoir », et l'emploi impropre du terme de « compétence » dans ce cas, voir COMBACAU (J.), « Conclusions générales », in S.F.D.I., Colloque de Rennes, *Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, 320 p., p. 316.

Le critère adopté jusqu'alors par le droit international semble s'inscrire dans la première position. Certes il est opéré une analyse précise de la règle juridique initiale, afin de déterminer si l'organe interne dispose ou non de la liberté d'éviter une violation du droit international, mais il semble être ensuite opéré une réelle différence de nature entre les règles « impératives » ne laissant d'autre choix que la violation du droit international et celles qui en permettent encore le respect : les lois « impératives » confèrent à l'organe un pouvoir qui n'apparaît pas normatif aux yeux du droit international mais seulement matériel. Il ne s'agit que d'un pouvoir d'exécution dont l'exercice n'est pas une condition de réalisation d'un fait internationalement pertinent. Au-delà d'un faible degré de liberté laissé à l'organe, c'est son absence totale qui est ici marquante, et qui caractérise le pouvoir qui lui est conféré. Ces lois ne donnent pas à l'organe interne le pouvoir de création d'une norme individuelle d'application : elles sont *immédiatement exécutoires*⁴⁸⁴.

La théorie de la « loi impérative » permet donc d'isoler les actes généraux susceptibles d'atteindre juridiquement des situations individuelles en droit interne. Ce point est en effet au cœur du raisonnement : certes les règles du commerce international du GATT puis de l'ensemble des accords de l'O.M.C. ne créent pas de droits immédiatement invocables par les particuliers, mais elles n'en visent pas moins des situations individuelles internes que l'Etat doit assurer, dans le chef des opérateurs économiques. Il est remarquable qu'un organe international fasse une analyse aussi poussée et systématique du droit interne des Etats, et soit amené à opérer une classification de ses actes juridiques. La jurisprudence de l'O.R.D. de O.M.C. fournit un critère d'identification original⁴⁸⁵, qui appelle toutefois quelques remarques. Il trouvera certains échos dans la jurisprudence des organes de protection des droits internationaux des droits de l'homme.

B. Evaluation et généralisation du critère de la « loi impérative » désignant les règles immédiatement exécutoires

1. Evaluation du critère

Qualifier d'« impérative » la loi conférant un pouvoir lié à l'organe chargé de son application apparaît assez inapproprié (a) ; en outre, le caractère fonctionnel de ce critère peut être mis en question face à des difficultés concrètes d'utilisation (b).

⁴⁸⁴ Voir *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1, a.

⁴⁸⁵ Yves Nouvel remarque que ce critère de la « loi impérative » n'est utilisé nulle part ailleurs, pas même en doctrine : NOUVEL (Y.), « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'O.M.C. », *A.F.D.I.*, 2003, . p. 657-674, p. 671. Nous verrons toutefois que le concept qu'il recouvre peut aisément être appliqué plus loin.

a. Qualification inappropriée

Le droit international qualifie ici un mécanisme de droit interne, par un critère qui ne pourrait être utilisé dans ce dernier ordre, toute règle de droit y étant « impérative »⁴⁸⁶. Les termes employés doivent donc être compris dans leur acception internationale et non interne, ce qui nous conduit aussitôt à nous interroger sur la pertinence du vocabulaire employé. Le terme « impératif » est en effet déjà utilisé en droit international afin de désigner une règle de *jus cogens*. Ce n'est bien entendu pas de cela qu'il s'agit ici, les « lois impératives » n'ayant pas de normativité plus forte dans l'ordre juridique interne, ne se confondant aucunement avec des règles d'ordre public. Les organes de l'O.M.C. n'énoncent pas que le pouvoir exécutif serait « davantage » obligé par de telles lois : une différenciation par le droit international de la force de normes hiérarchiquement égales en droit interne n'aurait pas de sens. Il n'est en outre pas même question d'obligation pesant sur le pouvoir exécutif. Nous l'avons relevé : « loi impérative » est un raccourci pour désigner les lois qui ne laissent pas de discrétion au pouvoir exécutif dans la détermination du contenu de l'acte qu'il est habilité à produire. Il n'est ainsi pas question d'un comportement que l'organe serait plus ou moins obligé d'adopter, mais de la qualification d'une certaine habilitation qui lui est conférée. « Impératif » apparaît ainsi assez inapproprié pour désigner cette absence de marge de manœuvre laissée aux autorités d'application de la loi. On observera en outre une gêne à trouver un antonyme à cette expression⁴⁸⁷. Le terme « strict » – qui laisse peu de liberté d'action ou d'interprétation – ou encore « astreignant » – qui oblige strictement, admissible dans les cas où l'organe se verrait obligé de faire usage de son pouvoir lié – auraient sans doute été plus heureux. La qualification de la nature de la pression exercée par la loi sur l'organe chargé de son application nous semble en fin de compte très délicate, et nous préférons mettre l'accent sur le caractère *immédiatement exécutoire* de celle-ci, certainement plus parlant du point de vue du droit international et déjà adopté à propos des actes individuels.

⁴⁸⁶ Selon Duguit en effet, « (l)à loi est une disposition impérative » (DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat.*, vol. II, Paris, Boccard, 1928, 888 p., spéc. p. 180-195.) L'auteur aurait toutefois peut être admis l'usage qu'en font les organes de l'O.M.C., puisqu'il précise ensuite que certaines lois sont « impératives » : « celles qui imposent directement à certaines personnes l'obligation d'accomplir une certaine prestation, un certain agissement, comme les lois d'impôt, les lois d'assistance et de prévoyance. », *ibid.*, p. 208. Il n'aurait toutefois pas qualifié de « dispositive » ou « facultative » les lois n'entrant pas dans cette catégorie.

⁴⁸⁷ Voir *infra* Section 2, « loi dispositive » ou bien « facultative ».

b. Caractère peu fonctionnel

Le rapport d'un sous-groupe adopté par les Parties Contractantes du GATT en 1952⁴⁸⁸ montre la difficulté rencontrée par le groupe de travail pour distinguer dans un cas concret entre une loi impérative et une loi qui laisserait une certaine liberté à l'exécutif. En l'espèce une loi soumettait un traitement préférentiel accordé à des produits importés à des conditions très précises à remplir par les Etats, avec habilitation donnée à l'exécutif de désigner les Etats remplissant ces conditions et donc d'accorder aux produits qui en sont issus le traitement préférentiel, en l'occurrence une exemption de taxe⁴⁸⁹. Toute la question est donc de savoir si le pouvoir exécutif dispose ici d'une habilitation à produire une norme individuelle, ou bien uniquement à déclencher l'exécution de cette règle à propos des produits de certains Etats, se contentant de les individualiser. Le sous-groupe éprouve des difficultés à qualifier cette loi d'« impérative », et refusera de la faire bénéficier de la clause du grand-père, en ce que, par ce pouvoir qui lui est attribué, le ministre a encore la possibilité d'exempter les produits d'un Etat de cette taxe⁴⁹⁰. Il faut toutefois noter que l'exemption de taxe d'un Etat qui ne remplirait pas les conditions précises – ce caractère est important – posées par la règle générale serait un excès de pouvoir. Le Ministre est très certainement lié et ne dispose pas d'une réelle marge d'appréciation. Le malaise du sous-groupe est cependant compréhensible dans la mesure où toute application quelle qu'elle soit nécessite interprétation de la règle et donc adaptation même infime à un cas concret. Cela révèle la relativité d'un critère qui s'inscrit sans le savoir dans la ligne de pensée non normativiste présentée plus haut. Les critiques de ce critère sont donc communes avec celles de cette théorie plus générale. Serait-il ainsi, comme l'envisage le professeur Tusseau, davantage question de degré de liberté que de nature de l'habilitation ? Il est en effet délicat de distinguer entre un « acte condition » et un acte produisant une norme individuelle ; il est encore plus difficile d'opérer cette distinction au niveau de l'habilitation posée : le pouvoir exécutif dispose-t-il d'un pouvoir normatif, ou d'un simple pouvoir de déclenchement dans un cas individuel d'une norme préétablie ? Tel est le problème sur lequel le sous-groupe avoue ne pouvoir donner de « décision très nette »⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Sous-groupe des réclamations, rapport du 7 novembre 1952, *Allocations familiales belges*, Danemark et Norvège c. Belgique, G/32 – 1S/63.

⁴⁸⁹ Art 132 de l'arrêté-loi belge du 19 décembre 1939 : Un arrêté du Ministre du Travail et de la Prévoyance Sociale, pris sur l'avis de la Commission des Allocations familiales, déterminera les pays où les conditions requises par l'article précédent se trouvent réalisées. *Ibid.*, annexe.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, § 7.

⁴⁹¹ *Ibid.*, § 8.

Il semble que si la législation déferée n'a pas bénéficié de la « clause du grand-père », elle est pourtant bien contraire aux obligations de l'Etat et, hors de ce cadre, aurait vraisemblablement été déclarée « impérative ». Il faut en effet noter une divergence d'appréciation entre le caractère impératif d'une loi établi pour la faire bénéficier de la « clause du grand-père », de celui établi pour la considérer en violation de l'Accord avant toute application. Il a notamment été jugé, dans le cadre du droit américain, que les lois des Etats fédérés étant soumises au pouvoir fédéral et aux accords internationaux conclus par celui-ci, elles ne pouvaient être considérées comme « impératives » afin de bénéficier de la dérogation de la législation antérieure⁴⁹². Le pouvoir fédéral est en effet habilité à écarter la loi de l'Etat et faire primer le droit fédéral, parfois d'origine internationale. Ce raisonnement n'est bien évidemment pas transposable à la détermination d'une violation par une législation d'un Etat fédéré : dans le même rapport, il est admis que les lois d'un Etat heurtent en elles-mêmes l'Accord sans attendre qu'elles soient effectivement appliquées⁴⁹³. Dans cette hypothèse, le « caractère impératif » de la loi désigne davantage sa place dans la hiérarchie des normes internes, qui permettrait ainsi qu'elle puisse être modifiée et ne puisse bénéficier de la dérogation de la législation antérieure, que la précision de l'ordre qu'elle donne au pouvoir exécutif. « Loi impérative » ne se confond donc pas toujours avec *loi immédiatement exécutoire* lorsque la « clause du grand-père » est en cause. Cela apparaît toutefois justifié dans la mesure où la logique est exactement inverse. On apprécie plus restrictivement le critère propre à déclencher une dérogation.

Le critère peut apparaître peu fonctionnel lorsqu'un aléa, indépendant de l'organe chargé d'appliquer la règle litigieuse, ne permet pas de dire que le maintien de la règle modifie systématiquement les situations individuelles contrairement à ce qu'impose l'obligation de comportement opératif. Dans les affaires *CEE – Oléagineux* et *Etats-Unis – Tabac*⁴⁹⁴, le pouvoir exécutif se voyait en effet imposer un mode de calcul avant de prendre une décision individuelle d'application. Toutefois, on ne pouvait considérer son pouvoir comme discrétionnaire car le seul élément variable était indépendant de sa volonté. Les groupes spéciaux chargés du règlement de ces différends ont toutefois eu du mal à appliquer le critère de la législation impérative, et ont eu, de manière assez contestable semble-t-il, eu recours à la notion de « risque » de violation sur

⁴⁹² Groupe spécial, rapport du 19 juin 1992, *États-Unis — Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, préc., § 5.48

⁴⁹³ *Ibid.*, § 5.57.

⁴⁹⁴ Groupe spécial, rapport du 25 janvier 1990, *C.E.E. — Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, préc., ; Groupe spécial, rapport adopté le 4 octobre 1994, *États-Unis — Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, préc.

laquelle nous aurons l'occasion de revenir⁴⁹⁵. A notre sens, il ne s'agit là que d'une illustration de la difficulté d'utilisation du critère de la « loi impérative », car le pouvoir des organes apparaissait, sans conteste, lié.

2. *Généralisation du critère*

Malgré ces difficultés relatives, le critère reste pertinent et a pu être adopté sous des appellations différentes, voire tacitement, par d'autres juridictions internationales. C'est dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme que l'on en trouve l'écho le plus flagrant. Dans un avis consultatif, la juridiction énonce sa position de principe selon laquelle les règles juridiques n'atteignent pas les situations individuelles, sauf si la loi en question est une « *self-executing norm* »⁴⁹⁶. Elle en tire des conclusions au niveau contentieux⁴⁹⁷, mais énonce également sa position de principe à l'égard des lois entrant dans ladite catégorie : dans le cas de ces lois dites *self-executing*, la violation des droits de l'homme se produit dès leur promulgation⁴⁹⁸.

Isoler les règles immédiatement exécutoires nous semble ainsi un moyen d'expliquer de nombreuses violations d'obligations internationales qui, comme on le verra, sont constituées par leur seule production. Catégorie fondée sur l'absence de pouvoir discrétionnaire conféré à l'organe chargé d'en assurer l'exécution, elle renvoie aux actes individuels normateurs que l'on a étudiés plus tôt : leur exécution intervenait par de simples actes matériels. Ces règles juridiques ne s'en distinguent pas véritablement, outre le fait qu'elles visent toute une catégorie de cas individuels et non un en particulier. Le critère doit ainsi, à notre sens, être généralisé. Les règles immédiatement exécutoires sont isolées car touchant en elles-mêmes les situations individuelles ; cette caractéristique fait que leur production pourra constituer une violation d'obligations internationales visant la réalisation de telles situations.

⁴⁹⁵ Groupe spécial, rapport du 25 janvier 1990, C.E.E. — *Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, préc., § 141.

⁴⁹⁶ C.I.A.D.H., avis du 9 décembre 1994, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, OC-14/94, *Série A*, n°14, § 43. Notons dès à présent que la jurisprudence contentieuse de la Cour évoluera et embrassera une plus large catégorie de règles, tout en se fondant sur cet avis. Nous aurons l'occasion d'y revenir, *infra*, *Chapitre 2*, Section 2.

⁴⁹⁷ Et plus précisément relative à la recevabilité du recours, voir *Seconde Partie*, Titre 2, *Chapitre 1*.

⁴⁹⁸ *Ibid.* : « *In the case of self-executing laws (...) the violation of human rights, whether individual or collective, occurs upon their promulgation* »

§ 2. *Caractérisation du conflit avec les obligations de comportement opératif.*

Contrariété, donnant lieu à un fait internationalement illicite

Le conflit entre une règle immédiatement exécutoire et une obligation de comportement opératif peut, tout comme le conflit avec un acte juridique individuel, être qualifié de *contrariété*. La règle réalise en effet une situation individuelle qui n'est pas celle internationalement exigée. Dès lors, la production, mais aussi son maintien en vigueur, constitueront un fait internationalement illicite. Cette solution, discutée sur son principe en doctrine, ne rencontre pas d'obstacle fondamental (A). L'importance de la détermination de l'origine de la violation se révèle dans l'étude du *tempus commissi delicti* (B) et du mode de cette violation (C). Sur ce dernier point, une ambiguïté réside dans le fait que les plus nombreuses illustrations de notre hypothèse se rencontrent lorsque le droit international exige la réalisation d'une situation individuelle certes, mais également objective.

A. Absence d'obstacle de principe à la reconnaissance d'une violation

Selon notre classification, les obligations le plus souvent à la charge des Etats ne leur prescrivent que des comportements *opératifs*, relatifs à la réalisation de situations individuelles. Au regard du droit international, la production d'actes juridiques individuels parfait ce comportement prescrit sans qu'il soit nécessaire d'attendre une quelconque mesure d'exécution concrète. Au contraire, les règles juridiques, par essence générales et abstraites, sont ainsi considérées par certains auteurs comme généralement insusceptibles de heurter les obligations internationales de l'Etat. Le professeur Poirat, ainsi, n'admet pas cette éventualité de violation par la production d'un acte général. Elle affirme ainsi que « (s)i un énoncé pose comme résultat une situation 'x', le seul fait pour un Etat d'adopter une loi, dont l'application serait contraire au résultat en ce qu'elle ne réaliserait pas la situation 'x' (...) n'est pas un acte illégal. »⁴⁹⁹ Passant pour le moment sur cette qualification d'« acte illégal », nous nous contenterons de remarquer que toute « loi » ne peut justement être exclue de la catégorie des actes susceptibles de réaliser *ipso facto* une situation internationalement prescrite. D'ailleurs, l'auteur cite, comme illustration de son raisonnement, l'avis de la C.I.J. relatif à *l'Accord de Siège* qui avait trait à une loi américaine certes, mais que nous avons analysée comme un acte juridique individuel puisqu'elle visait la mission permanente de

⁴⁹⁹ POIRAT (F.), *Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, 506 p., p. 275.

l'Organisation de Libération de la Palestine⁵⁰⁰, loi de plus présentée par la Cour comme modifiant en elle-même la situation individuelle de ladite mission. En réalité, le caractère individuel ou général de l'acte n'a finalement que très peu d'importance ici. Dans tous les cas, l'acte, exécutoire, modifie en lui-même une situation individuelle du point de vue du droit international et peut donc être à l'origine d'un fait internationalement illicite. A l'extrême inverse, P. Guggenheim estime que,

« (c)ontrairement à une opinion répandue, ce n'est pas seulement au moment où il est véritablement appliqué que le droit interne peut violer le droit international. Il y a délit international du fait même de la promulgation – ou de la non-promulgation – d'une norme générale, *susceptible d'être appliquée directement* »⁵⁰¹

Ainsi il ne semble exister aucun obstacle de principe à ce que la production d'une règle immédiatement exécutoire, à l'instar d'un acte individuel, soit tenue en elle-même pour une violation du droit international.

Selon la formule classique, un Etat ne peut se prévaloir de son droit interne pour justifier d'une inexécution d'une obligation internationale. Cette affirmation de la suprématie du droit international implique que l'Etat doit écarter toute règle de droit interne qui ne lui permet pas de remplir ses obligations, et réaliser l'ensemble des situations individuelles potentiellement dépendantes de la prescription du droit international. En présence d'une règle immédiatement exécutoire, cette issue est bien entendu inenvisageable et la loi interne ne peut être écartée. C'est à cette hypothèse que s'applique notamment la formule selon laquelle les Etats sont tenus d'apporter à leur législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution de leurs engagements. La règle ne peut en effet être écartée au profit du droit international au stade de son application puisque celle-ci est opérée par un organe dépourvu de tout pouvoir discrétionnaire. Elle devra alors être modifiée par l'Etat. La violation de l'obligation internationale est donc réalisée par le maintien en vigueur d'une telle règle. La production d'une nouvelle règle interne immédiatement exécutoire incompatible avec une obligation internationale pourra de même être analysée comme une violation de cette dernière.

⁵⁰⁰ C.I.J., avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, préc., voir *supra*, Titre 1. Chap.2, Section 2.

⁵⁰¹ GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., tome I, 592 p., tome II, 592 p., p. 8, nous soulignons. L'auteur semble toutefois adopter ce raisonnement pour l'ensemble des règles juridiques et, malgré l'expression soulignée, ne pas prendre en compte le caractère exécutoire de certaines d'entre elles.

Il s'agit d'un principe général du droit international, et non issu d'un engagement spécifique des Etats relatif à leurs actes juridiques généraux. Une disposition conventionnelle énonçant que « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à apporter à leurs législations respectives les modifications qui seraient nécessaires pour assurer l'exécution de la présente Convention » n'a qu'une valeur déclaratoire selon la C.P.J.I. qui énonce qu'une telle « clause ne fait que mettre en relief un principe allant de soi »⁵⁰². Cette obligation revient à exiger de l'Etat qu'il ne commette pas de fait internationalement illicite en maintenant en vigueur une règle immédiatement exécutoire contraire à ses obligations, et donc qu'il modifie ces dernières avant de s'engager. Elle appartient donc au droit international général. L'obligation n'a toutefois pas de fondement indépendant de celle visant la réalisation d'une situation individuelle interne à laquelle elle est nécessairement attachée, comme nous le révèlent les travaux de la C.D.I. sur la codification du droit des traités, et notamment les discussions relatives au principe *Pacta sunt servanda*. Le Rapporteur spécial Sir Waldock se demande en effet s'il doit « faire figurer dans son projet des dispositions relatives à l'obligation, pour les Etats, de mettre leur législation interne en harmonie avec leurs obligations résultant de traités », jugeant toutefois qu'il s'agit « d'un principe général qui n'intéresse pas uniquement les obligations découlant des traités »⁵⁰³. Dans le cadre de la codification du droit de la responsabilité, R. Ago estime quant à lui que l'obligation d'adapter le droit interne à la règle de droit international « découle(e) de l'existence même de la règle de droit international ». Il est ici question de la détermination du contenu de l'obligation primaire, de la détermination précise du comportement qu'elle prescrit à l'Etat, et de la simple précision selon laquelle la production d'un acte juridique interne peut constituer ce comportement au même titre que n'importe quel autre. Selon lui, « (l)e fait de ne pas adapter son droit interne au droit international constitue la violation de cette obligation. »⁵⁰⁴. Même si un flou entoure la question, un consensus se fait autour de l'obligation de faire primer le droit international sur le droit interne, mais également autour de celle d'adapter son droit interne au droit international en cas d'incompatibilité d'une règle immédiatement exécutoire. Tous ces principes sont contenus dans l'énoncé *Pacta sunt servanda* selon lequel les Etats sont liés par leurs engagements et doivent les exécuter de bonne foi⁵⁰⁵. Au stade de l'application des règles de droit interne, lorsque celle-ci ne

⁵⁰² C.P.J.I., avis du 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, préc., p. 20. On trouve le même type de disposition dans la Convention de Neuilly-sur-Seine relative à l'émigration réciproque entre la Grèce et la Bulgarie du 27 novembre 1919. La C.P.J.I. chargée de l'examen de ces dispositions a considéré que ces clauses réitéraient un principe général, et les citent en confirmation de celui-ci plus que comme un quelconque apport d'obligations nouvelles : C.P.J.I., avis du 31 juillet 1930, *Question des 'communautés' greco-bulgares*, Rec., Série B, n°17, p. 32-33.

⁵⁰³ Discussion sur *Pacta Sunt Servanda*, 726^e séance, 19 mai 1964, *Ann.*, 1964-I, p. 22 (A/CN.4/167)

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

⁵⁰⁵ Bien qu'un amendement pakistanais (A/CONF.39/C.1/L.81) ait été retenu et soit à l'origine de l'énoncé selon lequel les Etats ne peuvent invoquer leur droit interne comme justification à la non-exécution d'un traité, il

peut se concilier avec la réalisation d'une obligation internationale de l'Etat, autrement dit que cette application en constituera une violation, les Etats doivent respecter leurs engagements et donc faire primer le droit international. En cas contraire, la production de l'acte juridique interne d'application, individuel, qui modifie la situation interne visée par l'obligation internationale, peut constituer un fait internationalement illicite. Nous avons pu déterminer que certaines règles de droit interne peuvent en elles-mêmes atteindre des situations individuelles. Leur production et leur maintien en vigueur pourront alors constituer des faits internationalement illicites. Le principe selon lequel l'Etat doit adapter son droit interne pour assurer l'exécution de ses engagements peut ne faire référence qu'à ce conflit qui oppose alors la règle de droit interne, immédiatement exécutoire, aux obligations internationales de l'Etat⁵⁰⁶. Il ne s'agit que de la répétition du principe selon lequel les Etats doivent assurer l'exécution de leurs engagements, apportant simplement la précision que la production d'une législation peut constituer, au même titre qu'un autre comportement de l'Etat, la violation d'une obligation internationale. Il est donc évident que l'Etat est dans l'obligation d'adapter ce droit interne afin de s'en acquitter.

Au jour où il souscrit à un engagement international, l'Etat est donc, afin d'exécuter ses obligations, tenu de ne pas adopter d'actes en violation de celui-ci, mais également tenu de modifier les règles de droit interne dont le maintien constitue la violation. La force générale de ce principe est démontrée, *a contrario*, par la présence de dispositions protégeant expressément la législation préexistante de l'Etat dans certains instruments conventionnels. C'est le cas de la clause dite de la législation antérieure du Protocole d'application provisoire du GATT selon laquelle les Etats ne sont tenus d'exécuter certaines de leurs obligations que dans la mesure où la législation en vigueur le leur permet⁵⁰⁷. Nous l'avons vu, cette disposition laisse aux Etats le loisir de laisser persister leurs règles internes incompatibles dans un cas déterminé, et donc de déroger à l'exécution normale de leurs obligations qui impliquait une obligation de modification de ces règles en violation de l'Accord⁵⁰⁸. Un autre élément vient confirmer la nature dérogatoire de cette clause par rapport au principe général : le président des Parties Contractantes a fixé la date de

semble que sa présence dans l'œuvre de codification du droit des traités n'ajoute au *Pacta* qu'une précision relative à la primauté du droit international sur le droit interne.

⁵⁰⁶ Ainsi, lorsque Scheuner affirmait que « la promulgation de la loi contraire au droit international suffit pour engagé l'Etat » (Scheuner (SCHEUNER (U.), « L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1939-II, t. 68, p. 97-206, p. 121), il s'appuyait exclusivement sur des cas de lois immédiatement exécutoires : il considère en effet que « l'Etat qui a promulgué une loi l'exécutera » (nous soulignons), prenant l'exemple d'une loi d'amnistie (voir, sur ce point, la jurisprudence de la C.I.A.D.H. y relative, *infra*). « La promulgation d'une telle loi d'amnistie suffit ; il est certain qu'elle sera exécutée », p. 122 : ces propos mettent bien en avant le caractère immédiatement exécutoire de ladite loi. Encore, l'auteur fait référence à une loi « qui instituait un impôt spécial », p. 123, encore un cas topique de la catégorie que nous identifions.

⁵⁰⁷ Protocole d'application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), Genève, préc.

⁵⁰⁸ Voir *supra*, § 1, A.

référence de la « législation en vigueur » à la date d'adoption de ce protocole, soit le 30 octobre 1947, et non à celle de son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1948⁵⁰⁹. Les lois adoptées par les Etats à compter du 30 octobre 1947 ne pourront donc plus bénéficier de cette « clause du grand-père » alors même que ceux-ci n'avaient pas exprimé leur consentement. Le principe reprend le dessus : les lois des Etats prises à compter de cette date doivent, au jour de l'engagement de l'Etat, être modifiées de façon à assurer l'exécution des obligations.

Une autre démonstration *a contrario* de l'existence du principe général selon lequel l'Etat est tenu de modifier ses règles internes exécutoires incompatibles avec ses obligations peut être faite par la disposition sur les réserves de la C.E.D.H. Ce traité énonce en effet expressément que ne sont autorisées que les réserves d'un Etat « au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. »⁵¹⁰. En l'absence d'une telle réserve, l'obligation conventionnelle initiale s'appliquerait pleinement, et l'Etat devrait modifier sa législation incompatible : le principe général revient. Ces dispositions conventionnelles dérogeant au droit commun nous permettent toutefois de relativiser la prétendue indifférence du droit international face à l'activité du pouvoir législatif interne énoncée à titre liminaire. Si la production d'une loi peut constituer la violation d'une obligation internationale au même titre que l'activité de n'importe quel organe, les Etats ont soin d'encadrer ce cas de figure et de le limiter au maximum, afin de leur éviter toute atteinte. Les multiples aménagements qui entourent la remise en cause de l'activité législative interne démontrent tout de même l'importance de celle-ci au regard du droit international malgré une indifférence affichée.

Sans qu'il soit besoin de l'énoncer expressément, il est donc contenu dans toute obligation de réalisation d'une situation individuelle de droit interne qu'on ne peut laisser persister des règles qui réalisent une situation contraire. Leur maintien en vigueur est illicite. *A fortiori*, l'Etat ne peut produire de telles règles postérieurement à son engagement. A l'instar des actes individuels qui réalisent en droit interne une situation différente de celle internationalement prescrite, nous qualifierons les règles immédiatement exécutoires qui ont un tel effet de *contraires* au droit international. Le maintien en vigueur et la production de règles internes contraires aux obligations relatives à la conduite étatique doivent donc être tenues pour des violations de celles-ci. La rareté des illustrations pratiques en ce sens en provenance de la jurisprudence de droit international général n'est ainsi pas due à un obstacle de principe, mais davantage à une difficulté pratique : peu

⁵⁰⁹ I.B.D.D., II/38.

⁵¹⁰ C.E.D.H., préc., art. 64.

de contentieux ouvrent la voie à un contrôle de la production et du maintien en vigueur de règles internes encore non appliquées⁵¹¹. Ces quelques rares cas sont toutefois complétés par les nombreuses illustrations fournies par la jurisprudence du droit du commerce international et de la protection des droits fondamentaux, et nous permettent ainsi de dégager des éléments de détermination du *tempus commissi delicti*.

B. Temps de la violation

1. *Moment*

La violation du droit international sera réalisée au jour de la production d'une règle contraire ou de l'entrée en vigueur d'un engagement contraire à une règle interne antérieure, vraisemblablement sans attente d'un déni de justice (a), ni de l'exécution matérielle de celle-ci (b).

a. Absence de condition d'épuisement des voies de recours internes

Scheuner, qui envisage précisément les cas de violation du droit international du fait de la promulgation de règles immédiatement exécutoires⁵¹², y voit précisément une exception à la condition de l'épuisement des voies de recours internes⁵¹³. A notre sens, il n'est ici question que de la violation d'obligations de comportement opératif certes, mais dont les modalités sont déterminées, selon la classification opérée plus tôt⁵¹⁴. Quoi qu'il en soit, il est rare, en droit interne, que les sujets se voient accorder une quelconque voie de recours envers un acte général. Inexistants, les recours internes n'auraient donc pas à être épuisés et un déni de justice pourrait être réalisé *ipso facto*. On pourrait donc envisager que la production d'une règle juridique interne puisse, exceptionnellement, être tenue pour la violation d'une obligation de comportement global. Ce n'est donc que dans les rares cas où la règle interne contraire à une obligation de comportement global est produite par les organes d'un Etat qui ouvre aux particuliers un recours, par exemple constitutionnel, contre des actes généraux que le moment de la violation serait retardé, en attente d'un déni de justice⁵¹⁵.

⁵¹¹ Ce sera l'objet du titre premier de notre seconde partie.

⁵¹² SCHEUNER (U.), « L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *op. cit.*, p. 121-124, voir notre note *supra*, A, pour un détail des illustrations qu'il fournit à l'appui de son propos, toutes issues de la catégorie identifiée des règles immédiatement exécutoires.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 123.

⁵¹⁴ Voir *supra*, Titre 1, *Chapitre 2*, Section 1.

⁵¹⁵ Voir sur ce point l'examen de la condition procédurale d'épuisement des voies de recours : *infra*, Seconde Partie, Titre 1, *Chapitre 2*, Section 1.

b. Absence de condition d'exécution de la règle

De la même façon que pour un acte individuel, nul besoin d'application concrète pour qu'une violation soit constituée. On franchit certes un degré dans l'abstraction de la violation reconnue, mais le moment de sa survenance reste identique.

Entrée en vigueur de la règle contraire

Ce moment coïncidera avec l'entrée en vigueur de la règle contraire à l'obligation à laquelle l'Etat est lié. Ainsi, un tarif douanier qui décourage les importations a pu être à lui seul considéré comme l'origine d'une violation de l'obligation internationale⁵¹⁶. Le groupe de travail institué sous l'empire du GATT pour régler l'affaire des *Taxes intérieures brésiliennes* considéra quant à lui que l'article III.2 pouvait être violé sans besoin d'attendre une exportation des produits frappés par une taxe contraire à ce dernier. L'article s'applique, et le fait internationalement illicite peut être constitué, que les importations provenant d'autres parties contractantes soient importantes, faibles ou inexistantes⁵¹⁷. Autrement dit, il est constitué par la seule production et le seul maintien de réglementations fiscales sur les importations.

Les lois d'amnistie, qui ordonnent aux juges internes d'oublier le comportement d'un sujet interne en principe illicite, doivent être considérées comme immédiatement exécutoires. Leur production et leur maintien en vigueur peuvent ainsi, sans prise en compte des cas particuliers qui en ont ou vont automatiquement en bénéficiant, être tenues pour une violation d'une obligation de comportement opératif, relative à la réalisation de situations individuelles. Ainsi la production d'une loi mexicaine amnistiant des criminels rend le Mexique auteur d'une violation de son obligation de répression des conduites criminelles commises sur son territoire, sans qu'une décision définitive sur le point de savoir si l'amnistie s'appliquait effectivement au cas du meurtre d'un ressortissant américain déterminé soit nécessaire⁵¹⁸. Plus clairement encore, la Cour interaméricaine juge dans l'affaire *Barrios Altos* que la production de lois d'amnistie viole le droit des individus à obtenir jugement d'un crime commis sur leur personne et réparation de leur

⁵¹⁶ Sentence arbitrale du 3 août 1912, *Interprétation d'une disposition de la convention de commerce entre la France et la Suisse et du procès verbal signé à Berne le 20 octobre 1906 (Affaire des Turbines à vapeur)*, France/Suisse, R.S.A., vol. XI, p. 415-420.

⁵¹⁷ Groupe de travail, rapport du 30 juin 1949, *Taxes intérieures brésiliennes*, préc., § 16.

⁵¹⁸ Sentence du 21 juillet 1927, *F.R. West (United States of America) v. United Mexican States*, R.S.A., vol. IV, p. 270-272. Une lettre présidentielle interprétait la loi en question comme s'appliquant au meurtre en question. Selon le Mexique, cette lettre ne pouvait être entendue comme un acte individuel d'exécution, définitif, et le juge devait être mis en mesure de décider. La sentence rejette cet argument, montrant ainsi qu'aucun acte d'application subséquent n'était nécessaire pour permettre la réalisation d'une violation.

dommage. Une loi qui grâcie les auteurs les prive en effet, sans besoin d'une quelconque mesure subséquente, de leur droit de recours et empêche toute répression par le juge qui voit son pouvoir totalement lié par une telle règle⁵¹⁹. Dans l'arrêt *Almonacid*, il était particulièrement remarquable pour la Cour que l'Etat lui-même ait reconnu que les lois d'amnisties sont, en principe, contraires aux règles du droit international des droits de l'homme⁵²⁰.

Les juges de Strasbourg sont particulièrement clairs dans l'arrêt *Marckx*, énonçant qu'une loi immédiatement exécutoire telle que celle déterminant le statut des enfants naturels, en particulier en matière successorale, constitue une discrimination contraire à la Convention dès l'entrée en vigueur de la règle juridique interne qui l'établit. La loi successorale belge heurte la Convention avant toute exécution dans le cadre d'une dévolution successorale. La Cour précise en effet que

« (s)i les droits successoraux ne s'exercent d'ordinaire qu'à la mort du *de cuius*, donc à un moment où la vie familiale change ou même se dissout, il n'en découle pas que nul problème les concernant ne surgisse avant le décès : la succession peut se régler et, en pratique, se règle assez souvent par testament ou avance d'hoirie ; elle constitue un élément non négligeable de la vie familiale. »⁵²¹

En d'autres termes, l'effet de la loi contraire à l'obligation internationale a été ressenti par la requérante sans besoin d'une quelconque mesure d'application à son égard. Cette caractéristique est propre aux règles de droit privé *stricto sensu*, telle cette loi régissant le statut individuel des sujets internes. Il en est de même, à notre sens, de la violation constatée dans l'arrêt *Matthews*, laquelle continue du moment que le statut des ressortissants de Gibraltar leur refuse tout droit de vote aux élections du Parlement européen, législation discriminatoire selon la Cour européenne⁵²².

Entrée en vigueur de l'obligation à l'égard de l'Etat si la législation est antérieure

L'affaire *Inde – Brevet* portée devant l'O.R.D. de l'O.M.C. a été l'occasion de préciser le moment de survenance d'un fait illicite lorsqu'une législation antérieure à l'entrée en vigueur de

⁵¹⁹ Cour I.A.D.H., arrêt du 14 mars 2001, *Barrios Altos Case*, préc., § 41. Voir également C.I.A.D.H., arrêt du 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Pérou*, Série C, n°162.

⁵²⁰ C.I.A.D.H., arrêt du 26 septembre 2006, *Almonacid-Arellano et autres c. Chili*, Série C, n°154, § 113 : « *It is worth mentioning that the State itself recognized in the instant case that "amnesty or self-amnesty laws are, in principle, contrary to the rules of international human rights law."* »

⁵²¹ Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., § 52.

⁵²² Le Comité des Ministres sommara ainsi la Grande-Bretagne de procéder au plus tôt à la cessation de cette violation. S'il raisonne en termes de réitération de la violation, ce n'est qu'à propos de l'exécution de cet acte, automatique, lors des diverses élections européennes. C'est en réalité la concrétisation de la violation qui se réitérerait tous les cinq ans. Comité des Ministres, résolution intérimaire du 26 juin 2001, *relative à l'arrêt de la Cour E.D.H. du 18 février 1999 dans l'affaire Matthews contre le Royaume-Uni*, ResDH(2001)79. Voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, sur la cessation de ce fait internationalement illicite, et la résolution finale du Comité des Ministres.

l'obligation à l'égard de l'Etat était en cause. Nul besoin en effet d'attendre que des cas d'exécution concrète de la législation en cause ne surviennent. Nul besoin non plus de laisser un quelconque délai⁵²³ à l'Etat lui permettant d'anéantir les contrariétés de son droit interne : le manquement de l'Etat survient au jour de l'entrée en vigueur de l'obligation à l'égard de l'Etat⁵²⁴.

2. *Durée : une violation continue*

Par rapport à un acte juridique interne, la règle, générale, a la spécificité de ne pas épuiser ses effets en une fois, lors de son application à un cas individuel, mais de rester en vigueur pour régir tous ceux qui, potentiellement, peuvent entrer dans son champ. Au-delà de la production de cette règle, la violation peut donc être réalisée par le maintien en vigueur de celle-ci, ce qui n'était pas le cas des actes individuels. Ainsi, la violation du droit international sera *continue* tant que la règle contraire sera maintenue en vigueur. Ainsi, la Commission européenne a eu l'occasion d'affirmer que « la législation litigieuse engendre une situation continue », permettant de rejeter l'application du délai procédural de six mois à compter de la survenance de l'acte prétendument illicite⁵²⁵. L'arrêt *Vermeire* de la Cour européenne fait suite à la reconnaissance jurisprudentielle de la violation, par la Belgique, de la protection de la vie privée par la production et le maintien de sa législation discriminatoire entre les enfants légitimes et illégitimes. Il y est affirmé que la violation persiste tant que la loi interne est maintenue en vigueur⁵²⁶. La Cour européenne n'a pas eu fréquemment l'occasion d'affirmer le caractère continu d'un fait illicite, l'analyse de la continuité se cantonnant habituellement dans les exceptions préliminaires⁵²⁷. Citons toutefois l'arrêt *Broniowski* dans lequel la Cour affirme, à propos de législations polonaises expropriant, par leur seul maintien en vigueur, des personnes privées, que ce fait illicite « a touché, et peut encore toucher à l'avenir, un grand nombre de personnes »⁵²⁸, mettant l'accent sur le caractère de continuité intrinsèque à ce type de conduite de l'Etat.

⁵²³ Là est la différence fondamentale entre des obligations internationales formulées telles des obligations de comportement opératif, heurtées par la contrariété des règles juridiques internes, et les obligations de comportement normatif que nous étudierons plus loin, relatives à la conformité des règles internes, qui laissent nécessairement un délai, au moins « raisonnable », à l'Etat pour assurer cet état de son droit interne. La fiction du comportement opératif rencontre ici une difficulté : ce n'est pas le maintien en vigueur d'une loi qui est en cause, mais son absence, l'absence de législation permettant l'octroi de certains brevets en Inde.

⁵²⁴ Organe d'appel, rapport du 19 décembre 1997, *Inde – Brevet (États-Unis)*, préc., § 83 : « L'Inde est dans l'obligation de mettre en œuvre les dispositions de l'article 70 :9 de l'Accord sur les ADPIC à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'O.M.C., c'est-à-dire le 1^{er} janvier 1995. Elle admet qu'une législation est nécessaire pour mettre en œuvre cette législation. Pour donner sens et effet aux droits et obligations découlant de l'article 70. 9 de l'Accord sur les ADPIC, une telle législation aurait dû être en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995. »

⁵²⁵ Comm. E.D.H., *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, *Ann.*, vol 6, p. 345.

⁵²⁶ Cour E.D.H., arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, *Série A*, n° 214-C.

⁵²⁷ Voir *infra*, Seconde partie, Titre 2, *Chapitre 1*, Section 2.

⁵²⁸ Cour E.D.H., arrêt du 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne (principal)*, *Rec.* 2004-V, § 189.

La violation aura donc lieu au jour de la production d'une telle règle et perdurera tout le temps de son maintien en vigueur, à condition bien sûr que l'obligation internationale reste également à la charge de l'Etat. Ainsi, la violation s'étalera sur toute la période où la règle interne et l'engagement international existeront ensemble. Elle peut avoir lieu au jour de l'entrée en vigueur de la règle si l'engagement était antérieur, au jour de l'entrée en vigueur de l'engagement en cas contraire, et perdurer ensuite tant que la règle n'est pas reportée ou l'Etat libéré de son engagement. Notons en outre qu'une violation pourrait survenir, selon la jurisprudence de la Cour européenne, au jour où les exigences de la C.E.D.H. auraient augmenté, la Convention étant lue par la Cour comme un « instrument vivant »⁵²⁹.

Mise à part la continuité de la violation dont elles sont à l'origine, la généralité des règles internes dont il est question n'a-t-elle aucune conséquence sur le mode de cette violation ?

C. Mode de violation.

Pas plus que dans le cas des actes individuels, les règles générales ne nous semblent envisagées autrement que comme du fait par le droit international : leur production, leur maintien éventuel sont autant de comportements opératifs puisque ces actes sont immédiatement exécutoires. Ils sont ainsi tenus pour des faits internationalement illicites, et la violation du droit international n'intervient pas davantage sur le mode de l'invalidité. Certes, dans l'affaire *Barrios Altos*, la Cour interaméricaine semblait considérer que des lois internes d'amnistie en conflit avec la C.A.D.H. étaient alors nulles⁵³⁰. Cependant, la Cour confrontait bien la *conduite étatique* de production de ces lois aux *prescriptions de comportement* s'adressant à l'Etat⁵³¹. Nulle trace en revanche d'un principe de légalité. Ses propos, comme on le verra, ont en réalité trait aux obligations secondaires mises à la charge de l'Etat auteur de la violation, et non à la violation elle-même, qui relève bel et bien de l'illicéité⁵³².

⁵²⁹ La Cour énonce en effet que, si elle « constatait l'incompatibilité de certaines normes du droit belge avec la Convention, il en découlerait selon lui qu'elles se heurtaient à cet instrument dès son entrée en vigueur à l'égard de la Belgique (14 juin 1955). L'unique manière d'échapper à une telle conséquence consisterait à admettre que les exigences de la Convention ont augmenté entre temps et à indiquer la date précise du changement. », *ibid.*, § 58.

⁵³⁰ La Cour interaméricaine énonce en effet que les lois d'amnistie sont « dépourvues d'effet légal » (texte original : C.I.A.D.H., arrêt du 14 mars 2001, *Barrios Altos Case*, préc., § 44 : « *the said laws lack legal effect* »)

⁵³¹ *Ibid.*, § 39 : « *the State is responsible for violating Article 8 (Right to a Fair Trial) and Article 25 (Judicial Protection) of the American Convention as a result of the promulgation and application of Amnesty Laws n° 26479 and n° 26492.* » Nous soulignons.

⁵³² Voir, à propos de cet attendu interprété comme l'expression d'une obligation secondaire de l'Etat : *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

Toutefois, une spécificité demeure attachée aux domaines dans lesquels interviennent ces obligations violées par de telles règles immédiatement exécutoires. Certes, elles demeurent des obligations de comportement opératif, violées sur le mode de l'illicéité. Toutefois, les exemples fournis sont exclusivement extraits de mécanismes conventionnels qui visent la réalisation de situations individuelles, certes, mais objectivement réglées. Dans toutes les hypothèses où les cas individuels sont directement atteints par du droit général, ils ne nécessitent en effet pas d'individualisation, par une norme individuelle. Ces cas interviennent dans des domaines spécifiques que l'on va essayer de cerner. On découvrira ainsi que ces domaines sont communs avec ceux dans lesquels interviennent traditionnellement les obligations de comportement normatif, ce qui laisse planer un doute : leur mode de violation serait ainsi identique ?

Le droit économique

Dans le cadre du GATT puis de l'O.M.C., nous l'avons vu, de nombreuses règles internes immédiatement exécutoires ont été déclarées incompatibles avec les obligations des Etats. Les exemples y sont les plus foisonnants, très certainement du fait de l'objet de ces obligations. Visant la situation d'opérateurs commerciaux, le traitement qu'elles prescrivent est principalement fiscal. En droit interne, ce type de traitement n'est pas donné par des normes individuelles, mais au contraire par des règles dont l'application sera automatique dans le chef des individus : une taxe à l'importation sera fixée par une norme générale. La situation de chaque importateur sera affectée concrètement au jour de l'importation, lorsque ladite taxe lui sera effectivement réclamée. Mais sa situation individuelle est aussitôt fixée, en amont, par la règle juridique. En matière économique, les situations individuelles visées par le droit international sont fréquemment réglées par le droit interne de manière générale et objective. C'est ainsi le domaine dans lequel intervient l'obligation internationale qui conduit à ce que le comportement en violation de celle-ci puisse être fréquemment, voire systématiquement, constitué par la production de règles internes exécutoires, et non d'actes individuels. Un trait particulier – et souvent critiqué – des Accords de l'O.M.C. est en effet d'avoir des conséquences évidentes sur le sort des sujets internes, sans jamais s'adresser à eux. L'organisation gère essentiellement des pratiques commerciales, générales, dont les sujets internes sont l'objet. Le traitement de la question de l'intérêt pour agir dans le cadre du règlement des différends devant l'O.R.D. en est le reflet⁵³³. Le premier groupe de travail constitué pour régler un différend dans le cadre du GATT l'a affirmé sans détour : l'objet des obligations commerciales de l'Accord général est tel que seules

⁵³³ Voir *infra*, Seconde partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

les « possibilités »⁵³⁴ de traitement des exportateurs sont à prendre en compte, et non le traitement concret de ces derniers. Cet élément aura des conséquences marquantes en matière de recevabilité des recours⁵³⁵. Au fond qui nous importe ici, lorsque l'Etat défendeur argue que sa règle n'est pas appliquée, il est en réalité davantage question de son exécution matérielle. Panel ou organe chargé du règlement du différend déclare que la règle est en elle-même une violation des dispositions de l'Accord⁵³⁶. Dans des circonstances habituelles, lorsqu'une telle règle est exécutée et atteint effectivement la situation des opérateurs, il faut garder présent à l'esprit que l'origine du comportement illicite se trouve également dans sa production, son maintien en vigueur et non dans la multitude d'actes individuels qui en assurent l'exécution. Les cas dans lesquels l'obligation ne s'exécute que par un acte normateur individuel sont résiduels. On retrouve un raisonnement similaire dans la jurisprudence de l'O.R.D. de l'O.M.C. relative à l'Accord sur les ADPIC relatif à la propriété intellectuelle. Une législation américaine de droit commercial, soumettant des titulaires de marques ou de noms commerciaux cubains à des conditions de protection plus restrictives que les titulaires non cubains est en elle-même une violation de l'article 4 de cet instrument, interdisant par la clause de la nation la plus favorisée toute discrimination de ce type⁵³⁷. Clause de la nation la plus favorisée, obligation de traitement national ou, de façon plus poussée, interdiction globale de discrimination peuvent ainsi aisément être violées par la production de règles de droit économique et commercial, généralement immédiatement exécutoires envers les sujets internes.

Le domaine de la protection de la propriété des sujets internes est également le terrain d'élection des règles internes exécutoires, qui pourraient à elles seules priver des sujets internes déterminés de leur droit de propriété. Ainsi, dans le contentieux du droit des investissements, les règles internes, au premier rang desquelles figurent les lois de nationalisation, peuvent être considérées comme portant une atteinte immédiate aux investisseurs⁵³⁸. Certes, elles diffèrent

⁵³⁴ Groupe de travail, rapport du 30 juin 1949, *Taxes intérieures brésiliennes*, préc., § 16.

⁵³⁵ Voir *infra*, Seconde partie, Titre 2.

⁵³⁶ Groupe spécial, rapport du 4 octobre 1994, *États-Unis — Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, préc.

⁵³⁷ Organe d'appel, rapport du 2 janvier 2002, *Etats-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176. La loi américaine interdit en effet à ceux qui ont un intérêt lié à une marque ou nom commercial utilisé en rapport avec des produits confisqués par le gouvernement cubain d'enregistrer ou de renouveler la marque ou le nom sans le consentement du titulaire initial. Les titulaires non cubains n'étant pas soumis à cette mesure, la loi est en elle-même contraire à l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC. Notons que ce cas aurait également pu illustrer la question du statut des personnes privées, que nous envisagerons plus loin.

⁵³⁸ Ces dernières furent définies par M. A de La Pradelle comme « l'opération (...) par laquelle l'Etat, réformant tout ou partie de son régime économique, supprime, sur certains biens, droits ou intérêts, en faveur de la nation, l'emprise individuelle de la propriété privée ». Ces propos montrent bien le fait que la nationalisation, en elle-même, opère une dépossession. (LA PRADELLE (A. de), « Les effets internationaux des nationalisations », rapport à l'I.D.I., *Ann. I.D.I.*, 1950, p. 43-132, p. 67.) Le professeur Leben, quant à lui, les qualifie de « dépossessions opérées à la suite d'une activité normative générale » (LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'Etat et la question de

d'expropriations directes. Mais elles n'en sont pas moins de véritables mesures équivalant à la dépossession d'investisseurs, ou, selon l'expression généralement admise aujourd'hui, des « expropriations indirectes »⁵³⁹ dès lors qu'il y a eu privation substantielle de droits de propriété⁵⁴⁰. Si l'atteinte portée est contraire à la protection dont les investisseurs bénéficiaient en droit international, dans le détail de laquelle on ne peut entrer ici, la seule production de ces règles pourra réaliser un fait internationalement illicite⁵⁴¹. On retrouve un raisonnement identique dans le cadre de la C.E.D.H. Par exemple, la jurisprudence *Broniowski* de la Cour européenne a donné lieu à la reconnaissance d'une dépossession *de facto* par la Pologne, causée par sa législation contraire à l'article 1 du 1^{er} Protocole à la C.E.D.H. garantissant le droit de propriété⁵⁴². La situation individuelle pouvait être réalisée de manière objective, et donc générale.

Le statut des personnes privées

Il en va tout différemment lorsque le statut des personnes privées entre en considération. Prenons tout d'abord l'exemple des conventions de protection des droits fondamentaux. Ces instruments imposent en effet aux Etats des obligations visant des situations individuelles qui ne peuvent, en principe, être régies par des règles immédiatement exécutoires : donner un droit à un individu, lui garantir des libertés implique en droit interne que ces droits soient, dans des cas individualisés, accordés aux individus. L'exécution de l'obligation internationale passera donc par la réalisation de situations individuelles, mais aussi subjectives. Cependant, la C.E.D.H. comporte, article 14, une obligation dont la construction diffère nettement : interdisant toute discrimination dans la jouissance des droits garantis, elle protège chaque individu contre un traitement qui lui

l'expropriation indirecte », LEBEN (Ch.) (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Colloque de l'I.H.E.I. de 2004, Paris, L.G.D.J., 2010, 346 p.)

⁵³⁹ Sur cette question, voir NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2010, 698 p.

⁵⁴⁰ Tal CIRDI, sentence du 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission co. c. Argentine*, n°ARB/01/8, § 262. Dans la sentence : « *substantial deprivation* ». Voir, auparavant : Tal CIRDI, sentence du 10 février 1999, *Goetz c. Burundi*, *ICSID Rev.*, 2000, p. 512-516.

⁵⁴¹ Voir, par exemple, parmi une jurisprudence connue, la sentence *AGIP, s.p.a. c République Populaire du Congo*, *R. Crit. D.I. priv.*, 1982, p. 92 et s., mais aussi l'ensemble du contentieux argentin. En ce sens : TSCHANZ (P.-Y.), « Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international », *R. Crit. D.I. priv.*, 1985, p. 47 et s., spéc. p. 76. Voir aussi, et surtout : MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *J.D.I.*, 1986, p. 5-78, spéc. p. 49-52. Si l'auteur parle ainsi de neutralisation du « pouvoir normatif » de l'Etat, c'est dans l'optique de déterminer si le contrat conclu entre un investisseur et un Etat est, ou non, soumis au droit interne – pouvoir normatif du juge ou du législateur, principalement lorsque les normes qu'ils édictent s'exécuteront immédiatement dans le chef de l'investisseur. La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat signifie simplement que le droit interne ne prime plus. Pour des développements plus récents, voir le contentieux argentin, dont la sentence *CMS* précitée constitue le premier volet « de fond », et l'article de Ch. Leben, *op. cit.*

⁵⁴² Cour E.D.H., arrêt du 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne (principal)*, préc., spéc. § 187. La formule « expropriation *de facto* » est utilisée par la Cour constitutionnelle polonaise elle-même à propos de la législation en cause, propos reportés par la Cour européenne, *ibid.*, § 145.

serait directement conféré par le droit général, et comporterait donc une distinction injustifiée⁵⁴³. L'arrêt relatif au Régime linguistique belge l'illustre parfaitement : la méthode utilisée par la Cour européenne, qui « recherch(e) si les dispositions légales incriminées répondent à ces critères »⁵⁴⁴, montre bien que l'interdiction de discrimination dans la jouissance d'un droit garanti vise une situation objective, donnée par la loi en elle-même. Les enfants n'ont accès, selon la loi, qu'à une scolarisation dans le lieu de résidence de leurs parents, et ne peuvent ainsi choisir d'établissement selon la langue enseignée. La discrimination est ainsi fréquemment relevée dans les règles générales relatives au statut des sujets privés, qui s'avèrent contraires à la Convention⁵⁴⁵. L'interdiction de discrimination n'a pas d'existence indépendante des autres obligations issues de la Convention, et vise uniquement les droits et libertés dont la reconnaissance doit être assurée dans les cas individuels. Elle rend les situations individuelles objectives en réclamant de l'Etat, outre leur réalisation, une reconnaissance non discriminatoire. Dans l'arrêt *Marckx*, fut ainsi jugée discriminatoire l'absence totale de vocation successorale fondée sur la filiation naturelle⁵⁴⁶. La discrimination est opérée par la loi, qui établit un statut objectif du sujet interne. La dévolution successorale et les conséquences patrimoniales concrètes qui en résulteront dans le chef de la requérante⁵⁴⁷, ne constituent pas une application de la règle juridique, autrement ne crée pas de norme individuelle, mais relèvent de la catégorie des « actes conditions », non normateurs.

Par la théorie des obligations positives, la Cour européenne interprète la Convention comme exigeant des Etats la protection des sujets internes non seulement en s'abstenant d'un traitement contraire à leurs droits, mais également en prenant les mesures nécessaires à cette

⁵⁴³ C.E.D.H., préc., art. 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

⁵⁴⁴ Cour E.D.H., arrêt du 23 juillet 1968, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (principal)*, Série A, n°6, p. 41. Dans cette affaire, c'est la législation belge en matière de linguistique dans l'enseignement qui est visée par les requérants. Le grand nombre des prétendues victimes (plus de huit cents) démontrent que c'est davantage le régime général qui leur est applicable plus que d'éventuelles mesures individuelles qu'ils attaquent. Ils en sont les victimes directes, et c'est en effet sur les règles belges et non les diverses mesures individuelles que se porte l'examen au fond de la Cour.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, voir l'examen de la législation belge relative au régime linguistique de l'enseignement, dans le cadre de la cinquième question posée à la Cour : « La jouissance du droit à l'instruction tel que la Cour le conçoit, et plus précisément celle du droit d'accéder aux établissements scolaires existants, ne se trouve donc pas, sur le point considéré, assuré à tous sans discrimination fondée, notamment, sur la langue. En d'autres termes, la mesure litigieuse se révèle à cet égard incompatible avec la première phrase de l'article 2 du Protocole, combinée avec l'article 14 (art. 14+P1-2) de la Convention. », p. 68.

⁵⁴⁶ Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., § 56-59.

⁵⁴⁷ De même dans le chef de la requérante en l'affaire *Vermeire*, Cour E.D.H., arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire, op. cit.* Cet arrêt montrera le caractère strict de l'interdiction de discrimination des enfants naturels en matière successorale, § 25-26.

protection⁵⁴⁸. Elle a ainsi pu dégager de ces dispositions protectrices de droits de nature publique, l'obligation pour l'Etat de les respecter au travers du statut personnel reconnu aux sujets internes. Dans ce cas, la situation est individuelle certes, mais plus individualisée. Le traitement de chaque cas particulier est objectif, donné par des règles immédiatement exécutoires de droit privé relatives au statut personnel. Prenons l'exemple de l'article 8 de la C.E.D.H. selon lequel « (t)oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ». Le comportement prescrit à l'Etat est une abstention d'ingérence dans la vie privée et familiale des individus, abstention qui se vérifiera dans des cas individuels, mais surtout individualisés⁵⁴⁹. Toutefois, la Cour a transformé cette obligation :

« si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (...). Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque *dans les relations des individus entre eux*. »⁵⁵⁰

Le droit privé est ainsi clairement visé par les obligations de la C.E.D.H. Ainsi le maintien d'une législation interne relative à l'incapacité des personnes handicapées d'agir en justice a été considérée comme une violation du droit au respect de la vie privée, empêchant une jeune femme abusée sexuellement d'exercer un recours pour la voir protéger⁵⁵¹. De même dans l'arrêt *Marckx*, la Cour imposait à l'Etat de respecter l'article 8 au travers du « régime applicable à certains liens de famille »⁵⁵². Ce « régime » renvoie à la situation objective dans laquelle le sujet interne se trouve dans l'ordre juridique de l'Etat, à son statut personnel. Il est posé par un ensemble de règles générales qui déterminent la condition de catégories d'individus ; leur situation individuelle sera touchée directement par cette règle générale dès lors qu'ils entrent dans la catégorie régie. Par cette reformulation de l'obligation, la Cour ouvre donc largement la voie d'une violation de la Convention par la production, le maintien en vigueur de règles immédiatement exécutoires. Le

⁵⁴⁸ La question des obligations positives était déjà centrale dans l'affaire précitée du *Régime linguistique belge*. C'est à la seule condition d'une consécration d'une obligation positive afférente au droit à l'instruction et au respect de la vie privée que la législation belge aurait pu en constituer la violation, sur l'un des points soulevés par les requérants. Or la Cour refuse en l'espèce d'accorder aux individus un droit à la création d'établissements d'enseignement qui leur permettraient d'être éduqués dans la langue de leur choix.

⁵⁴⁹ Un exemple de violation de cette obligation nous est fourni par un acte individuel de publication de l'identité et de la séropositivité d'une requérante (Cour E.D.H., 25 février 1997, *Z c. Finlande, Rec.*). On peut citer également un arrêté d'expulsion éloignant sans raison suffisante un individu de ses proches et portant ainsi atteinte à sa vie familiale (Cour E.D.H., 13 juillet 1995, *Nasri c. France, Rec.*). Ces situations individuelles sont toutes subjectives.

⁵⁵⁰ Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas, Série A*, n° 91, p. 11, nous soulignons.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique, préc.*, § 2.

maintien de l'absence de règles permettant le divorce et reconnaissant la vie familiale hors mariage affecte également ce statut personnel et peut porter atteinte à l'article 8⁵⁵³.

Cette théorie des « obligations positives » se retrouve dans la jurisprudence de l'O.R.D. de l'O.M.C. L'affaire *Inde – Brevet* en est la plus nette illustration. L'Organe d'appel affirme ainsi que « (l)'Accord sur les ADPIC diffère des autres accords visés dans la mesure où la plupart de ses dispositions exigent des Membres qu'ils prennent des *mesures positives* ; en l'espèce, qu'ils accordent des droits exclusifs de commercialisation conformément à l'article 70. 9 »⁵⁵⁴ C'est ainsi l'absence de législation indienne permettant la délivrance de certains brevets qui réalise le fait internationalement illicite. Un doute s'élève alors : peut-on toujours considérer que la production et le maintien d'actes juridiques sont en cause, du fait de leur impact immédiat sur des situations individuelles, ou bien doit-on désormais percevoir que *l'état des règles internes* est, en tant que tel, pris en compte ?

Conclusion de la section : obligation relative à la réalisation de situations individuelles ou à l'état des règles internes ?

Cette jurisprudence relative aux règles immédiatement exécutoires contraires aux obligations de comportement opératif de l'Etat, dont la production et le maintien – voire l'absence – sont tenus pour des faits internationalement illicites, a un caractère fort ambigu. On vient de relever que les domaines où elle trouvait à s'appliquer appartenaient, dans l'ensemble, au droit privé *lato sensu*, droit privé sur lequel, on le verra bientôt, porte les obligations de comportement normatif. Dès lors, on est tenté de se demander si la violation consacrée est effectivement celle d'une obligation de comportement opératif, relative à la réalisation d'une situation individuelle, ou bien celle d'une obligation relative à l'état des règles internes, dont l'objet serait cette fois le comportement normatif de l'Etat.

Dans son opinion jointe à l'arrêt *Markx*, le juge Fitzmaurice a ainsi pu relever le caractère artificiel de l'interprétation de l'article 8 et de sa violation par la production d'une règle relative au statut personnel des individus. La protection de la vie privée et familiale se limitait selon lui à une « protection domiciliaire » contre des ingérences des organes de l'Etat et ne pouvait s'appliquer à

⁵⁵³ Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, Série A, n°112

⁵⁵⁴ Groupe spécial, rapport du 5 septembre 1997, *Inde – Brevet (États-Unis)*, préc., § 57.

une question « d'état civil »⁵⁵⁵. A son avis, « les questions d'état et les questions de vie familiale se rapportent à des ordres différents de concepts juridiques »⁵⁵⁶ et l'interprétation extensive de la Cour relève du « tour de passe-passe »⁵⁵⁷. En effet, la Cour transforme quasiment l'obligation issue de l'article 8, obligation de réalisation d'une situation individuelle, en une obligation imposant à l'Etat un comportement normatif : faire en sorte que son droit civil interne soit conforme au modèle ici posé : « (e)n substance, l'arrêt de la Cour constitue une dénonciation d'une partie du droit belge en tant que tel et *in abstracto*, parce que celui-ci ne reconnaît pas à l'enfant naturel la qualité juridique d'enfant de sa mère dès la naissance »⁵⁵⁸ L'objet de l'obligation serait ainsi fondamentalement transformé. En va-t-il de même de la violation correspondante ?

En réalité, il est toujours possible d'analyser la production et le maintien de ces règles de droit privé comme des faits internationalement illicites, en violation d'obligations de comportement opératif, même si ces dernières reçoivent ici une interprétation particulièrement extensive. Le juge Fitzmaurice critiquait ainsi cette interprétation, mais, en l'admettant, reconnaissait que la production d'une règle immédiatement exécutoire puisse en réaliser la violation, par atteinte à la situation individuelle :

« Bien que, de manière générale, il n'entre pas dans les attributions de la Cour d'incriminer les lois des Etats membres pour la seule raison qu'elles se concilient mal avec la Convention ou peuvent aboutir à des violations de celle-ci (normalement, c'est donc à une mesure particulière adoptée en vertu ou à cause de la loi, et aboutissant à une violation, qu'on doit s'en prendre et non à la loi elle-même), je reconnais que quand la loi en soi produit la violation (s'il y en a une) par son action directe, *ex opere operato*, elle peut être attaquée même en l'absence de négligence ou d'acte de l'autorité, ou de mesure fondée sur la loi. »⁵⁵⁹

Des obligations de comportement opératif peuvent ainsi agir, par ricochet, sur l'uniformisation du droit privé puisque ces règles apparaissent souvent, au regard du droit international, comme atteignant immédiatement les sujets internes.

L'ambiguïté de ces obligations rejaillit sur le mode de violation du droit international. Est-ce véritablement la production d'actes juridiques et le maintien en vigueur de ces derniers qui

7. ⁵⁵⁵ Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., opinion dissidente du juge G. Fitzmaurice, §

⁵⁵⁶ *Ibid.*, § 11.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, § 5.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, § 28.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, § 28.

réalise le fait internationalement illicite, ou bien doit-on admettre que c'est cette fois l'état du droit interne qui est en cause ? Considérer leur production, leur maintien en vigueur, voire même l'absence d'une telle production comme des faits internationalement illicites relève à notre sens d'une fiction, mais d'une fiction absolument nécessaire pour maintenir l'objet traditionnel des obligations internationales inchangé : la réalisation de situations individuelles, et non l'état du droit interne⁵⁶⁰.

La production et le maintien de règles juridiques internes qui modifient en elles-mêmes des situations individuelles sont donc susceptibles d'être tenus pour des violations d'obligations de comportement opératif du droit international, exactement sur le même mode qu'une violation réalisée par la production d'un acte individuel. D'autres règles franchissent en revanche un degré d'abstraction et ne peuvent être analysées de la sorte. Le conflit qui les oppose à ces obligations internationales doit donc à présent être étudié.

⁵⁶⁰ Cette fiction était particulièrement flagrante dans l'affaire *Inde – Brevets* précitée (Groupe spécial, rapport du 5 septembre 1997, *Inde – Brevets (États-Unis)*, préc., et Organe d'appel, rapport du 19 décembre 1997, *Inde – Brevets (États-Unis)*, préc.), alors que l'absence d'une législation indienne relative à l'octroi de certains brevets était en cause. On perçoit clairement que c'est davantage l'état du droit indien relatif aux brevets, lequel atteint immédiatement les sujets internes (le Groupe spécial évoque en effet « la protection des attentes légitimes », essentielle pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral », Groupe spécial, rapport du 5 septembre 1997, *Inde – Brevets (États-Unis)*, préc., § 47. L'organe d'appel récuse l'emploi de ce concept en l'espèce (Organe d'appel, rapport du 19 décembre 1997, *Inde – Brevets (États-Unis)*, préc., § 36) En réalité, ce n'est en effet pas de l'attente légitime des États dont il était question, mais bien de celle des sujets internes, lesquels étaient immédiatement touchés par la législation indienne. On perçoit alors clairement que l'obligation internationale est presque interprétée telle une obligation matériellement privée, dont l'objet serait cette fois le comportement normatif de l'État et non son comportement opératif. Les apparences sont toutefois préservées et ce n'est pas la non-conformité du droit interne qui sera mise en cause, mais l'absence de production d'une législation déterminée.

Section 2. Cas des règles non immédiatement exécutoires

Le droit international isole les règles de droit interne *non immédiatement exécutoires*, qui n'atteignent pas, sans norme d'application subséquente, les situations individuelles, règles qu'il nous faudra identifier plus précisément (§ 1). Le conflit qui les oppose éventuellement à une obligation de comportement opératif ne peut cette fois être qualifié de contrariété. Ces règles sont *incompatibles* avec l'obligation de droit international, incompatibilité qui ne donnera pas lieu à un fait internationalement illicite (§ 2).

§ 1. *Identification des règles non immédiatement exécutoires*

Le critère d'identification des règles non immédiatement exécutoires, lesquelles ne peuvent être à l'origine d'une violation d'obligation de comportement opératif, est sans doute la part d'habilitation qu'elles comportent. Elles confèrent en effet à un organe de droit interne le pouvoir de créer une norme d'application. Disposant toujours d'une large marge d'appréciation dans la création de la norme en elle-même (A), le pouvoir de l'organe chargé de l'application de la règle peut, en revanche, être parfois lié quant au moment de la production de l'acte subséquent (B).

A. Pouvoir discrétionnaire conféré à l'organe chargé de son application : un pouvoir normatif

Introduction

Ainsi qu'on l'a déjà évoqué, la jurisprudence du GATT de 1947 puis de l'O.M.C. établit une classification des actes juridiques internes selon que leur production peut ou non être tenue pour une violation du droit du commerce international. Les lois dites « impératives » sont des lois immédiatement exécutoires portant elles-mêmes atteinte aux situations individuelles des opérateurs économiques. Dans le langage du commerce international, s'y opposent les règles « dispositives » qui ne peuvent être tenues pour des violations car elles ne touchent pas les sujets internes, individuellement. La distinction renvoie ainsi à la nature du pouvoir de l'autorité qui va en assurer l'application. Soit celui-ci ne bénéficie que d'un pouvoir lié, n'étant pas habilité à appliquer l'acte général par la production d'une norme mais simplement à en déclencher

l'exécution dans un cas particulier, en quel cas la loi est dite « impérative ». Soit l'organe va réellement être habilité à préciser la règle générale, l'adapter à un cas individuel, autrement dit produire un nouvel acte juridique d'application dont le contenu n'est pas strictement déterminé⁵⁶¹. Ce pouvoir a alors pu être qualifié de « discrétionnaire » par les organes de règlements de différends de l'O.M.C.⁵⁶² Ces règles « dispositives » ouvrent la voie non à de simples comportements matériels, mais à la production de normes d'application⁵⁶³. Formule tout aussi contestable que la première, elle désigne ces règles non immédiatement exécutoires dont le critère d'identification semble être le pouvoir laissé à l'organe chargé de l'application de ladite règle, qui leur laisse une marge d'appréciation. Ces règles comportent donc une part d'habilitation⁵⁶⁴, et plus précisément habilitation à la création d'une norme. Ce *pouvoir normatif* conféré par la règle non immédiatement exécutoire semble être un critère déterminant en droit international les règles qui ne peuvent réaliser la violation d'obligations relatives à la réalisation de situations individuelles. Par *comportement opératif* donc, le droit international n'entendrait que les règles « primaires » de l'Etat, ou – puisqu'aucune catégorie doctrinale établie dans l'abstrait ne recoupera jamais parfaitement celle, aux contours peu définis, établie au cas par cas en droit international – ces règles immédiatement exécutoires qui pèsent sur les sujets internes sans laisser de quelconque pouvoir normatif à l'autorité chargée de leur application. Cette absence de pouvoir normatif équivaut, en fin de compte, à une absence de pouvoir : l'organe n'en a en effet aucun lorsqu'il s'agit d'éviter la violation du droit international. Par pouvoir donc, l'ordre international ne perçoit que celui, discrétionnaire, laissé aux organes internes habilités à produire des normes d'application et non seulement à produire des « actes condition » d'une exécution de la règle dans le chef d'un sujet interne. Les règles comportant une telle part d'habilitation ne sont donc pas, du

⁵⁶¹ Dans ce cas, « ce sont les auteurs de l'acte juridique qui fixent eux-mêmes le contenu d'obligations et de droits visés par l'acte juridique, ce sont eux qui fixent les normes qui vont entrer en vigueur ; en d'autres termes, ils sont aussi et même d'abord les créateurs ou les auteurs intellectuels de ces normes. », TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 147.

⁵⁶² Organe d'appel, rapport du 28 août 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, préc., § 89.

⁵⁶³ TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 147

⁵⁶⁴ Pour Kelsen, et même s'il en tire des conséquences fort différentes, toute règle de compétence est une norme d'habilitation : KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 76-77. Chez Hart, une distinction est opérée entre les règles habilitantes qui confèrent des pouvoirs, et celles imposant des obligations de manière analogue à des ordres appuyés de menaces : HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 51. Il développe ensuite : « Les règles du premier type, que l'on peut considérer comme fondamentales ou primaires, prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non. Les règles de l'autre type sont, en un certain sens, parasites ou secondaires par rapport aux premières ; elles veillent en effet à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre. Les règles du premier type imposent des obligations ; les règles du second type confèrent des pouvoirs, publics ou privés. Les règles du premier type visent des comportements qui impliquent un mouvement ou des changements d'ordre physique ; les règles du second type pourvoient à des opérations qui entraînent non seulement un mouvement ou un changement d'ordre physique, mais la création ou la modification de devoirs ou d'obligations. », *ibid.*, p.101. Pour G. Tusseau, il est fondamental d'isoler ces règles d'habilitation parmi l'ensemble normatif qui compose l'ordre juridique étatique : TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, op. cit.

point de vue du droit international, l'ensemble des règles internes qui confèrent un pouvoir, mais uniquement l'ensemble des règles internes qui confèrent un pouvoir *normatif*. Ces règles peuvent habiliter l'organe chargé de leur application à produire une autre règle juridique, tel un règlement d'application d'une législation (1) ou bien un acte normateur individuel (2).

1. Règles appelant une règle d'application subséquente

Lorsque la règle interne nécessite une autre règle avant toute application éventuelle, son degré d'abstraction apparaît élevé et elle ne peut être entendue comme un acte qui modifie juridiquement une situation individuelle. Le pouvoir de l'organe chargé de l'édition de l'acte d'application est d'autant plus discrétionnaire du fait que cet acte est général⁵⁶⁵. Incompatible, la règle initiale laisse toute liberté aux organes chargés de son application de violer le droit international. Toutefois, cette violation n'est encore qu'hypothétique puisqu'une règle d'application, qui peut être façonnée de manière à exclure un tel risque, doit encore être produite. De par leur faible degré de précision, ces règles internes n'affectent pas en elles-mêmes le sort des individus : tel est le cas des nombreuses législations qui nécessitent en droit interne des mesures réglementaires d'application ou encore des directives communautaires qui requièrent des Etats membres l'adoption de mesures de « transposition », n'ayant pas par principe d'effet immédiat sur les particuliers⁵⁶⁶. Ce cas de figure est illustré dans la jurisprudence afférente au GATT de 1947, et notamment dans l'affaire Etats-Unis – Pétrole⁵⁶⁷. Les lois fiscales américaines fixant pour le pétrole un taux de taxe plus élevé pour les produits importés que celui appliqué aux produits nationaux s'appliquent automatiquement aux opérateurs économiques qui sont dès lors soumis à cette taxe. Ainsi, elles peuvent être en elles-mêmes examinées au titre de la violation de l'article III. 2 du GATT qui oblige les Etats à accorder le traitement national aux produits importés en matière d'imposition intérieure⁵⁶⁸. En revanche, une dernière loi examinée par le groupe spécial prévoit une taxe dont le taux doit être précisé par voie réglementaire⁵⁶⁹. Elle n'affecte pas les situations juridiques individuelles tant que cette mesure réglementaire n'aura pas été publiée ; son

⁵⁶⁵ Le principe est le même en droit administratif : « (c)'est généralement dans l'exercice du pouvoir réglementaire que le pouvoir discrétionnaire se manifeste le plus pleinement, même lorsque le premier est exercé pour déterminer les modalités d'application des lois, dont les dispositions peuvent généralement être mises en œuvre de multiples façons, également conforme à ces dispositions ». (CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1034).

⁵⁶⁶ Voir *supra*, Introduction générale.

⁵⁶⁷ Groupe spécial, rapport du 17 juin 1987, *Etats-Unis — Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, préc.

⁵⁶⁸ *Ibid.* § 5.1.1.

⁵⁶⁹ *Ibid.* § 5.2.9 ; le même cas de figure se retrouve dans Groupe spécial, rapport adopté le 7 novembre 1990, *Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, I.B.D.D., S37/214, 243-244, § 84.

imprécision l'empêche d'être exécutoire et seule cette mesure générale d'application le sera. La voie du respect de l'obligation internationale est laissée ouverte :

« (d)u point de vue des objectifs généraux de l'Accord général, il est regrettable que les autorités fiscales américaines soient expressément appelées par la Loi sur le Fonds spécial à imposer une taxe incompatible avec le principe du traitement national ; mais comme cette loi leur donne aussi la possibilité d'éviter d'avoir à le faire en édictant des règlements, l'existence des dispositions concernant la taxe de pénalisation ne constitue pas en soi une violation des obligations découlant pour les Etats-Unis de l'Accord général. »⁵⁷⁰

De même dans l'exemple précité d'une loi autorisant le pouvoir exécutif à édicter un règlement d'interdiction d'importation d'une certaine catégorie de produits : le groupe spécial n'a pas admis qu'elle puisse bénéficier de la « clause du grand-père », et justifier l'édition de cette interdiction car les organes internes pouvaient toujours édicter une règle compatible⁵⁷¹. Cette dérogation ne couvre que l'exécution des lois dites « impératives », et non l'application de celles qui laissent encore une marge de manœuvre au pouvoir exécutif, telle une habilitation à la production d'une norme générale. Une loi habilitant le pouvoir exécutif à interdire certaines importations⁵⁷², de même, n'atteint pas les situations individuelles : elle n'empêche pas en elle-même les opérateurs économiques d'importer comme le fera la mesure réglementaire prise sur son fondement. Dans ce cas, la production de l'acte général d'application constitue une étape entre la loi et l'acte qui touchera concrètement la situation individuelle. Lui seul pourra être examiné comme susceptible violation de l'obligation internationale de l'Etat. La jurisprudence des groupes spéciaux et panels chargés du règlement des différends relatifs au GATT de 1947 est constante, comme le rappelle le groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Tabac* : une législation qui laisse à l'exécutif le pouvoir discrétionnaire d'agir de façon incompatible ne peut pas être contestée⁵⁷³.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ Groupe spécial, rapport du 22 juin 1989, *Norvège — Restrictions à l'importation des pommes et poires*, États-Unis c. Norvège. Un Groupe spécial a également pu, en 1992, refuser de couvrir par la clause de la législation en vigueur du Protocole d'application provisoire une loi canadienne sur les alcools autorisant à vendre de la bière, mais laissant aux régies provinciales un pouvoir de retrait de ces autorisations : Groupe spécial, rapport du 18 février 1992, *Canada — Importations, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, États-Unis c. Canada, § 5.9.

⁵⁷² Groupe spécial, rapport du 22 juin 1989, *Norvège — Restrictions à l'importation des pommes et poires*, préc.

⁵⁷³ Le groupe spécial analysait notamment dans cette affaire une loi de finance américaine relative aux redevances pour inspection à l'importation et à l'exportation en matière agricole. Le pouvoir exécutif américain, en l'occurrence le Département de l'Agriculture, disposant encore du pouvoir d'établir la structure des redevances en question, et pouvant ainsi les rendre conformes aux exigences de l'article VIII de l'Accord, la loi n'est pas considérée comme impérative, et donc pas susceptible d'être en elle-même incompatible : Groupe spécial, rapport adopté le 4 octobre 1994, *États-Unis — Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, préc.

2. Règles appelant un acte individuel d'application.

Ne sont pas non plus en mesure d'atteindre immédiatement les situations individuelles les règles internes qui nécessitent des mesures d'application non plus générales, mais individuelles. De la même façon, ces règles peuvent seulement être incompatibles avec les obligations de comportement opératif à la charge de l'Etat, et non contraires à celles-ci. Les actes subséquents pris sur leur fondement constitueront des situations individuelles uniques et non plus créées par le déclenchement objectif, par l'effet d'« actes condition », d'une règle à leur égard.

Dans le cadre du GATT, un règlement antidumping général des C.E.E. n'a pas, par exemple, été envisagé en lui-même par le groupe spécial réuni pour l'occasion. Ce dernier l'a en effet considéré comme laissant liberté aux organes chargés de son application – la Commission européenne et le Conseil des Communautés – d'imposer des droits antidumping envers un Etat déterminé. Leur pouvoir n'était pas lié et leur permettait simplement de prendre des règlements en ce sens⁵⁷⁴.

Les organes de règlement des différends relatifs aux instruments de protection des droits fondamentaux font ainsi porter leur contrôle sur l'application à la victime d'une règle comportant une part d'habilitation qui, à elle seule, permettait encore le respect de ses droits. La jurisprudence de la Cour interaméricaine est claire en ce sens : seules les règles immédiatement exécutoires peuvent porter atteinte aux droits individuels garantis par la Convention, et ainsi engager la responsabilité de l'Etat qui en est l'auteur. En revanche, « *(n)on self-executing laws simply empower the authorities to adopt measures pursuant to them. They do not of themselves constitute a violation of human rights.* »⁵⁷⁵ Faisant sienne la classification des règles selon la liberté laissée à l'organe doté du pouvoir de son application, la Cour refuse donc, au contentieux, de reconnaître aux autres règles internes le caractère de faits internationalement illicites. Elle refusait ainsi, jusqu'à un revirement jurisprudentiel⁵⁷⁶, de statuer sur des lois non immédiatement exécutoires qu'elle considère comme abstraites et insusceptibles d'atteindre en elles-mêmes les individus⁵⁷⁷.

A titre d'illustration des rares arrêts de la jurisprudence européenne qui semblent aller en ce sens, la Cour a, dans l'affaire *Golder*, porté son regard non seulement sur un règlement

⁵⁷⁴ Groupe spécial, rapport du 16 mai 1990, C.E.E. — *Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, Japon c. C.E.E., § 5.25.

⁵⁷⁵ C.I.A.D.H., avis du 9 décembre 1994, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, préc., § 42.

⁵⁷⁶ Voir *Chapitre 2*, Section 2.

⁵⁷⁷ C.I.A.D.H., arrêt du 14 septembre 1996, *El Amparo c. Venezuela (réparations)*, Série C., n°28, § 60.

pénitentiaire qui soumettait la correspondance des détenus à autorisation ministérielle, incompatible avec la protection de la vie privée, mais également sur la norme individuelle d'interdiction de la correspondance d'un détenu, adaptée à son cas d'espèce⁵⁷⁸. Même si l'arrêt de la Cour n'est pas parfaitement clair, un refus de correspondance n'aurait pu constituer une ingérence dans la vie privée des détenus, et donc être tenu pour une violation de la convention, que dans certaines circonstances. L'analyse de la norme individuelle ainsi produite était donc fondamentale et l'on ne pouvait préjuger de son contenu, ou des motifs de sa production, par l'examen *in abstracto* du seul règlement qui habilitait le ministre à l'édicter. Ce dernier était doté d'un pouvoir réellement discrétionnaire. Le juge G. Fitzmaurice le remarque dans son opinion jointe à cet arrêt. Selon lui seul l'acte individuel doit être analysé par la Cour et peut constituer une violation de l'obligation de respect de la vie privée : « (c)'est l'acte – en l'occurrence le refus d'autorisation – qui constitue l'ingérence, plutôt que le pouvoir de l'accomplir, attribué par une norme qui, en théorie, ne servira peut être jamais. »⁵⁷⁹

Si le pouvoir normatif de l'organe interne n'est peut-être pas aussi large dans les cas d'une production d'une norme individuelle que dans l'habilitation à produire une norme réglementaire, il n'en est pas moins un obstacle à la possibilité d'une violation du droit international par la loi abstraite qui l'énonce – ou la suppose⁵⁸⁰.

La règle en question dotera ainsi l'organe chargé de son application d'un pouvoir discrétionnaire quant à la détermination du contenu d'un acte d'application. Toutefois, il peut, dans certains cas, apparaître lié quant au moment de la production de cette norme d'application.

B. Pouvoir parfois lié quant au moment de la production de la norme d'application

Selon le professeur Tusseau, « (l) a permission semble la qualification déontique naturelle de l'usage d'une habilitation. »⁵⁸¹ L'habilitation pure ne se voit ainsi, en principe, attacher aucune prescription de comportement. Par exception toutefois, certaines habilitations seront quelques fois liées à des obligations d'en faire usage, lors de circonstances déterminées⁵⁸². C'est notamment

⁵⁷⁸ Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, préc., § 45.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, opinion séparée du juge G. Fitzmaurice, § 11.

⁵⁸⁰ L'énoncé habilitant n'est en effet pas nécessairement contenu dans la règle abstraite. Mais il sera supposé : une loi pénale est prescriptive de comportements et s'adresse aux individus ; elle suppose toutefois habilitation du juge à l'appliquer, et obligation d'user de cette habilitation. La norme d'habilitation est ici posée de manière plus générale par une règle constitutionnelle.

⁵⁸¹ TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 348.

⁵⁸² *Ibidem*, et p. 154.

le cas, en droit interne français, de l'exécutif qui se voit obligé d'exercer son pouvoir normatif afin de produire les règlements nécessaires à l'application de législations-cadre. De même, la règle d'habilitation supposée par toute loi pénale, qui confère au juge le pouvoir de produire des actes juridictionnels, se voit attacher une obligation d'en faire usage. Si le juge est libre dans son appréciation des faits et dans l'adaptation de la peine généralement prévue au cas d'espèce, il est bel et bien obligé de rendre un jugement et d'appliquer la loi si son appréciation le conduit à la reconnaissance d'un comportement incriminé, sous peine de se rendre coupable d'un déni de justice. Cette précision quant à l'éventuelle obligation d'usage d'une habilitation ne nous semble pas devoir remettre en cause la classification des règles précédemment établie ; cette dernière semblait clairement appliquée de manière systématique.

Malgré une liberté créatrice laissée aux organes de l'Etat, de telles règles ont parfois été perçues par le droit international comme de nature « impérative », selon le terme employé en droit de l'O.M.C., autrement dit ne laissant à l'organe chargé de son exécution qu'un pouvoir lié. L'O.R.D. a en effet pu énoncer que le pouvoir d'interprétation et d'application de la loi interne reconnu à la branche judiciaire de l'Etat ne pouvait être entendu comme discrétionnaire. L'organe d'appel chargé du règlement du différend relatif à la *Loi antidumping de 1916* a ainsi jugé que « le pouvoir discrétionnaire dont il s'agit, afin de faire la distinction entre législation impérative et législation dispositive, est un pouvoir discrétionnaire conféré à l'exécutif »⁵⁸³, reniant aux juges internes, perçus comme de simples agents d'exécution, tout pouvoir normatif. Cette qualification semble donc reposer, cette fois, non plus sur la liberté laissée à l'organe dans la détermination du contenu d'une norme individuelle, mais sur sa liberté quant au choix du moment d'usage de ce pouvoir. Encore une fois, il est indéniable que le juge dispose d'un certain pouvoir normatif ; il n'est en revanche pas libre d'en faire usage quand bon lui semble. Cette obligation de faire usage d'une habilitation, en augmentant très certainement la probabilité d'une violation de l'obligation internationale, a donc permis un déplacement sensible de la frontière entre règles qui peuvent être contraires aux obligations de comportement opératif de l'Etat et règles qui restent abstraites et ne seront examinées au titre d'une violation. Dans la jurisprudence de la Cour européenne, ainsi, des lois pénales incriminant certains comportements homosexuels ont pu être examinées au titre de la violation de la Convention, alors même qu'elles n'étaient pas appliquées au cas d'espèce⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Organe d'appel, rapport du 28 août 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, § 89, nous soulignons.

⁵⁸⁴ En référence aux affaires *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Série A*, n° 45, *Norris c. Irlande*, Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1988, *Série A*, n° 142, et *Modinos c. Chypre*, Cour E.D.H., arrêt du 22 avril 1993, *Série A*, n° 259.

Vers un abandon de la distinction entre règles impératives et dispositives

La qualification de règles d'habilitation auxquelles sont attachées une obligation d'en faire usage apparaît comme une manœuvre, quelque peu artificielle, afin d'élargir la catégorie des actes susceptibles d'être contraires aux obligations internationales visant la réalisation de situations individuelles. L'argumentation des CE et du Japon dans l'affaire de la *Loi antidumping de 1916* nous guide dans cette analyse : ils plaidaient en effet pour un assouplissement, voire un abandon de la dichotomie entre « lois impératives » et « lois dispositives » afin de permettre aux groupes spéciaux de connaître des dernières, susceptibles selon eux de constituer une violation des Accords⁵⁸⁵. La jurisprudence de l'O.R.D. de l'O.M.C., sans adopter de position aussi tranchée, confirme tout de même une évolution dans le traitement des règles de droit interne incompatibles avec le droit international. Elle étend tout d'abord la notion de « loi impérative » au point de lui faire perdre sa signification initiale, avec pour finalité l'examen de lois initialement hors d'atteinte. Cela apparaît clairement lorsque le groupe spécial énonce, avant de déclarer la loi antidumping non impérative, qu'une qualification contraire aurait pour effet de les empêcher d'« examiner si elle est en soi conforme aux dispositions pertinentes de l'Accord sur l'O.M.C. » lui permettant seulement d'« en examiner la conformité dans des cas particuliers d'application »⁵⁸⁶. La qualification de la législation interne est désormais instrumentalisée et ne répond plus aux critères initialement dégagés. Une évolution radicale en ce sens est marquée par l'affaire dite de la *Section 301*, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. Une certaine gêne du groupe spécial était palpable : tant dans la détermination du contenu de la norme d'application que dans le choix du moment de son usage, le pouvoir de l'autorité chargée de l'application de la règle était discrétionnaire. Elle a tout de même été analysée comme susceptible de violer des dispositions de l'accord, le groupe spécial considérant ici la distinction entre lois « impératives » et « dispositives » comme non relevante⁵⁸⁷. Si son rejet définitif n'a pas été véritablement consacré par le Groupe d'appel, celui-ci refusant, dans l'affaire de l'*Acier traité contre la corrosion*, de se prononcer « d'une manière générale quant à la question de savoir dans quelle mesure la distinction impératif/facultatif restait pertinente ou importante », elle sera considérée comme un simple « outil analytique » susceptible de « varier d'un cas à l'autre »⁵⁸⁸, qui ne sera ainsi plus appliqué « de

⁵⁸⁵ Groupe spécial, rapport du 31 mars 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, CE c. Etats-Unis, WT/DS136/AB/R, § 3.59 ; Groupe spécial, rapport du 29 mai 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, Japon c. Etats-Unis, WT/DS162/AB/R, § 3.45 ; dans le sens de cette interprétation : LESAFFRE (H.), *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, , 614 p., p. 43.

⁵⁸⁶ Organe d'appel, rapport du 28 août 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, § 79.

⁵⁸⁷ Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, voir *infra*, Chapitre 2.

⁵⁸⁸ Organe d'appel, rapport du 9 janvier 2004, *Etats-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion en provenance du Japon*, WT/DS244/AB/R, § 93.

façon mécanique »⁵⁸⁹. La possibilité de se départir de cet outil permet de dépasser la frontière traditionnelle des « lois impératives », consacrant un élargissement de la catégorie des règles internes susceptibles d'être à l'origine de la violation du droit de l'O.M.C.

Cet élargissement, s'il conduit à la reconnaissance de la violation d'obligations de comportement opératif de l'Etat, du fait de règles habilitant ses organes à la production de normes subséquentes, nous semble très critiquable. En effet, le conflit qui oppose lesdites règles à ces obligations n'est pas une *contrariété* mais une *incompatibilité*, ne donnant pas lieu à un fait internationalement illicite.

§ 2. ***Caractérisation du conflit avec une obligation de comportement opératif.*** *Incompatibilité, ne donnant pas lieu à un fait internationalement illicite*

Introduction. Le rapport d'incompatibilité

Les règles internes dont il est ici question, non immédiatement exécutoires, ne donnent aux organes de l'Etat que le *pouvoir de réaliser* un fait internationalement illicite, sans le réaliser par elles-mêmes. Un certain usage de leur habilitation conduirait à la violation de l'obligation internationale. Le rapport entre droit interne et obligation internationale est ici un conflit entre deux normes en principe applicables, mais qui ne peuvent être appliquées de concert : la réalisation de l'une conduit au non-respect de l'autre. Nous qualifions donc ce conflit d'*incompatibilité*, terme dont la signification juridique est ici proche du sens commun – qui ne peuvent s'entendre, se concilier –, également employé en mathématiques pour qualifier la relation entre des événements qui ne peuvent se réaliser simultanément. Précision essentielle toutefois, quant à l'emploi de ce vocable dans le contexte qui nous est propre : les éléments de la relation dont nous faisons état existent bel et bien ensemble, chacune dans leur ordre juridique, et ne se heurtent pas l'une l'autre tant que leur réalisation n'est pas d'actualité. Un tel conflit n'est donc pas un rapport de contrariété, et ne donnera pas lieu à la violation de l'obligation internationale en question, obligation de comportement opératif. Cette assertion s'appuie tant sur la doctrine que sur la jurisprudence (A). Pourtant, on doit noter des cas, non isolés aujourd'hui, de reconnaissance jurisprudentielle de faits internationalement illicites nés de règles non

⁵⁸⁹ Organe d'appel, rapport du 18 avril 2006, *États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, WT/DS294, § 214, confirmant le rapport précédent.

immédiatement exécutoires. Loin de contredire nos propos, ces cas doivent recevoir une toute autre analyse (B).

A. Incompatibilité de la règle interne avec l'obligation internationale ne donnant pas lieu à une violation de cette dernière

1. Dans la doctrine

La règle interne habilite à la réalisation d'une situation contraire à celle prescrite par le droit international, mais ne réalise pas elle-même cette situation : les normes interne et internationale sont seulement incompatibles. Ce cas de figure nous renvoie aussitôt à la situation des traités incompatibles : ils prescrivent aux Etats des comportements qu'ils ne peuvent respecter de concert. Un Etat qui conclut un tel traité ne se situe toutefois pas en violation du traité antérieur, dès lors que cette production n'est pas en elle-même un fait internationalement illicite aux termes du premier instrument. Il n'y a là qu'une « mise en danger des droits des parties à l'une et l'autre convention »⁵⁹⁰, et le principe *Pacta sunt servanda* n'est pas atteint. Les obligations visant à la réalisation de situations individuelles n'ont justement pas pour objet la règle générale par laquelle les organes de l'Etat seront habilités à réaliser cette situation. L'incompatibilité entre une législation interne abstraite et une obligation visant la réalisation d'une situation individuelle ne se résout pas en une situation de violation de cette dernière ; la violation en question n'est que potentielle. D. Anzilotti l'affirme clairement : le plus souvent,

« le droit international se borne à déterminer la conduite que l'État doit tenir en telles ou telles circonstances, en lui laissant toute liberté de se donner les lois qu'il juge propres à assurer cette conduite. Dans ces cas, la loi, en soi, est indifférente au point de vue du droit international : elle ne saurait donc en constituer une violation, bien qu'elle puisse déterminer une activité de l'État contraire au droit international. Le fait illicite n'est pas la loi, mais l'action qui dérivera de la loi : seule, cette action pourra engager la responsabilité internationale de l'État. »⁵⁹¹

Nous réitérons nos propos précédents : il ne faut pas méconnaître ici la liberté laissée à l'organe interne par la règle d'habilitation. Grâce à ce pouvoir discrétionnaire il pourra, et devra s'il entend éviter d'engager la responsabilité internationale de l'Etat, interpréter la norme générale dans un

⁵⁹⁰ KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, , XLI-756 p., p. 292.

⁵⁹¹ ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 294. Ce raisonnement relatif à la protection des étrangers est applicable à l'ensemble du droit international qui vise la réalisation d'une situation en droit interne.

sens compatible avec le droit international, autrement dit n'user de son habilitation qu'en ce qu'elle permet le respect des obligations de l'Etat. Le droit international reconnaît cela, en érigeant en principe d'interprétation des règles de droit interne la présomption de leur compatibilité avec le droit international⁵⁹². Puisque le caractère normatif du pouvoir juridictionnel semble être le plus contesté, penchons-nous un instant sur le rôle du juge interne dans la résolution d'un conflit de normes de droit interne et de droit international. Est-il réellement lié par la loi nationale incompatible avec le droit international ? Tout dépend, bien entendu, des règles constitutionnelles de l'Etat en question. Généralement toutefois, le juge, en interprétant la loi, peut lui donner un sens différent et compatible avec le droit international. Il peut en outre définir son champ d'application de façon à écarter l'application de la loi dans certaines circonstances. Il peut enfin, s'il n'arrive pas à dépasser ce conflit, préférer la norme internationale. Car outre une marge de manœuvre dans l'interprétation de la loi, de son contenu et de son champ d'application, il existe des règles internes de conflit prescrivant aux organes d'écarter la loi contraire au droit international. C'est le cas de l'article 55 de la constitution française, tel qu'interprété par le Conseil Constitutionnel dans sa célèbre décision I.V.G. de 1975⁵⁹³. Ce serait également méconnaître le concept de désuétude. Certaines lois, toujours en vigueur dans l'ordre juridique interne, ne sont tout simplement jamais appliquées. Soit les règlements nécessaires à leur application n'ont jamais été pris, les laissant lettre morte, soit que la formation d'une nouvelle règle coutumière les abroge de façon informelle. Ce maintien en vigueur, purement formel donc, ne peut constituer une violation du droit international. Devant la Cour européenne, la défense du Royaume-Uni dans l'affaire *Dudgeon* va en ce sens : une loi réprimant pénalement des comportements homosexuels dans une partie de l'Etat ne constitue pas une ingérence dans la vie privée des individus protégés par la C.E.D.H. Maintenu formellement en vigueur par le fruit d'un hasard constitutionnel – elle a été modifiée dans tout le Royaume-Uni, mais pas en Irlande du Nord à l'époque dotée d'un Parlement autonome – la loi n'était plus appliquée à des majeurs consentants, et pouvait être considérée comme désuète sur ce point⁵⁹⁴. L'opinion dissidente du juge Matscher sous cet arrêt confirme ce point de vue : « Le Gouvernement a affirmé que, depuis longtemps (...) , il n'y a eu aucune poursuite pénale dans des circonstances correspondant à l'affaire en cause. (...) J'en conclus qu'en pratique, la commission d'actes homosexuels, en privé et entre des adultes consentants, n'est pas poursuivie. (...) Dans ces circonstances, l'existence chez le requérant, à cause de la législation en vigueur, de « sentiments de peur, de souffrance et

⁵⁹² JENNINGS (R.), WATTS (A.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992, 9^e éd., XIII-1333 p., p. 81-82 ; c'est également la défense soulevée par les Etats-Unis dans l'affaire de la *Loi antidumping de 1916*, *op.cit.*, § 3.23.

⁵⁹³ C.C., décision du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, 74-54 DC, *Rec.*, p. 19.

⁵⁹⁴ Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc.

d'angoisse » (...) me paraît, tout au contraire, fort peu probable.»⁵⁹⁵ En ce sens également, R. Ago énonçait ainsi que

« (l)e fait que l'État tenu par une obligation de ce type ait pris une mesure, et notamment qu'il ait adopté une loi constituant *in abstracto* un obstacle à la réalisation du résultat requis, n'est pas encore une violation en soi, ni même une ébauche de violation de l'obligation en question. Il n'y aura violation que si l'on devait constater que l'État a failli *in concreto* d'assurer ledit résultat »⁵⁹⁶.

Si un État maintient en vigueur une législation qui habilite ses organes à adopter un fait illicite au regard du droit international, il ne viole pas encore ses obligations mais se place « *in a posture of non compliance* » selon l'expression de Sir G. Fitzmaurice⁵⁹⁷. Considérer qu'il y a d'ores et déjà violation reviendrait à préjuger de l'acte qui sera pris sur le fondement de cette habilitation, alors que, très justement, laisser une liberté créatrice à l'organe habilité est la caractéristique de ce type d'énoncé.

2. Dans la jurisprudence

La responsabilité de l'Etat n'est traditionnellement pas engagée du simple fait d'une incompatibilité entre une règle interne abstraite et une obligation internationale. C'est notamment ce que nous apporte la sentence de l'*Alabama*⁵⁹⁸, dans laquelle était en cause une loi britannique sur la neutralité – le *Foreign Enlistment Act*. Les obligations internationales en question, interétatiques, étaient justement relatives au comportement des gouvernements neutres vis-à-vis d'Etats belligérants : faire preuve d'une diligence suffisante pour empêcher le lancement de navires à usage de guerre à partir de leur territoire, ne pas permettre que des belligérants se servent de leurs eaux comme base d'opérations navales⁵⁹⁹. Il s'agissait bien d'une obligation de réalisation d'une situation individuelle : empêcher lesdits comportements. La loi britannique – le *Foreign Enlistment Act* – garantissait certes la neutralité de l'Etat, et réprimait toute action de navires battant pavillon d'un belligérant sur son territoire. Mais elle comportait une faille permettant la construction de navires pour le compte de belligérants. Ainsi, l'*Alabama* était destiné au combat des Confédérés américains. Construit au Royaume-Uni, cet Etat n'a pourtant pas usé de sa compétence territoriale pour prévenir ni réprimer les activités de ce navire. Les

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 34. De même dans l'affaire *Norris*, l'opinion dissidente du juge Valticos, approuvée par les juges Gölcüklü, Matscher, Walsh, Bernhardt, Carrillo Salcedo : Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, préc., p. 24-25

⁵⁹⁶ AGO (R.), « Sixième rapport... », préc., § 37 p. 19.

⁵⁹⁷ FITZMAURICE (Sir G.), « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *R.C.A.D.I.*, 1957-II, vol. 92, p. 1-227, p. 89.

⁵⁹⁸ Sentence du 14 septembre 1872, *Alabama*, *R.A.I.*, II, p. 713-983.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 779.

Etats-Unis considéraient donc le *Foreign Enlistment Act* comme insuffisant, ne permettant pas au gouvernement britannique le respect de ses obligations de puissance neutre. Le Royaume-Uni estime quant à lui sa loi compatible, lui permettant d'assurer la répression de tous les actes qu'il a l'obligation d'empêcher d'après le droit international⁶⁰⁰. En outre, « l'instrument interne que l'Angleterre avait à sa disposition pour s'acquitter de ses devoirs était supérieur à celui que les Etats-Unis avaient à la leur »⁶⁰¹ ; le défendeur conclut ainsi que « l'Angleterre a employé d'une manière plus que complète l'instrument, d'ailleurs très précis et très sûr, que son droit interne mettait à sa disposition pour l'exécution de ses obligations internationales. »⁶⁰² Pourtant, l'ensemble de l'affaire révèle clairement que la règle interne ne heurte en rien l'obligation interétatique de neutralité, et plus précisément de prévention et de répression de certains comportements individuels, et seules importent les mesures prises au moment de la survenance dudit comportement à éviter. Les Etats-Unis relèvent eux-mêmes qu'une loi laissant un pouvoir discrétionnaire peut ne pas empêcher des mesures de répression : « l'autorité se garde bien d'interpréter la loi, si peu serrée soit-elle, d'une manière faible et relâchée »⁶⁰³. En somme, il n'est reproché à la Grande-Bretagne le laxisme de sa législation, mais le fait de se protéger derrière ce qu'elle interprète comme une impossibilité, issue de cette loi interne, de réprimer certains comportements⁶⁰⁴. Le grief portant sur la loi de neutralité elle-même disparaîtra ensuite de l'argumentation américaine, laquelle se concentrera sur l'aide concrète apportée aux sudistes par le navire Alabama. La prévention doit être examinée de façon concrète, sans égard à l'organisation interne de l'Etat. Même si la législation britannique permettait une répression suffisante – ce qui n'a pas ici été tranché – encore faudrait-il que cette habilitation soit, le moment venu, correctement interprétée et utilisée. L'absence de règle interne habilitant à une prévention et répression n'aurait, en revanche, pas pu être qualifiée de fait internationalement illicite et ce n'est qu'à la survenance de l'événement que l'Etat aurait été jugé défaillant. Si le Royaume-Uni a manqué à ses obligations de prévention et de répression, c'est du fait de son omission dans les faits concrets entourant le navire, et non du fait de la production et du maintien en vigueur de sa législation interne⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 796.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 797.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 798.

⁶⁰³ A propos de la loi similaire française, utilisée pour prohiber des comportements plus nombreux, *ibid.*, p. 805.

⁶⁰⁴ Plus loin, la Grande-Bretagne se défendra de vouloir « échapper à ses devoirs internationaux », mais estimera que le devoir de diligence est rempli dès lors qu'« un gouvernement a promulgué des lois raisonnables en vue de l'accomplissement de ses devoirs et les a appliquées de bonne foi », *ibid.*, p. 852.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 891-892.

En matière de respect de la propriété des étrangers, il est de même généralement constaté que la règle relative à l'expropriation n'est pas internationalement pertinente et que seul un acte individuel viole l'obligation. Ainsi une loi américaine permettant des réquisitions de navires ne portait pas atteinte à la propriété privée des étrangers, qui ne sont dépossédés que par l'application de cette règle, soit l'ordre concret de réquisition⁶⁰⁶. De même dans l'Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* portée devant la C.P.J.I., alors qu'une loi polonaise permettait des expropriations contraires à ses obligations conventionnelles, aucun jugement *in abstracto* de cette dernière n'a été opéré et seule son application a été tenue pour fait internationalement illicite⁶⁰⁷. Comme dernier exemple, nous citerons la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama dans l'affaire de la *Mariposa*, qui exclut que la production d'une règle interne en vertu de laquelle des particuliers peuvent être expropriés puisse constituer une violation des obligations internationales de l'Etat relatives au traitement des étrangers sur son territoire⁶⁰⁸.

Aucune violation de l'obligation de comportement opératif ne devrait être reconnue du seul fait de la production, du maintien d'une règle non immédiatement exécutoire, même si l'organe chargé de son application avait obligation de faire usage de son habilitation. Ainsi, dans l'affaire *LaGrand*, l'Allemagne, demandeur, avait nettement mis en cause la doctrine de la carence procédurale, règle procédurale contumière américaine dictant aux tribunaux fédéraux de refuser tout moyen qui n'aurait pas déjà été soulevé devant les tribunaux des Etats fédérés. Or la Cour a interprété l'article 36. 2 de la Convention de Vienne sur la protection consulaire comme imposant à l'Etat, à la suite d'un manquement à une obligation de notification préalable, de permettre la révision de procès rendus alors que le défendeur étranger ne s'était pas vu notifier son droit à assistance⁶⁰⁹. La règle de la carence procédurale lui était donc incompatible. L'Allemagne ne demandait toutefois pas l'engagement de la responsabilité des Etats-Unis sur le fondement du maintien en vigueur de cette doctrine, mais agissait davantage en restauration de la légalité afin d'empêcher les Etats-Unis de l'appliquer de nouveau. La Cour n'en a pas moins été amenée à examiner cette règle, et conclure qu'elle avait pour effet de conduire à une violation de

⁶⁰⁶ Voir notamment C.P.A., sentence du 13 octobre 1922, *Réclamations norvégiennes*, Norvège/Etats-Unis, R.S.A., vol. I, p. 309 et s., spéc. p. 333.

⁶⁰⁷ C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, préc. Il est toutefois à noter que cette demande avait été retirée. Le grief allemand visait initialement la loi polonaise (voir C.P.J.I., arrêt du 25 août 1925, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (exceptions préliminaires)*, Allemagne c. Pologne, Rec., Série A, n° 6, p. 5.

⁶⁰⁸ Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Panama, décision du 28 juillet 1926, *Mariposa Development Company*, R.S.A., vol. VI, p. 340-341.

⁶⁰⁹ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 91.

l'obligation internationale⁶¹⁰. Elle a cependant rejeté sa mise en cause en tant que telle, considérant que « la violation du paragraphe 2 de l'article 36 a découlé des circonstances dans lesquelles a été appliquée la règle de la carence procédurale, et non de la règle elle-même. »⁶¹¹ Dans l'affaire *Avena*, le Mexique n'a soulevé aucun moyen relatif cette règle abstraite ; toutefois la Cour rappelle l'obligation qui incombait aux Etats-Unis : ils se devaient de ne plus l'appliquer, et permettre les recours sans quoi ils violeraient leur obligation internationale. Elle précise ainsi que la convention a été violée chaque fois que la doctrine a été utilisée par un juge pour refuser la révision d'un procès rendu en raison d'une violation de l'obligation de notification. Aucune violation ne peut toutefois être relevée lorsque celle-ci a été écartée⁶¹², ce qui apporte la preuve que le maintien en vigueur de cette règle abstraite n'est pas, en soi, une violation de l'obligation relative à la réalisation d'une certaine situation individuelle des ressortissants étrangers.

La jurisprudence internationale n'est toutefois pas toujours aussi claire, et des cas dans lesquels une violation a été reconnue alors qu'une règle non immédiatement exécutoire était pourtant inappliquée se rencontrent. Il doivent cependant recevoir une analyse différente : si un fait internationalement illicite peut éventuellement être reconnu, ce n'est pas en raison de la violation de l'obligation de comportement opératif à la charge de l'Etat.

B. Recherche d'une autre analyse des cas de reconnaissance d'un fait internationalement illicite.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne, l'affaire *Dudgeon* consacre pour la première fois une violation de la C.E.D.H. du fait d'un *risque* encouru par l'individu requérant. La loi réprimant pénalement les comportements homosexuels soumet l'individu à une alternative : respecter la loi et s'abstenir du comportement prohibé, ou l'accomplir et « s'expos(er) à des poursuites pénales »⁶¹³. L'individu est exposé à un danger d'ingérence dans sa vie privée, ce qui, pour la Cour, « constitue une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant ». Le risque d'ingérence est assimilé à une ingérence, et l'Etat est désormais responsable du « maintien en vigueur » de cette législation. Il est vrai qu'en l'espèce, la loi avait reçu un commencement d'application, et le risque pouvait ne pas sembler totalement virtuel même si l'aboutissement des poursuites était fort peu probable en raison de la désuétude de la loi précédemment évoquée. L'arrêt *Norris* illustre encore mieux cette théorie du risque développée par la Cour : la loi pénale,

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ *Ibid.*, § 125.

⁶¹² C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena* ..., préc., p. 113-114.

⁶¹³ Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc., p. 18.

irlandaise cette fois, incriminait de même les rapports homosexuels même entre adultes consentants, mais n'avait reçu aucun commencement d'application dans le chef du requérant, ni dans aucun autre cas depuis une longue période. La Cour le relève, concluant que « le requérant ne risqu(ait) guère de se voir inculper ». Elle note toutefois aussitôt que « les organes de poursuite n'ont pas pour politique déclarée de ne pas se prévaloir de la loi en la matière (...). Même non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, une loi non abrogée peut s'y appliquer à nouveau à tout moment, par exemple à l'occasion d'un changement de politique. On peut donc dire que le requérant risque de subir directement les effets de la législation attaquée »⁶¹⁴. Et la Cour de conclure que le maintien en vigueur de cette loi, par le risque qu'elle fait peser sur l'individu, constitue une ingérence dans sa vie privée et donc une violation de ce droit⁶¹⁵. L'argument avancé est principalement celui du risque qu'une telle législation fait peser sur les individus. L'ancien juge puis président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme Cançado Trindade, plaide fermement en ce sens. Ses opinions dissidentes sont systématiques lorsqu'un refus est opposé par la Cour à la reconnaissance d'un fait illicite issu d'une loi abstraite, comme dans l'affaire *El Amparo*. Il estime que

« la seule existence d'une disposition légale peut en elle-même créer une situation qui porte atteinte aux droits protégés par la Convention Américaine. Une loi peut certainement violer ces droits du simple fait de son existence, et, en l'absence d'une mesure d'application ou d'exécution, par *la véritable menace* qu'elle fait peser sur les personnes »⁶¹⁶

Dans l'affaire de la *Loi antidumping de 1916*, afin de mettre en cause directement la loi américaine établissant la procédure d'imposition des droits antidumping, le Japon argua qu'elle « dissuad(ait) » ses ressortissants d'importer aux Etats-Unis, ces derniers courant « un risque énorme et prohibitif » de sanctions pénales⁶¹⁷.

Toutes ces lois ne peuvent être analysées comme atteignant la situation juridique de requérants. Elles ne font courir qu'un risque de sanction d'un certain comportement interdit,

⁶¹⁴ Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, préc., p. 16, nous soulignons.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁶¹⁶ C.I.A.D.H., arrêt du 14 septembre 1996, *El Amparo c. Venezuela (réparations)*, *Annual report*, 1995-1997, opinion dissidente du juge Cançado Trindade, p. 174, notre traduction, nous soulignons. Texte original : « *the very existence of a legal provision may per se create a situation which directly affects the rights protected by the American Convention. A law can certainly violate those rights by virtue of its own existence, and, in the absence of a measure of application or execution, by the real threat to the person(s), represented by the situation created by such law.* » Voir, plus généralement, son cours à La Haye, et plus spécialement la partie relative à la naissance de la responsabilité : Voir son cours à La Haye : CANÇADO TRINDADE (A.) « International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium », *R.C.A.D.I.* 2005, vol. 316 p. 9-940 et vol. 317 p. 9-312, ici p. 91-98.

⁶¹⁷ Groupe spécial, rapport du 29 mai 2000, *Loi antidumping de 1916*, Japon c. Etats-Unis, préc., § 3.15, nous soulignons.

risque qui ne doit pas être confondu avec celui qui pèse sur un individu dont la situation a été juridiquement modifiée mais qui n'est pas encore affecté matériellement, dans l'attente de mesures d'exécution forcée à son égard. Cette notion de risque est particulièrement développée dans le cadre de l'examen par la Cour européenne de la condition de « victime » au titre des exceptions préliminaires⁶¹⁸. C'est donc de l'épée de Damoclès⁶¹⁹ gardée au-dessus de la tête des individus protégés par la Convention que la Cour entend se débarrasser. Consacrerait-elle ainsi un principe de responsabilité pour risque ? Très généralement rejeté en droit international, il s'agirait-là d'une jurisprudence audacieuse et dangereuse. Le droit international n'admet en effet pas de responsabilité de l'Etat sans fait internationalement illicite. La Cour ne déroge pas à ce principe, et reconnaît ici la violation d'une obligation : ce n'est pas le risque d'ingérence qui déclenche la responsabilité de l'Etat, mais une ingérence prétendument réalisée par ce risque. On perçoit la fiction sous-jacente au raisonnement : il est en réalité nécessaire, pour ériger une législation abstraite en fait internationalement illicite, de reconnaître l'existence d'une norme internationale distincte, interdisant à l'Etat de faire courir aux individus le risque en question. Une telle interdiction n'est plus relative à la situation des individus, mais s'y superpose, envisageant cette fois les situations générales qui en permettent la réalisation dans l'ordre interne. On renvoie ici à une idée « d'uniformisation » du droit interne qui combat ce type de risque, et « aspire à servir l'idéal de justice à travers la certitude du droit »⁶²⁰. Cette opinion est notamment défendue par M. Santulli qui affirme que « lorsque la Cour européenne retient la théorie du risque, elle interprète ou accepte la possibilité d'interpréter les dispositions substantielles de la Convention comme interdisant l'adoption ou le maintien en vigueur d'une loi ayant le contenu du texte litigieux. » La Convention est quasiment lue comme un instrument de droit uniforme.⁶²¹ Si elle ne le reconnaît jamais expressément, il n'en va pas de même de la Cour interaméricaine ou encore de l'O.R.D. de l'O.M.C., qui admettent que l'obligation violée est, en ce cas, la combinaison d'une obligation de comportement opératif avec une obligation qui s'y superpose, d'une nature toute différente. Il s'agit d'une obligation de comportement *normatif*, encore inenvisagée.

⁶¹⁸ Voir *infra*, Seconde Partie, Titre 2.

⁶¹⁹ Expression utilisée par M. Santulli : SANTULLI (C.), « Observations et propositions sur l'« extension » du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », *Liberté, justice, tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, vol. II, Paris, Bruylant, 2004, p. 1371-1397, p. 1380.

⁶²⁰ PAMBOUKIS (Ch. P.), « Droit international privé holistique », *R.C.A.D.I.*, 2007, vol. 330, p. 33.

⁶²¹ SANTULLI (C.), « Observations et propositions sur l'« extension » du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1380-1381.

Conclusion du chapitre

Nombre d'auteurs remarquent, à l'instar d'I. Brownlie, que si, d'ordinaire et comme on vient de le voir, la violation du droit international est constituée par l'application d'une législation, il peut arriver que celle-ci soit en elle-même à l'origine d'un fait internationalement illicite⁶²². Cette illicéité peut simplement recevoir plusieurs analyses. Traditionnellement en effet, les obligations internationales de l'Etat ne régissent que les comportements opératifs de ce dernier, comportements de *réalisation*, visant des situations individuelles, que nous avons qualifiés d'*opératifs*. Dans cette perspective, les règles internes en conflit avec les obligations de l'Etat ne peuvent donner lieu à un fait internationalement illicite, seule leur application réalisant véritablement une situation individuelle déterminée. Une exception devait toutefois être notée : la production de certaines règles juridiques internes, immédiatement exécutoires, pouvait être considérée, en elle-même, comme un comportement opératif et constituer un fait internationalement illicite en cas de conflit avec une obligation de l'Etat.

Il demeure toutefois que des règles internes, non immédiatement exécutoires, peuvent encore être à l'origine de faits internationalement illicites. Loin de contredire nos propos, ce constat provient simplement d'une autre perspective adoptée. Il faut ainsi envisager que les obligations primaires de l'Etat puissent ne pas régir exclusivement les comportements visant la réalisation de situations individuelles, comportements *opératifs*. L'Etat pourrait en outre être obligé, du fait d'obligations jusqu'alors inenvisagées, relativement à l'*état de ses règles internes*. Son comportement *normatif*, jusqu'alors ignoré, serait ainsi pris en considération, et deviendrait objet de ses obligations internationales. Il serait, selon la théorie de H. Triepel qui prend ici tout son sens car ne s'appliquait qu'aux *règles* de l'Etat, « immédiatement ordonné »⁶²³. D. Anzilotti le présentait très clairement, opposant le droit international qui « se borne à déterminer la conduite que l'Etat doit tenir en telles ou telles circonstances » à celui qui « ordonn(e) à l'Etat d'avoir ou de ne point avoir certaines règles juridiques »⁶²⁴. Seules ces obligations de comportement normatif pourraient être heurtées du simple fait des règles internes qui nécessitent la production d'une

⁶²² BROWNIE (I.), *Principles of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, XXXI-646 p., p. 370 : « Commonly a claimant must establish damage consequent on the implementation of legislation or the omission to legislate. However, it may happen that, particularly in the case of treaty obligations, the acts and omissions of legislature are ipso facto creative of responsibility. ». Voir, encore par exemple : COTTEREAU (G.), « Système juridique et notion de responsabilité », S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, 338 p., p. 3-90, spéc. p. 14.

⁶²³ TRIEPEL (H.), *Droit international et droit interne*, *op. cit.*, spéc. p. 296 et s. Ago, en effet, fondait en partie sa classification entre obligations de résultat et obligations de comportement déterminé sur la théorie de Triepel, alors que celle-ci s'applique exclusivement aux actes du législateur (*ibid.*, p. 305). Voir *supra*, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 1, § 1.

⁶²⁴ ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 294. Voir également CASSESE (A.), *International Law*, *op. cit.*, p. 219.

norme individuelle d'application. Ces obligations vont à présent retenir notre attention, afin d'analyser le conflit les opposant aux règles internes, qu'elles soient immédiatement exécutoires mais aussi et surtout non immédiatement exécutoires, ces dernières ne pouvant jusqu'alors être à l'origine d'un fait internationalement illicite.

Chapitre 2. Conflit avec les obligations de comportement normatif, relatives à l'état des règles internes

Introduction

Les normes internes peuvent-elles être atteintes, en tant que telles, par la réglementation internationale des activités de l'Etat ? Ne serait-ce pas alors du droit interne qu'il serait question, et non plus de son fait, érigeant ainsi un véritable principe de légalité internationale du droit interne et s'extrayant radicalement de la logique des prescriptions de comportements qui constituent traditionnellement le *corpus* normatif du droit international ? On peut toutefois concevoir que le fait du droit interne soit, en ce cas, toujours l'objet d'obligations, requérant de l'Etat un certain comportement. Alors, le « fait du droit interne » ne signifierait plus ici *la production et le maintien* éventuel d'actes juridiques, mais *l'état* des normes produites. Ces obligations tendraient cette fois à un certain *état des règles internes*, et non plus à la réalisation de situations individuelles. C'est ainsi un comportement tout à fait spécifique qui serait cette fois l'objet de la réglementation internationale : un *comportement normatif*, qui différerait profondément des comportements opératifs d'ordinaire requis de l'Etat. L'état des règles juridiques internes pourrait alors s'avérer contraire à ces obligations spécifiques s'il n'est pas celui exigé, donnant ainsi lieu à un fait internationalement illicite. De telles obligations sont-elles reconnues en droit international ? Quel peut être l'état des règles internationalement requis ?

On pense en premier lieu au mécanisme du « droit uniforme », bien connu en droit international privé. Les activités des sujets internes relèvent, potentiellement, de la réglementation d'une multitude d'Etats, au gré de leur nationalité, mais aussi de leurs déplacements ou de la nature de leurs actions. Les règles de droit privé internes possèdent en effet une « vocation universelle »⁶²⁵. Les divergences parfois profondes entre ces réglementations d'un Etat à un autre conduisent à une insécurité juridique des sujets internes, potentiellement soumis à des règles de

⁶²⁵ MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Revue critique de droit international privé*, 1979-I, p. 1-29, 1979-II, p. 350-388 et 1979-III, p. 537-583., ici p. 556-557. Il poursuit : ces règles sont susceptibles d'être appliquées, à défaut d'autres, à n'importe quelle situation. Cette particularité dérive directement de leur caractère abstrait : le législateur, en édictant une règle, ne prétend pas commander à tels ou tels individus, il se contente de poser, sans souci de localisation, une relation qui lui paraît opportune, rationnelle, entre un type de faits (énoncés dans le présumé) et un type d'effet juridique. » On reprendra ce raisonnement *infra*, Section 2. § 1.

contenu distinct. Le droit international privé tente de résoudre ce problème, par l'établissement de modèles de règles internes, « lois uniformes » que les Etats pourraient adopter. Ce phénomène du « droit uniforme » en droit international est ancien⁶²⁶ mais se trouve aujourd'hui dans une période d'expansion sans précédent. Pour éviter les situations bancales, et sous réserve d'une éventuelle *lex mercatoria*, il est admis dans la doctrine privatiste qu'un minimum de règles communes est indispensable aux relations privées transétatiques⁶²⁷. On perçoit nettement que ce mécanisme relève alors, matériellement, du droit privé. L'objet des « lois uniformes » est en effet la réglementation de rapports entre personnes privées. Il nous faut l'analyser sous l'angle des relations entre Etats : ces derniers peuvent-ils s'obliger, dans l'ordre international, à respecter ces « lois uniformes » ? Certainement pas : ces « lois » n'ont pas pour objet la conduite de l'Etat, mais celle de ses sujets internes. L'Etat, quant à lui, s'engagerait davantage à *faire respecter* ces modèles, ce qui implique qu'ils s'imposent, de manière générale et abstraite, à ses sujets en droit interne. L'Etat doit faire en sorte que les « lois uniformes » fassent droit dans son ordre juridique. L'obligation interétatique pourrait alors être interprétée telle une prescription de production de nouvelles règles juridiques internes, identiques à des modèles internationalement définis, par transposition purement mécanique. Cette vision est toutefois inexacte. A notre sens, l'Etat s'engage à un comportement *normatif*, par essence plus global : assurer la *conformité* de ses règles à ces modèles. Le sens commun du terme de *conformité* renvoie à un rapport de stricte similitude entre deux objets ; ce qui est conforme, c'est ce qui est formé – du latin *formo* – avec – *con* – un modèle, qui lui est donc exactement semblable. L'Etat devra faire en sorte que la loi interne soit conforme à la « loi uniforme ». Selon la précision de cette dernière, on parle *d'harmonisation* ou *d'unification*. Dans le premier cas, seuls de grands principes seront énoncés, comme l'interdiction d'un certain comportement de personnes privées par exemple. Dans le second, la « loi uniforme » sera beaucoup plus détaillée comme dans le cas de conventions de droit international privé portant une « loi-modèle » à reproduire en annexe. Nous emploierons volontairement le terme moins précis d' *uniformisation* pour désigner ces deux degrés d'exigence (Section 1).

A son origine, le mécanisme du « droit uniforme » était pourtant considéré par la doctrine dominante comme exclu du droit international privé, censé préserver la diversité de ses droits internes qu'il se contente de coordonner par des règles de conflit plutôt qu'en lisser les

⁶²⁶ Apparu essentiellement à la fin du dix-neuvième siècle, un auteur remarque que l'idée du « droit uniforme » est présente dès la Rome antique dans le discours de Cicéron : PAMBOUKIS (Ch. P.), « Droit international privé holistique », *R.C.A.D.I.*, 2007, vol. 330, p. 31.

⁶²⁷ AUDIT (B.), *Droit international privé*, Paris, Economica, 5^e éd., 2008, IX-969 p., p. 1-3 et 5-7. (voir, dans l'édition de 2000, p. 38). Selon D. Tallon, « un marché unique appelle un instrument juridique unique. » : TALLON (D.), « Vers un droit européen du contrat ? », *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, XII-539 p. 1994, p. 37.

différences⁶²⁸. Certains Etats, adoptant une position relevant de l'unilatéralisme, détermineront le champ d'application des lois qui régissent les comportements des sujets internes, et considéreront que cette volonté doit être respectée. Ils appliqueront donc leur propre législation aussi largement qu'elle-même l'entend, sans égard aux éventuels critères de rattachement à un autre Etat de la situation en cause. Cette position, fortement critiquée et largement abandonnée dans la pratique étatique, se voit supplantée par celle dite de la règle de conflit ou méthode bilatérale. Ainsi, les juridictions internes appliqueront aux situations privées la loi du for ou une loi étrangère, selon un critère de rattachement déterminé par l'ordre juridique dont elles dépendent. Comme dans le mécanisme du droit uniforme, la finalité est ici une réglementation harmonieuse des activités des sujets internes comportant un élément d'extranéité. Dans une perspective interétatique cependant, la méthode de la règle de conflit relève d'une tout autre logique. L'Etat peut en effet parfaitement s'engager, par convention, à *respecter* les dites règles, qui se distinguent en cela fondamentalement des « lois uniformes ». Les règles énoncées ont pour objet le traitement, par l'Etat, des sujets internes. La règle de conflit n'est pas un instrument des relations privées de ces derniers, mais un outil des organes de l'Etat. Elle relève donc, bien davantage, du droit *public*. Peut-on envisager une uniformisation du droit interne sur le modèle de ces règles de conflit ? Des enjeux supplémentaires se présentent alors : ces règles qui déterminent la conduite des organes de l'Etat les *habilitent* à appliquer une loi générale et abstraite désignée.

Plus généralement, le mécanisme du droit uniforme peut-il jouer à propos de règles de droit public, comportant ainsi une part d'habilitation ? On verra qu'il s'applique fréquemment à des lois qui ne ressortissent pas du domaine privé *stricto sensu*, auxquelles l'Etat est intéressé : c'est le cas du droit pénal. Il faut alors identifier ce qui est réellement exigé de l'Etat. Le « versant privé » de ces règles, à savoir l'interdiction de certaines conduites des sujets internes, pourrait faire l'objet d'une « loi uniforme » comme précédemment décrite. Toutefois, la règle pénale peut être schématiquement présentée comme comportant en outre un volet « public », qui lui serait attaché : l'habilitation des organes à en déclencher la sanction. A la différence du droit civil, c'est en effet l'Etat qui poursuit l'auteur d'infractions pénales, en raison de l'atteinte qu'elles portent à l'ordre public. Cette dimension peut d'ailleurs apparaître première par rapport à la prescription de comportement adressée aux individus. Pourrait-elle être, également, l'objet du mécanisme du droit uniforme ? En effet, dans certains cas, l'obligation internationale vise avant tout l'habilitation intrinsèque à la norme pénale, à destination des organes étatiques. Ainsi, dans

⁶²⁸ *Ibid.* L'auteur renvoie à ASSER (T.M.C.), « Droit international privé et droit uniforme », *Revue de droit uniforme et de législation comparée*, 1880, p. 11, qui distingue entre la nature du droit international privé, qui trouve une solution de conflits de lois tout en respectant la diversité de celles-ci, et celle du droit uniforme. Ce dernier ne doit constituer qu'une exception.

l'affaire *Dudgeon* précédemment évoquée⁶²⁹, la Cour européenne a estimé qu'une loi pénale incriminant les comportements homosexuels entre adultes consentants constituait en elle-même une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant. En réalité, c'est bien la branche publique de la loi, autrement dit l'obligation faite aux organes de réprimer certaines conduites privées, qui était ici mise en porte-à-faux, davantage que la prohibition à elle seule. Non immédiatement exécutoire, cette règle ne peut être en elle-même contraire à l'obligation de comportement opératif de l'Etat, exigeant de lui le respect de la vie privée des sujets internes, et plus généralement la réalisation de situations individuelles. Son état pourrait toutefois être contraire à une obligation de comportement normatif, relative à l'état des règles internes *de droit public*. Loin de se superposer à une « loi uniforme », l'obligation de comportement normatif sera cette fois liée à une norme de droit international pesant sur l'Etat. Il sera alors question de la coordination de deux normes, interne et internationale, toutes deux en vigueur, afin que la première n'empêche pas la réalisation de la seconde dans l'ordre juridique interne de l'Etat. L'état du droit interne prescrit par le droit international ne serait ainsi pas une conformité, mais une *compatibilité*. La présentation des difficultés engendrées par l'application du mécanisme du droit uniforme dans le domaine du droit public, l'identification de telles obligations de comportement normatif éventuellement reconnues en droit international, ainsi que le temps et le mode de leur violation sera ainsi l'objet du second temps de notre raisonnement (Section 2).

⁶²⁹ Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2. Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc., mais aussi : Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, préc., et Cour E.D.H., arrêt du 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, préc.

Section 1. Conflit avec les obligations de comportement normatif relatives à la conformité des règles de droit privé

Le mécanisme du « droit uniforme », auquel répondent ces conventions « portant loi-modèle » ou encore « portant loi uniforme », intéresse peu la doctrine publiciste. Cette indifférence provient, en premier lieu, de l'objet privé des dites « lois ». Elle est certainement liée, en outre, au fait que ce mécanisme relève la plupart du temps d'un mouvement extérieur au droit. Il peut en effet s'opérer de façon spontanée, relevant en grande partie d'une logique incitative⁶³⁰. Les lois internes restent alors des actes « pris en toute indépendance par une Souveraineté à laquelle n'est apportée aucune limite dans sa liberté »⁶³¹. Les Etats ne limitent pas leur compétence mais œuvrent dans une démarche coopérative, « en se faisant des concessions réciproques sur le terrain des principes généraux qui régissent leurs systèmes juridiques. »⁶³² Jusqu'ici on le voit : nulle trace d'un mécanisme à proprement parler juridique ; nulle trace, *a fortiori*, d'un mécanisme intéressant le droit international public. L'uniformité législative sur le modèle de ces « lois » est alors un but poursuivi mais non nécessairement réalisé dans les divers ordres juridiques internes. Cet idéal ne peut être atteint avec certitude si les Etats ne s'y sentent pas obligés. Certains auteurs privatistes estiment ainsi qu'on ne peut réellement parler de « droit uniforme » tant que l'on s'en tient à une simple intention de la part des Etats d'uniformiser leurs droits internes. Ce mécanisme doit donc être limité aux instruments disposant d'un réel caractère normatif, excluant les procédés purement incitatifs précédemment décrits. Son étude à la lumière des relations interétatiques est donc parfaitement à propos. Elle permettra de déceler le véritable objet de ces obligations : un comportement normatif de l'Etat, visant à la *conformité* de ses règles internes à des « lois-modèles » de droit privé, internationalement définies (§ 1).

Le conflit entre droit interne et obligation internationale prend alors une double perspective. C'est, en premier lieu, avec le modèle internationalement posé qu'il apparaît, et l'on peut alors le qualifier de *non-conformité*. Cette non-conformité des règles juridiques internes les

⁶³⁰ Un auteur parle ainsi d'« influence » sur la « politique législative des Etats » : BAUER (H.), « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 537-574., p. 565. Selon ce même auteur, « (c)ette influence sur la politique législative peut aller jusqu'à la substitution de ces règles aux règles internes. ». On le voit : aucune obligation ne requiert une telle substitution, et les « lois uniformes » demeurent alors parfaitement extérieures à tout mécanisme à proprement parler juridique.

⁶³¹ CHAVEAU (P.), « Des conventions portant Loi Uniforme », *J.D.I.*, 1956, p. 574. L'auteur continue : « la règle primitive peut être modifiée avec la même indépendance de décision », et cela même si les lois nouvellement adoptées le sont avec pour modèle la « loi uniforme ».

⁶³² MATTEUCCI (M.), « Introduction à l'étude systématique du droit uniforme », *R.C.A.D.I.*, 1957, t. 91, p. 389.

rend alors *contraires* à ce qu'exigeait l'obligation de comportement normatif, donnant ainsi lieu à une violation de cette dernière, fait internationalement illicite dont il nous faudra examiner plus précisément les caractéristiques (§ 2).

§ 1. *Identification des obligations*

L'étude des obligations portant « loi uniforme » est à la croisée des chemins du droit international privé et du droit international public. Les « lois uniformes » internationalement définies ont en effet pour objet la réglementation des relations entre sujets internes : ce mécanisme intervient aujourd'hui dans tous les domaines qui relèvent *lato sensu* du droit privé. Toutefois, une obligation se superpose à ces modèles et relève, quant à sa forme mais aussi quant à son objet, du droit international public. Cette spécificité doit être érigée en critère de distinction des obligations relatives à la conformité des règles internes de droit privé. La conjonction entre règles de droit privé substantielles et véritables obligations interétatiques permet ainsi d'identifier ces obligations de comportement normatif (A) dont il nous faudra préciser l'exacte teneur (B).

A. Critères d'identification

1. *Objet privé de la « loi uniforme »*

Se distinguant des règles de conflits, les « lois uniformes » posent des règles *substantielles* destinées à réglementer les relations entre personnes privées. Matériellement, les obligations que nous cherchons à identifier relèvent donc du droit privé, élément essentiel à la compréhension de leur mécanisme. Ces « lois uniformes » ne visent pas à régir le traitement par l'Etat des sujets internes, mais les relations, privées, entre ces derniers. Elles n'ont ainsi pas pour objet d'exiger de l'Etat un comportement opératif, et la réalisation de situations individuelles n'est plus en cause. Leur fonction est de fournir aux personnes privées les instruments juridiques de leurs relations, instruments de préférence uniformes entre des Etats partageant des valeurs communes, afin d'accroître la sécurité juridique et de favoriser des échanges éventuels.

En droit interne, les règles relevant de ce domaine sont, dans leur grande majorité, immédiatement exécutoires selon les critères précédemment établis : elles régissent les situations

individuelles avant qu'une quelconque norme d'application n'intervienne. Le professeur Mayer l'énonce on ne peut plus clairement :

« (d)ans le domaine des rapports entre personnes privées (...) *l'Etat n'agit plus*. Son intervention essentielle consiste à édicter les règles qui régiront ces rapports. Quant aux organes de décision, ils sont simplement mis à la disposition des particuliers, soit pour trancher les différends, soit pour participer à la création d'une situation juridique (mariage, mise en tutelle...). »⁶³³

L'application règles de droit privées sera effectuée par les sujets internes eux-mêmes, sans intervention de l'Etat qui ne fera qu'en assurer la sanction en cas de violation par les sujets internes, ou, comme le présentait M. Mayer, en déclencher l'exécution de manière automatique. De même que la production et le maintien de ces règles pouvait faire l'objet d'obligations de comportement opératif de l'Etat, leur état pourra être réglementé par le droit international public, au moyen d'obligations d'un genre nouveau.

On rencontre ainsi ce mécanisme du « droit uniforme », dont voici de parlantes illustrations⁶³⁴, dans le domaine du droit privé *lato sensu*.

Situations et activités transnationales des sujets internes

Les activités des sujets internes de caractère transnational sont, bien entendu, le terrain d'élection des « lois uniformes ». Elles peuvent être l'œuvre d'instances intergouvernementales tel l'Institut international pour l'unification du droit privé UNIDROIT. L'organisation élabore ainsi des règles de droit privé substantielles. Le besoin de solutions uniformes adaptées aux activités transnationales se fait particulièrement sentir dans le domaine du droit civil et commercial : vente internationale d'objets mobiliers corporels⁶³⁵, contrat de voyage⁶³⁶, testament international⁶³⁷, ou encore crédit-bail international⁶³⁸ sont autant de thèmes abordés, qui ont tous pour objet des relations entre personnes privées, dans l'ordre juridique interne d'un Etat.

⁶³³ MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 383. Nous soulignons.

⁶³⁴ Voir, pour un panorama plus général, AUDIT (B.), *Droit international privé*, *op. cit.* p. 5-7.

⁶³⁵ Convention d'UNIDROIT portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, 1^{er} juillet 1964, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>

⁶³⁶ Convention d'UNIDROIT relative au contrat de voyage, Bruxelles, 23 avril 1970, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>

⁶³⁷ Convention d'UNIDROIT portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, Washington, 26 octobre 1973, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>.

⁶³⁸ Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international, Ottawa, 28 mai 1988, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>, et aussi, entre autres : Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international, Ottawa, 28 mai 1988, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>.

La Commission des Nations unies pour le droit commercial (CNUDCI) élabore également des règles uniformes matérielles dans le domaine commercial. Les règles en question s'appliquent davantage aux opérations entre entreprises qu'aux relations entre entreprises et consommateurs, la protection de ces derniers nécessitant une intervention plus immédiate de l'Etat⁶³⁹. Alors que les Accords de l'O.M.C. ont un objet principalement public, en ce qu'ils ont trait à des questions de politique commerciale des Etats, telle la libéralisation des échanges, l'abolition des obstacles au commerce ou les pratiques déloyales, la CNUDCI quant à elle ne s'occupe que de droit privé. La première s'occupe du traitement par l'Etat des opérateurs économiques ; la seconde s'intéresse aux relations entre ces opérateurs économiques. Cette opposition doit toutefois être nuancée car si le droit de l'O.M.C. est, avant tout, matériellement public, on y trouve des règles matériellement privées, notamment dans l'accord sur les obstacles techniques au commerce⁶⁴⁰. Ce dernier peut ainsi être considéré comme « portant loi uniforme ».

Un exemple particulièrement parlant de réglementation uniforme d'une activité transnationale de sujets internes est fourni par l'ensemble des règles relatives à l'aviation civile internationale, établies sous l'égide de l'O.A.C.I. Cette activité n'est rendue possible que par l'existence de normes universellement acceptées qui la régissent. Appelées « normes et pratiques recommandées » ou « *SARP* », elles concernent tous les aspects techniques et opérationnels de l'aviation civile internationale⁶⁴¹. Selon la Direction de la Navigation aérienne, « en l'absence de SARP, le système aéronautique serait au mieux chaotique, au pire dangereux. »⁶⁴² Certaines des normes relatives au transport aérien international, au-delà de ces recommandations, feront l'objet de conventions « portant lois uniforme » conclues sous l'égide de cette organisation⁶⁴³.

⁶³⁹ Par exemple, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise de 1982 a été élaborée en collaboration avec UNIDROIT, mais adoptée sous l'égide de la CNUDCI : elle ne régit pas les ventes de marchandises dont le vendeur sait qu'elles sont achetées « pour un usage personnel, familial ou domestique ».

⁶⁴⁰ Accord sur les obstacles techniques au commerce, Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay, préc. Voir annexe 3 : « Collaboration avec l'ISO/CEI », qui démontre la démarche d'uniformisation du droit, dans le domaine privé, adoptée.

⁶⁴¹ C'est-à-dire la sécurité, les licences du personnel, l'exploitation des aéronefs, les aérodromes, les services de la circulation aérienne, les enquêtes sur les accidents et l'environnement. Ces normes sont également appelées « SARP », de l'anglais « *Standards and Recommended Practices* ».

⁶⁴² Direction de la navigation aérienne de l'O.A.C.I., « La création d'une norme de l'O.A.C.I. », <<http://www.icao.int/icao/fr/anb/mais/frindex.html>>

⁶⁴³ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 28 mai 1999, Montréal, *Rec. Traités N.U.*, Vol. 2242, I-39917, p. 369 et s., modernisant la Convention de Varsovie y relative ; et, recoupant le domaine du droit pénal que nous envisagerons dans un instant : Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, Pékin, 10 septembre 2010, <http://www.icao.int/DCAS2010/restr/docs/beijing_convention_multi.pdf>.

La responsabilité civile des auteurs de préjudices qui dépassent le cadre d'un seul Etat, telle la pollution par les hydrocarbures⁶⁴⁴, fait également l'objet de règles de droit uniforme. On pense en outre à la répression que nécessitent certains comportements organisés par-delà les frontières comme, par exemple, le trafic international de biens culturels⁶⁴⁵, le blanchiment d'argent, la corruption⁶⁴⁶ ainsi que le terrorisme⁶⁴⁷. La recherche d'uniformisation vient de l'impossibilité pratique d'instituer une responsabilité individuelle dans l'ordre juridique international pour de telles activités, par essence transnationales. Leur réglementation doit donc être uniforme entre les Etats. On atteint ici le carrefour entre droit privé et droit public puisque les règles en question touchent à l'ordre public et non plus seulement aux relations entre personnes privées. Les deux branches de la règle de droit peuvent toutefois parfaitement être dissociées, et nous ne l'envisageons pour l'instant que dans son aspect de réglementation de l'activité de sujets internes. Il en ira de même des règles de droit pénal international que nous devons envisager à présent.

Activité des sujets internes portant atteinte aux règles de jus cogens et aux droits fondamentaux

Les « lois uniformes » auxquelles nous faisons ici référence ne visent plus des activités privées, par nature transétatiques, mais des conduites d'acteurs privés dont la gravité est telle qu'elle intéresse plus d'un Etat. Il s'agit des activités portant atteinte aux règles de *ius cogens* voire, plus largement, aux droits fondamentaux de la personne humaine. Ces « lois » relèvent alors du droit privé, entendu dans un sens large, et peuvent tendre à réglementer de façon impérative la conduite des sujets internes, autrement dit entrer dans le champ du *droit pénal*. Ce n'est alors pas leur dimension publique – la répression de ces activités par l'Etat – mais seulement leur aspect privé – l'interdiction de ces comportements aux sujets internes – qui est l'objet de la règle de droit uniforme. Ces deux branches doivent être séparées aux fins de notre étude, car le droit international privé uniforme n'a trait qu'à la seconde. Les activités des sujets internes intéressent

⁶⁴⁴ Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, conclue sous l'égide de l'O.M.I., Bruxelles, 29 novembre 1969, *Rec. Traités N.U.*, vol. 973, n°14197, p. 11 et s., et Protocole la modifiant, Londres, 27 novembre 1992, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1986, n°14097, p. 19 et s.

⁶⁴⁵ Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, Rome, 24 juin 1995, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>.

⁶⁴⁶ Voir les conventions adoptées par l'Assemblée générale des N.U. en la matière : Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Vienne, 19 décembre 1988, <http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_fr.pdf>, Convention des Nations Unies contre la criminalité internationale organisée et ses protocoles, New York, 15 novembre 2000, et protocoles s'y rapportant <<http://www.unodc.org/documents/treaties/>>, Convention des Nations Unies contre la corruption, New York, 31 octobre 2003, <<http://www.unodc.org/documents/treaties/>>

⁶⁴⁷ Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, New York, 9 décembre 1999, <<http://www.unodc.org/documents/treaties/>>. Voir, plus généralement, l'ensemble des conventions y relatives : <<http://www.un.org/french/terrorism/instruments.shtml>>

alors l'ordre juridique international non en raison d'un quelconque élément d'extranéité, mais de par leur consistance : crime d'agression, crime de guerre, génocide ou crime contre l'humanité heurtent l'ordre public international. Ce n'est pas l'accomplissement de ces crimes qui dépasse les frontières, mais leur gravité. Il en va de même de l'interdiction de la torture⁶⁴⁸ et de la piraterie⁶⁴⁹. Des règles communes doivent ainsi être établies afin d'interdire leur perpétration non seulement aux Etats – il s'agirait dès lors de règles de droit international public – mais également aux sujets internes : tel est l'objet de la « loi uniforme ».

Les « lois uniformes » peuvent également avoir pour objet l'interdiction de la violation de droits fondamentaux de la personne humaine par des sujets internes. Alors que matériellement, les conventions de protection des droits de l'homme sont essentiellement publiques, exigeant de l'Etat qu'il traite les sujets internes conformément à des standards énoncés, les « lois uniformes » visent quant à elles à interdire l'ingérence dans ces droits par des personnes privées. Deux types de réglementations peuvent alors se trouver mêlées. Ainsi, l'Organisation Internationale du Travail a pour mission générale d'établir des « lois uniformes » dans le domaine du travail. Les règles élaborées sont parfois matériellement publiques et n'ont alors pas de réelle spécificité au regard du droit international. C'est notamment le cas d'une convention sur la protection sociale des travailleurs, qui porte sur le traitement que l'Etat doit accorder à ces derniers. Les conventions conclues sous l'égide de l'O.I.T. portent toutefois majoritairement « loi uniforme » dans le domaine, privé, des relations entre travailleurs et employeurs⁶⁵⁰. Preuve du caractère privatiste de la mission de l'Organisation est apportée par le fait que l'organe exécutif de la Conférence générale des Etats membres n'est pas strictement intergouvernemental. Siègent, à côté des représentants des gouvernements, des employeurs et travailleurs, dont les rapports sont objets des « normes internationales du travail » selon l'appellation propre à l'organisation elle-même. Très généralement, tous les grands principes du droit du travail établis dans le cadre de l'O.I.T doivent être respectés par les Etats, mais aussi par les sujets internes, et c'est dans cette seconde branche que ces principes relèvent du mécanisme du « droit uniforme ».

Le mécanisme du « droit uniforme » appartient donc, matériellement, au droit privé *lato sensu*. Paradoxalement, c'est en raison du caractère privatiste de la « loi uniforme » que l'objet de

⁶⁴⁸ Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, New York, 10 décembre 1984 <http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/h_cat39_fr.htm>

⁶⁴⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1834, art. 100-107.

⁶⁵⁰ Cet employeur peut s'avérer être l'Etat, mais ne sera alors pris en compte comme tel. L'Etat sujet du droit international devra ainsi réglementer en droit interne les rapports entre l'Etat-employeur et ses employés.

ce mécanisme relèvera du droit international public. Cette « loi » internationalement déterminée ne peut faire droit, en elle-même, sur les situations qu'elle tend à régir, et elle se verra superposée une obligation dont l'objet et la forme sont strictement interétatiques.

2. *Forme et objet publics de l'obligation superposée à la « loi uniforme »*

Malgré la matière à laquelle s'intéresse l'obligation dont il est ici question, sa forme et son objet restent ancrés en droit international public. Ces éléments constitueront les autres critères de son identification comme obligation de comportement normatif, relative à la conformité des règles internes. Sa forme, tout d'abord, doit être celle d'un instrument *écrit*, les autres modes de formation des obligations internationales étant ici inadaptés (a). En second lieu, en conséquence de la matière privée évoquée précédemment, leur objet ne peut être la réglementation directe des activités des sujets internes, mais bien un comportement de l'Etat (b).

a. Des instruments écrits de droit international public

Rejet des principes généraux de droit

A l'origine du mécanisme du « droit uniforme », vient une démarche étatique d'harmonisation libre des droits internes à partir de principes communs, voire à partir de principes de certains Etats adoptés par phénomène d'imitation⁶⁵¹. Dans un cas les règles sont adoptées par chaque Etat sur imitation d'un modèle élaboré en commun⁶⁵²; dans l'autre, la norme élaborée par un seul devient celle adoptée par tous⁶⁵³. L'uniformisation n'oppose pas ces

⁶⁵¹ Les tribunaux internes auront également un rôle à jouer dans cette convergence des normes de droit privés, dans leur œuvre interprétative : STURLEY (M.), « International Uniform Laws in National Courts : The Influence of Domestic Law in Conflicts of Interpretation », *Virginia Journal of International Law*, 1987, vol. 27, p. 729-802.

⁶⁵² Sous l'égide d'organisations intergouvernementales telles que l'UNIDROIT. Les « SARP » de l'O.A.C.I. constituent un degré plus élevé de recommandation : les normes élaborées par l'O.A.C.I. deviennent en effet obligatoires pour les Etats sauf s'ils notifient leur désapprobation. En cas de silence donc, naît à la charge de l'Etat une obligation de comportement normatif, qui sera toutefois vraisemblablement postérieure à l'uniformisation effective du droit de l'Etat (voir Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 7 décembre 1944, Chapitre IV, « Normes et pratiques recommandées internationales », art. 37 : « *Adoption de normes et procédures internationales*. Chaque Etat contractant s'engage à prêter son concours pour atteindre le plus haut degré réalisable d'uniformité... » et art. 38 : « *Dérogation aux normes et procédures internationales*. Tout Etat 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 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 normes internationale ») Voir notamment : MANKIEWICZ (R. H.), « Aspects et problèmes du droit pénal de l'aviation internationale », *A.F.D.I.*, 1958, p. 112-143., ici p. 114.

⁶⁵³ Ce droit peut en effet être élaboré par des organisations non gouvernementales, comme l'Organisation pour la normalisation (ISO), qui élaborent des normes à destination des entreprises, mais qui peuvent aussi influencer les gouvernements. L'originalité réside dans le fait que les normes destinées aux entreprises sont élaborées

deux mouvements mais les fusionne. La « loi uniforme » élaborée au niveau international est une synthèse des divers droits internes d'Etats disposant d'un socle juridique commun suffisant. Des principes transposables à l'ordre juridique de tous sont dégagés à partir des règles internes propres à chacun, par aplanissement des spécificités et mise en relief de traits consensuels. Cette démarche de généralisation rappelle ainsi celle des principes généraux de droit, au sens de l'article 38 du Statut de la C.I.J., dégagés d'une abstraction des dispositions précises du droit interne des Etats. Seulement, alors que ces principes communs sont ensuite transposés à l'ordre juridique international, le droit uniforme vise à rejaillir sur les divers ordres juridiques internes. Le mécanisme des principes généraux de droit a une profonde spécificité de transposition d'une règle juridique dans un ordre auquel elle n'appartenait initialement pas, afin de combler une lacune de celui-ci⁶⁵⁴. Mais cela suppose que la règle ait eu auparavant une généralité suffisante dans des ordres extrinsèques. Or un besoin d'uniformisation se fait justement sentir lorsque des divergences entre les règles des Etats apparaissent préjudiciables aux relations transnationales, et suppose à l'inverse l'absence initiale de généralité de la règle. Le fait qu'une « loi-modèle » susceptible d'être transposée dans les divers systèmes juridiques internes soit dégagée par effacement des différences internes, au niveau international, ne préjuge pas de son caractère obligatoire. Alors que le fondement du caractère obligatoire des principes généraux de droit provient d'une règle de nature coutumière qui reconnaît ce mode de formation en droit international⁶⁵⁵, aucune règle issue de l'ordre international ne permet de conférer une quelconque obligatorité au mécanisme du « droit uniforme ».

Le mode coutumier de formation du droit international est, de toute façon, généralement inadapté à la catégorie d'obligation que nous cherchons à identifier, laquelle ne peut provenir que du droit écrit. C'est, dans la plupart des cas, la technique conventionnelle qui sert le « droit uniforme ».

par une organisation représentant majoritairement le secteur privé. Ces « normes » sont suivies volontairement par des entreprises qui choisissent de s'y soumettre. L'O.M.C. reconnaît leur importance, et choisit d'ailleurs de traiter tous les « organismes à activité normative » de la même façon : ainsi l'ISO comme les organes de droit internes doivent se conformer aux standards internationaux (Voir Accord sur les obstacles techniques au commerce, préc., et son annexe 3 : « Collaboration avec l'ISO/CEI »). Le droit international cherche une emprise sur ces organismes, car ces derniers ont une grande influence sur les normes en pratique appliquées. L'ISO favorise l'uniformisation du droit ; le droit international cherche alors à « le soumettre ». Voir CARREAU (D), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2007, XI-744 p., p. 193-194 : « la normalisation en question ».

⁶⁵⁴ Pour cela, on les rencontre le plus souvent en droit du contentieux international, branche en voie de formation dans laquelle il a été nécessaire de transposer des règles générales communes aux droits du contentieux internes afin d'éviter tout déni de justice susceptible d'intervenir en cas de lacune du droit. Les principes ainsi dégagés sont ensuite considérés comme 'déclarés' par le juge, qui les découvre et ne les crée pas : il n'y aurait pas de réel vide juridique...

⁶⁵⁵ En ce sens, COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 109.

Rejet de la coutume

Le fait que les Etats aient une démarche spontanée d'uniformisation de leur droit sur le modèle de ces « lois uniformes » serait peut-être l'indice de l'apparition d'une obligation coutumière en ce sens. Lorsqu'une même « loi » est effectivement transposée, dans divers ordres juridiques internes devenant ainsi règle de droit s'imposant aux personnes privées, on pourrait en effet voir dans cette démarche commune d'Etats une pratique, accompagnée d'un sentiment d'obligatorité. Cette analyse est toutefois à écarter. Le droit international non écrit visant le comportement de l'Etat dans sa sphère interne reste extrêmement limité : il est déjà malaisé de dégager les prescriptions précises entrant dans l'obligation de traitement international minimum des étrangers, et il reste difficile d'admettre une quelconque obligation de traitement envers les sujets internes dans leur ensemble, étrangers comme nationaux. Que le comportement de l'Etat en matière de droit privé interne fasse l'objet d'une réglementation coutumière n'est ainsi pas réellement envisageable. Quel est en effet le comportement de l'Etat en cause ? A ce stade, on peut simplement dire qu'il ne s'agit certainement pas d'un comportement dans l'ordre juridique international, d'un organe apte à représenter l'Etat sur la scène internationale, autrement dit un comportement révélateur d'une *opinio juris*. Ainsi, de véritables obligations interétatiques, relatives aux « lois uniformes », ne peuvent être identifiées que lorsque le mécanisme conventionnel, ou tout autre mode de formation écrit du droit international public, telles des résolutions obligatoires d'organisations internationales, entre à son service. Les Etats sont, au niveau interétatique, obligés par une norme écrite qui se superpose à la « loi uniforme ».

Bien que matériellement privé, l'instrument portant la « loi uniforme » est ancré, de par son objet et non seulement par sa forme, en droit international public. Il énonce en effet des obligations dont l'objet est la conduite de l'Etat, et non des personnes privées.

b. Un objet de droit international public

Technique ancienne, le « droit uniforme » ne doit pas être entendu comme une internationalisation des rapports de droit privé, mais comme un simple rapprochement de réglementations de droit interne substantielles. Si les sujets internes peuvent aujourd'hui se voir conférer directement certains droits dans l'ordre juridique international, leurs activités peuvent difficilement être régies par celui-ci. Ils ne peuvent en effet tirer de cet ordre des règles qu'ils devraient « rudoyer » eux-mêmes⁶⁵⁶. Ainsi, alors que les conventions de protections de droits

⁶⁵⁶ Selon l'expression de J. Combacau (COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 324).

fondamentaux donnent directement aux sujets internes des droits qu'ils peuvent même faire valoir devant des juridictions internationales qui leurs sont ouvertes, aucun « effet horizontal » n'est reconnu à leurs dispositions. Il est ainsi impossible d'imposer directement aux sujets internes ces règles dans leurs relations avec d'autres personnes privées, autrement dit comme des obligations et non plus comme des droits, et d'en faire assurer la sanction par ces mêmes juridictions⁶⁵⁷. En présence d'une « loi uniforme » dans un instrument normativement contraignant de droit international public, on doit admettre qu'une obligation strictement interétatique pèse sur les Etats, et non directement sur les sujets internes dont les activités ne peuvent être régies par un « droit privé de l'ordre international ». Ces sujets internes ne sont ni les destinataires, ni même les objets d'une telle obligation.

Relativement aux règles de navigation maritime internationales visant à éviter les collisions en mer, J. Basdevant remarquait qu'on parlait fréquemment à leur propos de « règlement international ». Il n'est toutefois pas question de réglementer, par des obligations internationales, la navigation des personnes privées. Pour lui, « cette expression ne correspond pas à la réalité juridique », réalité qui montre que les navires sont soumis à des lois et règlements internes, et que les Etats ne poursuivent ici qu'une « tâche d'uniformité » de leurs solutions nationales⁶⁵⁸. Il en va de même des règles, plus récentes, relatives au transport aérien⁶⁵⁹. Au sujet des rares instruments internationaux relatifs à la responsabilité civile des individus, on doit également admettre que leurs règles n'ont que les Etats pour destinataires, les dispositions matériellement privées n'étant que des « lois uniformes » qui ne peuvent s'imposer, faute de for international, sur les sujets internes. Ces derniers n'engagent ainsi pas leur responsabilité dans l'ordre juridique international⁶⁶⁰. L'existence de juridictions pénales internationales, devant lesquelles les sujets internes engagent aujourd'hui leur responsabilité ne permet pas d'infirmer ces propos. En effet, l'instauration d'une responsabilité pénale internationale n'a pas vocation à se substituer à la responsabilité interne des individus pour ces mêmes crimes. Cette responsabilité

⁶⁵⁷ Voilà pourquoi les exemples cités par Triepel en démonstration des cas dans lesquels le droit interne est « immédiatement ordonné » ont, en premier lieu, trait à la réglementation des relations entre personnes privées définie par le droit international (TRIEPEL (H.), *Droit international et droit interne*, *op. cit.*, p. 296 et s.) Il étend toutefois cette catégorie à l'ensemble des droits subjectifs que l'Etat s'engage à fournir aux sujets internes, raisonnement contre lequel nous irons dans un second temps de notre démonstration relative aux obligations de comportement normatif (*infra*, Chapitre 2).

⁶⁵⁸ Discours prononcé par M. le Professeur Basdevant (représentant le Gouvernement français), *Affaire du Lotus*, *Rec.* 1927, Série C, p. 39.

⁶⁵⁹ Voir la Convention relative à l'aviation civile internationale, précitée. Selon M. Mankiewicz en effet, « les normes figurant dans les annexes à la Convention ne dev(iennent) applicables sur le territoire de chaque Etat contractant que par suite de leur transformation en loi nationale » (MANKIEWICZ (R. H.), « Aspects et problèmes du droit pénal de l'aviation internationale », *op. cit.*, p. 115, renvoyant à « L'adoption des Annexes à la Convention de Chicago par le Conseil de l'OACI », *Beitrag zur Luftrecht, Festschrift für Alex Meyer*, 1954, p. 82.)

⁶⁶⁰ En ce sens, voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 321-323.

interne doit simplement être uniformisée afin de répondre à l'atteinte qui a été portée à un ordre public commun à l'ensemble des Etats⁶⁶¹. Les règles de droit pénal substantielles demeurent, très généralement, des règles de droit interne modelées sur des « lois uniformes ». Si un véritable « droit international pénal », issu de la Convention de Rome portant statut de la C.P.I., et directement obligatoire envers les sujets internes, peut aujourd'hui être reconnu, il ne remet pas en cause le mécanisme du « droit uniforme » en ce domaine⁶⁶². Traditionnellement, le droit pénal reste ainsi attaché aux droits internes et le droit international ne vise pas à l'internationaliser. Le professeur Parrot va en ce sens et considère généralement que les conventions dont l'objet est matériellement privé n'ont jamais effet direct sur les sujets internes⁶⁶³. L'objet principal des instruments « portant loi uniforme » est ainsi le comportement de l'Etat, et non la réglementation directe des activités des sujets privés.

« Loi-modèle » privée et obligation interétatique : voici les caractéristiques du mécanisme du « droit uniforme ». S'il n'a pas pour objet d'implanter dans l'ordre international les relations privées qu'il tend pourtant à régir, et requiert uniquement de l'Etat un certain comportement, reste à en déterminer précisément le contenu. Les Etats doivent faire en sorte que la « loi uniforme » fasse droit en droit interne, régisse les activités des sujets internes. Examinons de plus près l'exacte teneur d'une telle obligation.

B. Comportement précisément requis

L'objet privé des règles étudiées transforme le rôle incombant aux Etats. Les obligations internationales matériellement privées ne prescrivent pas à l'Etat une situation individuelle à réaliser. Elles mettent au contraire l'accent sur la situation générale qui doit être établie. Son obligation est ainsi relative à sa réglementation interne : il doit faire en sorte que des modèles internationalement déterminés fassent droit en droit interne. Peut-il s'engager ainsi en droit

⁶⁶¹ Une parfaite illustration est donnée par les règles du droit de l'air élaborées par l'O.A.C.I. ; si les Etats s'engagent à uniformiser leur droit interne sur ces modèles, ils doivent, en outre, incriminer les comportements contraires. « Dans tous les domaines réglementés par le Conseil de l'OACI la règle dont la violation est punie par la loi nationale est donc l'œuvre d'un législateur national se bornant à prescrire la pénalité. En d'autres termes, la loi pénale nationale sanctionne l'infraction à une règle aéronautique internationale uniforme » selon M. Mankiewicz ; notons bien ici que la « règle aéronotique » n'a, en tant que telle, aucun caractère de règle de droit tant qu'elle n'est pas introduite en droit interne. MANKIEWICZ (R. H.), « Aspects et problèmes du droit pénal de l'aviation internationale », *op. cit.*, p. 115.

⁶⁶² Ainsi, les Etats doivent toujours incriminer les comportements pénalement répréhensibles devant la C.P.I. dans leur ordre juridique interne : TRIFFTERER (O.), « Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes », KRESS (C.), LATTANZI (F.) (dir.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I, XXXIII-251 p., p. 6-7.

⁶⁶³ PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, XV-589 p. ; les citations de cet ouvrage renvoient toutefois ici à la version imprimée de la thèse du professeur Parrot, substantiellement similaire : PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Thèse, Paris I, 2004, ici p. 70. L'auteur emploie l'expression d'« effet immédiat ». A notre sens, effet direct et immédiateté vont de pair ici.

international ? Il n'est plus question d'une éventuelle difficulté propre à l'organe : nous l'avons vu, les actes des Parlements nationaux sont imputables à l'Etat, et susceptibles de constituer des faits internationalement illicites. Il nous faut ainsi examiner les instruments internationaux « portant loi uniforme » et déterminer le comportement précisément requis de l'Etat. L'obligation précédemment identifiée n'exige de l'Etat aucune démarche de transposition formelle, aucune production d'une règle nouvelle, mais un comportement normatif global, garantissant la conformité des règles internes au modèle internationalement défini (1). La normativité de ces obligations semble toutefois relative ; il en existe au moins plusieurs degrés. L'Etat peut n'être tenu qu'à une « obligation de moyen »⁶⁶⁴ ou « obligation de diligence »⁶⁶⁵ au sens civiliste, que nous qualifierons ici d'*obligation de s'efforcer* pour plus de clarté⁶⁶⁶. Au-delà, il peut être soumis à une *obligation stricte*, expression qui nous est propre, encore ici préférée à celle de droit civil interne d'« obligation de résultat » qui serait source de confusion (2).

1. Degré d'exigence de l'obligation

L'obligation en question est relative à un comportement normatif de l'Etat, et ne se satisfait pas d'une primauté, même systématique, donnée au droit international dans l'ordre juridique interne (a). Il n'est toutefois pas exigé de l'Etat qu'il produise une règle déterminée, transposant formellement en droit interne la « loi uniforme ». Bien davantage, l'Etat est obligé à un comportement *global* : assurer la *conformité* de ses règles internes au modèle internationalement défini (c), terme dont il nous faudra préalablement expliquer l'emploi (b).

a. Exigence d'un comportement normatif, postulat dualiste

L'obligation relative à la conformité des règles internes à des modèles internationalement déterminés exige de l'Etat un véritable comportement normatif et ne se satisfait pas d'une primauté du droit international. Cela découle de l'absence d'effet direct de la « loi uniforme » matériellement privée sur les sujets internes, que nous avons précédemment mis en lumière.

⁶⁶⁴ Selon la classification française de R. Demogue. Voir notamment FROSSARD (J.), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 1965, 319 p., p. 23.

⁶⁶⁵ Sur cette qualification des obligations traditionnellement appelées « obligations de moyen » par les civilistes, voir TUNC (A.), « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *J.C.P.*, 1945, n° 449.

⁶⁶⁶ En droit international, on le sait, la distinction entre « obligation de moyen » et « obligation de résultat » évoque davantage à la classification de R. Ago, laquelle s'écarte largement du sens civiliste initial (voir *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 1). Le terme de « diligence », en outre, renvoie à la notion de « *due diligence* », obligation de prévention, sur le territoire d'un Etat, de comportements de ses sujets internes nuisibles à des étrangers ou Etats étrangers.

Certes dans le cas de droits, les sujets internes peuvent, devant le juge interne, opposer à l'Etat des conventions d'effet direct, qui devront alors primer sur le droit interne. Il est en revanche possible mais contestable au niveau de la sécurité juridique qu'un sujet interne puisse, devant le juge, opposer à un autre sujet interne une règle d'origine internationale. L'obligation ne consiste pas en une obligation de rétribution de la règle uniforme par les organes de l'Etat puisque, on l'a vu, celle-ci n'a pas effet direct. Opposer à un sujet interne une règle qui, selon l'Etat, pourrait être automatiquement intégrée au droit interne, mais qui, au regard du droit international, ne lui était pas adressée, serait contraire aux exigences élémentaires d'une bonne justice. On sait que droit international et droits internes n'ont pas toujours la même perception de l'effet direct sur les sujets internes des règles du premier. Toutefois, il est bien entendu préférable que les Etats suivent le point de vue du droit international : l'absence d'effet direct implique une sécurité juridique accrue par l'obligation de comportement normatif. On perçoit en effet la gêne qu'il y aurait à appliquer au contentieux une règle d'origine internationale à laquelle les règles internes existantes peuvent ne pas être conformes. Il faudrait, pour éviter toute difficulté, que l'Etat ait non seulement limité sa compétence normative, mais véritablement délégué celle-ci à une instance supérieure. On ne rencontre ce mécanisme de formation de règles de droit privé qui font directement droit en droit interne sur les personnes privées qu'en droit communautaire. En droit international, il faut admettre que l'Etat est toujours soumis à une obligation de comportement normatif en matière de droit privé : faire en sorte que ses règles internes soient conformes au modèle imposé, afin de renforcer la sécurité juridique de ses sujets⁶⁶⁷. La pratique des Etats, et notamment de la France, confirme ce raisonnement. L'article 55 de la Constitution énonce en effet que les traités en vigueur à l'égard de la France sont, à compter de leur publication au *Journal officiel de la République française*, automatiquement applicables en droit interne et priment sur les lois⁶⁶⁸. Nul besoin donc, pour que les traités fassent droit dans l'ordre interne, d'une loi de transposition en reprenant le contenu. Pourtant la France a pu adopter une attitude d'uniformisation de ses règles dans le domaine du droit privé, qui ne peut que révéler l'absence d'effet direct des « lois uniformes » d'origine internationale en la matière⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Voir notamment PARROT (K), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, préc., p. 105.

⁶⁶⁸ Sous réserve de la régularité de leur ratification et de leur application réciproque, le cas échéant, par l'autre partie. Constitution de la Ve République, 4 octobre 1958, précitée.

⁶⁶⁹ Par ordonnance du 18 septembre 2000, la France a modifié son code de l'environnement pour faire place aux dispositions des conventions sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, précitées. De même, la France a, en application des résolutions du Conseil de sécurité sur l'embargo irakien, qui tendait à interdire, outre les échanges des Etats eux-mêmes avec l'Irak, les échanges des personnes privées, adopté des mesures pour imposer à ses sujets internes des restrictions commerciales avec ledit Etat (Décret n° 90-681 du 2 août 1990, réglementant les relations financières avec certains pays, *J.O.R.F.*, n°178, 3 août 1990, page 9411 et arrêté du 4 août 1990, relatif aux relations financières avec certains pays, *J.O.R.F.*, n°180, 5 août 1990, page 9540). L'exemple est toutefois moins probant qu'en droit des traités, car il ne va pas de soi que les résolutions d'une

Une obligation de comportement normatif parfois expressément énoncée

L'exigence de comportement normatif est confirmée par son énonciation expresse dans de nombreuses conventions de droit international privé « portant loi uniforme »⁶⁷⁰. L'obligation est alors parfaitement claire, et l'Etat ne peut espérer opposer directement ladite « loi » à ses sujets internes sans mettre préalablement ses règles juridiques en conformité. La normativité de ces obligations expresses de comportement normatif en matière privée est toutefois contestée. Un auteur estime en effet cette mention parfaitement inutile lorsque, dans un ordre juridique interne donné, les conventions internationales priment automatiquement sur les lois internes sans besoin d'une réception spéciale⁶⁷¹. Il considère ainsi suffisant d'exiger des Etats une application de ladite convention. Nous réitérons nos propos : l'application de la convention par les Etats ne passe pas, dans le domaine du droit privé, par un traitement des sujets internes mais par un comportement normatif, de manière à ce que les règles uniformes fassent droit sur ces derniers. L'immédiateté du droit international n'est même pas en question puisque celui-ci ne se reconnaît pas d'effet direct.

Certes, il n'est pas impossible qu'un Etat intègre parfaitement le droit international, en tant que tel, à son ordre juridique. Les règles étatiques devront alors être soumises, dans leur ensemble, aux règles internationales. On le voit : on change ici d'optique et l'obligation de comportement normatif se transformerait en véritable énoncé d'un principe de légalité. Dans une moindre mesure, l'O.I.T. l'envisage comme une situation exceptionnelle, et jamais imposée⁶⁷². Les conventions conclues sous l'égide de l'organisation n'obligent pas moins, par principe, très clairement chaque Etat partie à « adopter et maintenir en vigueur une législation qui assure les principes généraux contenus » dans ledit instrument⁶⁷³. Ce point de vue dualiste des rapports de système est également flagrant dans un rapport du Secrétariat d'UNIDROIT relatif à la Convention

organisation internationale, même obligatoires, puissent s'intégrer automatiquement au droit interne en vertu de l'article 55 de la Constitution ou d'une quelconque autre disposition.

⁶⁷⁰ Voir nos illustrations *infra*, 2.

⁶⁷¹ DROZ (G. A. L.), « Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets immobiliers corporels », *R.C.D.I.P.*, 1963, t. 54, p. 663-670, p. 670.

⁶⁷² Département des normes internationales du travail de l'O.I.T., *Manuel sur les procédures en matière de conventions et recommandations internationales du travail*, Genève, Bureau international du Travail, 2006, 68 p., § 29 p. 19 : « Dans certains pays, la Constitution confère force de droit interne aux conventions ratifiées ». L'Etat n'en est pas pour le moins soumis à des obligations de comportement normatif. N. Valticos relève, qu'un formulaire adressé aux Etats, relatif à l'uniformisation, précise que : « (s)i, dans votre pays, la ratification de la convention donne force de loi nationale à ses dispositions, prière d'indiquer les textes constitutionnels en vertu desquels elle porte cet effet. » (Rapport de la Commission d'experts de l'O.I.T., 1963, Rapport général, § 23-27, p. 9). Voir : VALTICOS (N.), « Un système de contrôle international : la mise en œuvre des conventions internationales du travail », *R.C.A.D.I.*, 1968-1, t. 123, p. 311-407.

⁶⁷³ Formule extraite de la Convention de l'O.I.T. n°120 sur l'hygiène (commerce et bureaux), Genève, 8 juillet 1964, <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdsp1.htm>>, exemple parmi d'autres similaires.

portant loi uniforme sur la forme d'un testament international. L'obligation de comportement normatif qui y est énoncée permet

d' « assurer une sécurité juridique accrue, en ce sens que le testateur ayant choisi cette forme sera certain qu'elle sera reconnue valable dans tous les Etats parties à la Convention. Les risques de voir un testament rejeté parce que dressé dans une forme étrangère se trouvent donc éliminés. »⁶⁷⁴

Un effet immédiat du droit international, en tant que tel, en droit interne, n'est pas envisagé. Ainsi chaque testament « s'apprécie directement par rapport à la loi nationale de chaque Etat » qui a adopté la loi uniforme⁶⁷⁵. De manière plus réaliste donc, postuler le dualisme des Etats permet de renforcer la sécurité juridique tout en restant ancré dans un mécanisme de prescription de comportement.

Une obligation de comportement normatif tacite : l'exemple probant du droit pénal international

En droit international pénal, les obligations que l'on cherche à imposer aux sujets internes sont plus lourdes encore de conséquences pour ces derniers, ce qui renforce l'idée d'une véritable obligation de comportement normatif pesant sur l'Etat. Ainsi que l'a mis en avant le Tribunal de Nuremberg, certains comportements de sujets internes sont incriminés. Alors qu'il n'existait aucune obligation expresse relative à la conformité du droit interne à cette incrimination⁶⁷⁶, le Tribunal a mis l'accent sur « le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis »⁶⁷⁷. Si ces propos peuvent être interprétés comme affirmant l'effet direct des interdictions des crimes les plus graves envers les individus, qui seraient dès lors susceptibles

⁶⁷⁴ Rapport du Secrétariat d'UNIDROIT : PLANTARD (J.-P.), « Rapport explicatif sur la Convention UNIDROIT portant loi uniforme sur la forme d'un testament international », <<http://www.unidroit.org/french/conventions/1973wills/main.htm>>, p. 3.

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

⁶⁷⁶ Il n'existait d'ailleurs aucune convention relative aux crimes de droit international, avant l'ébauche que constitue aujourd'hui le Statut de la C.P.I. Cela pourrait constituer une exception au critère établi précédemment, selon lequel le mécanisme du « droit uniforme » relevait nécessairement d'un mode de formation écrit du droit international public, aucune « loi-modèle » ne pouvant être définie puis se voir superposer une obligation de comportement normatif de manière coutumière. On se trouve toutefois dans un cas de figure très particulier, où la « loi uniforme » que constituait l'incrimination des crimes de guerre, crime contre l'humanité et génocide, était déjà, selon le Tribunal de Nuremberg, en vigueur dans la plupart des ordres juridiques internes. La « loi uniforme » et son obligation de comportement normatif ne sont toutefois pas « coutumières » et reposent sur le Statut du Tribunal. Ce raisonnement n'a été utilisé que pour justifier une incrimination de conduites antérieures à l'entrée en vigueur de celui-ci, devant le tribunal international. Si, dans l'ordre juridique international, des obligations peuvent éventuellement s'imposer aux sujets internes de manière coutumière, cela ne ressort plus du mécanisme du « droit uniforme » qui double cette internationalisation du droit pénal, et se fonde exclusivement sur des dispositions écrites.

⁶⁷⁷ C.D.I., « Principes du droit international reconnus dans le Statut et la sentence du Tribunal de Nuremberg », texte adopté lors de sa 2^e session, 1950, *Ann. C.D.I.*, 1950, vol. I, p. 374 (Principe II). Voir : LA ROSA (A.-M.), *Dictionnaire de droit international pénal*, PUF, Paris, 1998, 118 p., p. 69.

d'engager leur responsabilité pénale dans cet ordre, ils peuvent également être entendus comme obligeant l'Etat à incriminer ces comportements particulièrement odieux. En cas de manquement, certes un grave déficit en matière de sécurité juridique aurait lieu, mais l'ordre public international ne peut supporter le coût d'une défaillance de l'Etat, et le sujet interne sera, quand même, puni. L'accent est en réalité mis sur le fait que la responsabilité des individus sera engagée, alors même qu'aucune norme de droit interne ne leur fait l'interdiction d'un tel comportement, ce qui comporte un grave danger au niveau de leur sécurité juridique. Certes, on doit aujourd'hui admettre que la responsabilité pénale des sujets internes puisse être engagée dans l'ordre international, devant des juridictions de cet ordre et probablement en application de règles véritablement internationales s'imposant aux sujets internes. Cette situation demeure toutefois parfaitement exceptionnelle et les Etats doivent, en outre, afin de réprimer prioritairement eux-mêmes les crimes les plus odieux, incriminer en droit interne les crimes définis par le droit international.

Le T.P.I.Y. l'affirma de manière particulièrement claire dans son arrêt *Furundzija* sur lequel nous aurons l'occasion de revenir. A propos de l'interdiction de la torture, l'Etat est soumis à une obligation de comportement normatif⁶⁷⁸. On comprend d'autant mieux ce devoir qui se superpose à la règle de droit uniforme dans ce domaine où s'applique le principe général *nullum crimen sine lege*. Imposer une application de la règle par le juge interne sans assurer une incrimination antérieure n'est pas possible dans l'ordre juridique d'un Etat de droit⁶⁷⁹.

b. Comportement global, distinct de la production d'un acte juridique déterminé.

En cela l'obligation de comportement normatif se distingue d'une obligation de réalisation de situation individuelle : elle ne commande pas à l'Etat un comportement opératif – qui pourrait, en ce cas, être la production d'un acte juridique immédiatement exécutoire – mais la réalisation d'un résultat plus général : l'ensemble du droit interne doit être rendu conforme au modèle internationalement déterminé. Cette interprétation des obligations de comportement normatif est confirmée par Mme Parrot, qui affirme qu'elles visent à « garantir un certain état de

⁶⁷⁸ T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, <<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/jugement/index.htm>> (également disponible dans *I.L.M.*, 1999, vol. 38, p. 317-377), § 140-149.

⁶⁷⁹ C'est pourquoi la convention contre la torture prescrit également, outre le devoir général d'uniformisation, partie intégrante de l'obligation de prévention de la torture, une obligation plus précise d'incrimination pénale de ce comportement : « Tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité. » (Convention contre la torture, préc.). Cette disposition devra également entrer dans le cadre de l'étude des obligations de comportement normatif de droit public, second volet de la loi pénale.

leur droit positif, c'est-à-dire un certain contenu de leur système de droit étatique », ce qui équivaut à « (l')absence d'obligation d'édicter une norme étatique générale précisément définie »⁶⁸⁰ et à « (l')obligation de garantir la teneur du droit étatique en vigueur »⁶⁸¹. Examinons plus précisément en quoi ce comportement normatif diffère du comportement opératif de production d'un acte juridique précis.

Absence de prescription de comportement opératif : la production d'une règle nouvelle n'est pas toujours nécessaire

L'obligation de comportement normatif n'est pas une obligation de transposition pure et simple de la « loi uniforme » dans l'ordre juridique interne, par la production d'une règle nouvelle ou réception authentique de celle-ci. L'obligation a pour destinataires un ensemble d'Etats dont les ordres juridiques internes diffèrent. On doit ainsi admettre que les règles internes de l'un d'entre eux puissent être déjà conformes au modèle imposé. Un tel cas de figure peut fréquemment se rencontrer lorsqu'il est question d'harmonisation du droit sur un modèle faiblement déterminé. Ainsi, le Conseil de sécurité a, dans l'affaire de la *Rhodésie du Sud*, énoncé des obligations de comportement normatif, sur un modèle peu précis, aux fins du respect de l'embargo par les sujets internes⁶⁸². Les Etats ont généralement pris des mesures générales d'interdiction des comportements privés internationalement proscrits⁶⁸³. La France en revanche n'a pas produit de législation spécifique, permettant notamment l'annulation de contrats conclus contrairement à ce blocus, tels des contrats d'assurance précisément visés par la résolution 333 (1973). Toutefois, l'article 1131 du code civil prohibe les contrats contraires aux bonnes mœurs, ce qui peut inclure les contrats pris en violation d'une résolution du Conseil de sécurité. Le droit français a ainsi pu être considéré comme déjà conforme à la règle uniforme, satisfaisant par une interprétation extensive de son droit existant à l'exigence d'harmonisation du Conseil de sécurité⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé, op. cit.*, p. 202.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 204.

⁶⁸² C.S.N.U., résolution du 29 mai 1968, *Question de la situation en Rhodésie du Sud*, RES 253 (1968), notamment, al. 3 : « tous les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies empêcheront (...) b) Toutes activités de leurs ressortissants ou sur leur territoire qui favoriseraient ou ont pour objet de favoriser l'exportation de toutes marchandises ou de tous produits par la Rhodésie du Sud ».

⁶⁸³ Notamment, *Executive order* 11419 pris le 29 juillet 1968 par le Président des Etats-Unis (Texte dans *Am. J. Int. L.*, 1969, p. 128.) ou, en France, arrêté du ministre des Finances du 24 décembre 1965 qui interdit l'exportation vers la Rhodésie de produits énumérés (*J.O.R.F.*, n°11763, 25 décembre 1969). Voir RIGAUX (F.), *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 14.

⁶⁸⁴ F. Rigaux estime que la France respecte son obligation de comportement normatif par le renvoi qu'elle opère à la loi uniforme, ici par un article du code civil, d'ordinaire par l'article 55 de la Constitution. Il considère qu'il y a conformité dès lors qu'un renvoi est opéré à la loi uniforme et que celle-ci est assez précise pour être d'effet direct, *ibidem*. Nous ne sommes pas de cet avis : la disposition du code, loin de « renvoyer » au droit international, permet d'en inclure les dispositions en droit interne et de rendre celui-ci conforme. En revanche, une réception automatique d'une convention par l'article 55 ne permettrait pas une telle conformité.

Une conformité déjà avérée sera bien entendu plus rare en cas de « loi uniforme » établie avec détails, à la manière des « normes du travail » imposées par les conventions de l'O.I.T. Ces dernières, ainsi que de nombreuses conventions de « droit uniforme », semblent obliger à la production d'une loi interne nouvelle. La formulation des obligations de comportement normatif, lorsqu'elles sont expressément énoncées, le laissent en effet à penser⁶⁸⁵. Toutefois, on doit de même considérer que la production d'une norme nouvelle de transposition n'est pas l'objet de l'obligation de comportement normatif. Pour conforter ce point de vue, on remarquera que les législations interne adoptées en respect de ces instruments doivent être communiquées au depositaire du traité. Or cette formalité ne peut être envisagée comme une mesure de contrôle de la bonne exécution de l'obligation internationale. Cette tâche apparaîtrait « incompatible avec la neutralité politique imposée aux depositaires par les règles établies du droit international des traités »⁶⁸⁶. La production d'une loi déterminée, même si elle est souvent indispensable au respect de l'obligation de comportement normatif, ne peut être le comportement généralement requis par celle-ci, qui ne peut s'analyser comme une *prescription* de comportement opératif.

De plus, la production d'une règle juridique nouvelle ne permet pas toujours, à elle seule, de s'acquitter de l'obligation de comportement normatif, qui vise plus globalement la conformité du droit interne à laquelle parviendra, finalement, l'Etat.

Absence d'obligations aux modalités déterminées : la production d'une règle nouvelle est parfois insuffisante

Certaines conventions énoncent des « lois uniformes » qui visent à réglementer, parfois très précisément, une activité transnationale exceptionnelle, répondant ainsi à ses besoins spécifiques. Dans ce cas en effet, on voit difficilement comment l'Etat pourrait se soustraire à la production d'une règle nouvelle la reprenant. Ce comportement permettra en outre à l'Etat de s'acquitter pleinement de son obligation de comportement normatif, sans qu'une quelconque autre action ne soit nécessaire vis-à-vis du droit interne. En effet, lorsque les règles uniformes visent uniquement des activités transnationales, elles pourront laisser subsister les règles internes

⁶⁸⁵ Convention de l'O.I.T. n°120 sur l'hygiène (commerce et bureaux), précitée. De même, la Convention d'UNIDROIT portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, précitée, dispose, article 1. 3, que « (c)haque Etat contractant communiquera au Gouvernement des Pays-Bas les textes qui, en application de la présente Convention, auront été introduits dans sa législation. »

⁶⁸⁶ Précis de la pratique du secrétaire général en tant que depositaire des traités multilatéraux, <<http://untreaty.un.org/French/access.asp>>, p. 25.

existantes⁶⁸⁷. Droit uniforme et droit interne préexistants ont des champs d'application qui ne se recoupent pas et le droit interne peut ainsi être conforme en ajoutant simplement une nouvelle règle au paysage normatif. En revanche, d'autres conventions de « droit uniforme » posent des modèles propres à remplacer les règles internes existantes, et non seulement vouées à s'appliquer à des situations internationales⁶⁸⁸. Ainsi, au-delà d'une norme nouvelle, c'est l'ensemble du droit interne qui devra parfois être modifié pour assurer sa conformité. Une Commission d'enquête instituée dans le cadre de l'O.I.T. a ainsi pu déclarer qu'une situation dans laquelle les règles internes qui ne seraient pas conformes – en l'espèce, des dispositions autorisant expressément un comportement qui devait être interdit – seraient rendues seulement obsolètes, *de facto*, n'est pas acceptable. La conformité des règles internes, prises dans leur ensemble, est indispensable⁶⁸⁹. Le comportement requis de l'Etat doit ainsi être entendu comme global. Les modalités de réalisation de la conformité de ses règles internes étant fonction de l'état de ces dernières au moment où il s'engage, elles ne peuvent être généralement déterminées, en amont, par l'obligation internationale.

L'exigence de la conformité des règles internes à un modèle international peut être d'une intensité variable. L'examen de cette normativité variable de l'obligation internationale nous permettra d'en fournir davantage d'illustrations.

2. Degrés d'intensité de l'obligation

Disposer d'un droit conforme à la règle internationalement déterminée peut être implicite, et l'Etat n'être tenu qu'à une *obligation de s'efforcer* en ce sens (a). Les Etats peuvent en outre être obligés à une obligation *stricte* de comportement normatif. Le classement des obligations dans cette catégorie sera principalement fonction de l'énonciation, expresse, d'une obligation de comportement normatif. Une exception doit toutefois être notée : l'obligation relative au *droit pénal uniforme*, bien que tacite, doit également être considérée comme *stricte* (b).

⁶⁸⁷ BAUER (H.), « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 537-574, p. 548. Egalement, le rapport explicatif du Secrétariat général d'Unidroit précise à propos de la Convention de Washington de 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international que « la Convention n'a nullement pour ambition de rapprocher ou d'uniformiser les formes (de testament) existantes dans les différents droits, lesquelles ne sont ni abolies ni modifiées. Elle se borne à proposer, à côté et en plus de ces formes traditionnelles, une forme supplémentaire nouvelle dont on espère que la pratique fera usage principalement – mais non exclusivement – dans les cas où un testament présentera, en raison des circonstances, des aspects internationaux » (Rapport du Secrétariat d'UNIDROIT : PLANTARD (J.-P.), « Rapport explicatif sur la Convention UNIDROIT portant loi uniforme sur la forme d'un testament international », préc., p. 1)

⁶⁸⁸ Il en va ainsi, par exemple, de la Convention d'UNIDROIT relative au contrat de voyage, Bruxelles, 23 avril 1970, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>.

⁶⁸⁹ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1957, *Plainte du Ghana au sujet de l'application par le Portugal de la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé*, Bull. off. B.I.T., vol. XLV, 1962, n°2, supp. II.

a. Obligation de s'efforcer

La limitation d'un pouvoir de l'Etat ne peut être présumée. Cette affirmation est, *a fortiori* applicable dans le domaine de la compétence normative de l'Etat, essentielle à l'exercice de sa souveraineté. Les obligations qui ont un tel comportement normatif pour objet ne doivent ainsi pas être interprétées de manière extensive. De nombreuses « lois uniformes » sont énoncées par des conventions internationales qui ne prescrivent précisément à l'Etat aucun comportement normatif, lequel est même passé sous silence. On doit toutefois conclure, en raison des critères précédemment établis, que si des dispositions visant à régler les relations entre personnes privées se trouvent dans un instrument de droit international public, un comportement normatif de l'Etat est bel et bien objet de l'obligation. Tacite, cette obligation n'en est pas pour le moins présente : la « loi uniforme » doit faire droit, en droit interne, sur lesdites relations privées. En ce cas toutefois, l'obligation de comportement normatif ne pèsera pas sur l'Etat de manière intense. Seul un *certain effort* dans le sens d'une uniformisation de son droit interne sera alors requis de lui. Illustrons nos propos.

Illustrations

Tel est le cas de la Convention de Vienne sur le contrat de vente internationale de marchandises. Ses deuxième et troisième parties comportent des dispositions substantielles destinées à régir lesdits contrats : règles de formation, ainsi que droits et obligations qu'ils font naître entre le vendeur et l'acheteur. Toutes ces règles seront applicables aux situations déterminées dans le premier chapitre de la première partie de la Convention, intitulé « champ d'application » : en l'occurrence il ne s'agit que des contrats de vente internationale. La Convention ne s'applique qu'aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents, lorsque ces Etats sont des Etats contractants ou que les règles de conflit mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant. Autrement dit, les règles en question ne visent que des situations comportant un élément d'extranéité ; le droit interne originel de l'Etat, même divergent, continue à s'appliquer dans la majeure partie des cas et aucune obligation relative à celui-ci n'est exigée par l'instrument interétatique. Pour autant, les « lois uniformes » doivent faire droit sur les contrats entre sujets internes déterminés par la convention. De même la Convention sur la représentation en matière de vente internationale de

marchandises⁶⁹⁰ ne pose expressément aucune obligation relative au comportement normatif de l'Etat. Son article 2 énonce que lesdites « règles » sont applicables lorsque la représentation présente un élément d'extranéité. Elles peuvent alors apparaître comme supplétives, et s'effacent notamment devant un traité incompatible⁶⁹¹. Il ne semble ainsi pas prescrit à l'Etat de rapprocher son droit interne de la « loi uniforme », dont l'application est exclue dans de nombreux cas, au profit de règles internes d'origine purement étatique, ou bien au profit de règles internes calquées sur d'autres « lois uniformes » énoncées par des traités incompatibles. Il n'en reste pas moins que, même dans des cas résiduels, la « loi uniforme » doit faire droit en droit interne⁶⁹². L'Etat est au moins obligé de s'y efforcer.

L'obligation de comportement normatif, même tacite, apparaîtra d'autant plus évidente que la « loi uniforme » est censée faire droit pour l'ensemble des situations privées, et non dans des cas marginaux. Il serait alors extrêmement délicat pour un Etat de ne pas faire preuve de l'effort voulu. Ainsi la Convention internationale relative au contrat de voyage, conclue à Bruxelles le 23 avril 1970⁶⁹³, ne voit pas son champ d'application limité à des situations internationales, englobant ainsi tout contrat de voyage même purement interne. Certes, aucune obligation précise d'uniformisation du droit interne n'apparaît parmi ses dispositions substantielles, mais il est incidemment mentionné que la mise en œuvre de la convention peut relever d'une « action législative »⁶⁹⁴. Le rapprochement du droit interne n'est toutefois pas impératif mais laissé au libre choix des Etats parties : ces derniers ont en effet la faculté, selon l'article 40, d'émettre une réserve dans le sens de l'application de la convention au seul contrat de

⁶⁹⁰ Précitée.

⁶⁹¹ « Art 23 : La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions de droit matériel concernant les matières régies par la présente Convention, à condition que » les Etats parties en charge de l'application de la convention soient tous deux parties à cette convention incompatible », Convention précitée.

⁶⁹² Les Conventions d'UNIDROIT sur le crédit-bail international et l'affacturage international, Ottawa, précitées, répondent au même schéma. Les règles matérielles issues du traité ne sont destinées qu'à régir des situations internationales clairement délimitées. La Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, Le Cap, précitée, et les protocoles y afférents, et ayant désigné l'institut comme dépositaire du traité, établit un régime juridique de droit commercial uniforme applicable aux garanties grevant des équipements de grande valeur déplacés d'un Etat à un autre. Il règle le problème de la divergence des droits nationaux en la matière, en créant des règles de garantie internationale. La loi uniforme ne concerne que des situations marginales et ne remet pas en cause la réglementation d'autres types de garantie d'équipement, autrement dit les garanties visant les biens autres que cellules d'avions, moteurs d'avion, hélicoptères, matériel roulant ferroviaire et biens spatiaux, considérés comme relevant d'un statut international spécifique (art. 2. 3). Si, ici encore, le caractère exceptionnel des activités privées régies par la règle uniforme rend l'uniformisation du droit interne bien peu utile, elle n'en reste pas moins obligatoire.

⁶⁹³ Convention d'UNIDROIT relative au contrat de voyage, Bruxelles, précitée.

⁶⁹⁴ L'article 38 de la convention, appartenant aux dispositions finales, régit la situation des Etats fédératifs et précise la mise en œuvre des obligations conventionnelles lorsque celle-ci « relève de l'action législative du pouvoir législatif fédéral » (§ 1), ou bien « relève de l'action législative de chacun des états, provinces ou cantons constituants » (§ 2). *Ibidem*.

voyage international⁶⁹⁵. Il est *a contrario* manifeste que, pour ceux d'entre eux n'ayant pas émis de telle réserve, l'exécution satisfaisante de leurs obligations conventionnelles passera par la mise en conformité de leurs règles internes aux modèles internationalement établis.

Tous les engagements internationaux ayant trait à l'interdiction d'un comportement par des sujets internes, et *a fortiori* à leur responsabilité, peuvent également être entendus comme imposant aux Etats parties une obligation de comportement normatif, même si elle ne consiste qu'en une obligation de s'efforcer. Il en va ainsi, par exemple, des conventions sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, qui prévoient que « le propriétaire du navire au moment d'un événement (...) est responsable de tout dommage par pollution causé par le navire et résultat de l'événement »⁶⁹⁶. Elle régit donc la responsabilité civile des propriétaires de navires, tenus d'indemniser les préjudices causés, et instaure un système d'assurance-responsabilité obligatoire. De même, les obligations imposées par le Conseil de sécurité en cas d'embargo contre un Etat supposent une obligation de comportement normatif. Si une résolution interdit aux membres de l'ONU de commercer avec l'Etat qui fait l'objet de la sanction, l'efficacité de ce blocus est subordonnée à son respect par les opérateurs commerciaux internes. C'est pourquoi le Conseil de sécurité impose aux Etats d'empêcher toutes activités privées contraire à l'embargo, listées dans ses résolutions⁶⁹⁷. Cette obligation de prévention et de répression de ces conduites privées implique une obligation à un comportement normatif : s'efforcer d'élever leur interdiction au rang de règles juridiques internes.

Les obligations de comportement normatif peuvent en outre voir leur normativité renforcée, et requérir davantage de l'Etat qu'un simple effort.

⁶⁹⁵ Autrement dit, selon l'article 40. 1, « devant être exécuté en totalité ou en partie dans un Etat différent de l'Etat du lieu de conclusion du contrat ou du lieu de départ du voyageur », *ibidem*.

⁶⁹⁶ Article 3 de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, précitée. Le régime avait pour cadre originel la Convention internationale de Bruxelles 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et la Convention de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour lesdits dommages, toutes deux modifiées par des protocoles de 1992. Le régime actuel résulte essentiellement des dispositions adoptées en 1992, et l'on parle aujourd'hui des conventions de 1992 sur la responsabilité civile et sur la création du Fonds.

⁶⁹⁷ C.S.N.U., résolution du 29 mai 1968, *Question de la situation en Rhodésie du Sud*, précitée, al 3, *b*) à *e*) pour la Rhodésie du Sud ; C.S.N.U., résolution du 6 août 1990, *Irak et Koweït*, RES 661 (1990), al 3, *b*) et *c*) ; C.S.N.U., résolution du 31 mars 1992, *Irak et Koweït*, RES 748 (1992), al 4 *b*) et 5 *a*) et *b*).

b. Obligation stricte

Obligation expresse relative à la conformité des règles internes

Les dispositions énonçant expressément une obligation de comportement normatif sont loin d'être « inutiles », ainsi que le pensait un auteur⁶⁹⁸. Elles permettent en effet de renforcer l'intensité de l'obligation de comportement normatif, qui passe d'une simple obligation de s'efforcer à une obligation *stricte*.

Ainsi, afin de renforcer l'obligation d'empêcher les individus de commercer avec la Rhodésie du Sud, le Conseil de sécurité a adopté une résolution ultérieure à l'embargo initial, prescrivant cette fois expressément un comportement normatif. Il

« (p)rie les Etats dont les lois autorisent l'importation de minerais et d'autres produits de Rhodésie du Sud de les abroger immédiatement » et « (d)emande aux Etats d'adopter et de mettre en vigueur immédiatement des mesures législatives prévoyant l'imposition de peines sévères aux personnes physiques ou morales qui tournent ou violent les sanctions » par des comportements définis⁶⁹⁹.

Autrement dit, disposer de normes générales préventives d'un comportement individuel proscrit est cette fois pleinement obligatoire au regard du droit international.

Plus généralement, les instruments qui obligent l'Etat à une obligation *stricte* de comportement normatif répondent à l'architecture suivante. Une obligation interétatique est formulée, visant de manière comme on le sait trompeuse, « l'adoption » en droit interne de la « loi uniforme ». Cette dernière voit son texte annexé à l'instrument international, et ne constitue plus comme précédemment ses dispositions prétendument substantielles. L'accent n'est donc plus mis sur le respect final de la règle au sein de l'ordre juridique interne, mais sur la mesure générale propre à l'assurer en amont. Ainsi la première convention UNIDROIT, conclue à La Haye en 1964 et relative à la vente internationale des objets mobiliers corporels⁷⁰⁰, diffère par sa construction

⁶⁹⁸ Selon G. A. L. Droz en effet, ce type de disposition est tantôt « inutile », tantôt « équivoque ». On a précédemment rejeté leur caractère équivoque : alors que l'auteur considérait qu'elles remettaient en cause la primauté d'application du droit international sur le droit interne, on a au contraire pu établir que l'application du droit international n'était pas l'objet de ces obligations, qui visaient bien davantage, et très clairement, le comportement normatif de l'Etat. On doit également rejeter l'inutilité de ces dispositions, qui servent semble-t-il à un véritable renforcement normatif de l'obligation en question (DROZ (G. A. L.), « Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets immobiliers corporels », *op. cit.*, p. 669).

⁶⁹⁹ C.S.N.U., résolution du 22 mai 1973, *Question de la situation en Rhodésie du Sud*, RES 333 (1973), al. 3 et 4.

⁷⁰⁰ Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, précitée.

des précédents instruments étudiés et « porte loi uniforme ». Ses dispositions substantielles déterminent l'obligation à la charge de chaque Etat partie d' « introduire dans sa législation, selon sa procédure constitutionnelle, au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard, la Loi uniforme (...) formant l'Annexe à la présente convention »⁷⁰¹. Dans un second temps seulement, l'Etat sera en charge de sanctionner la règle ainsi introduite⁷⁰². Ce type de disposition conventionnelle renforce l'obligation de comportement normatif à la charge de l'Etat, qui ne sera plus vue comme une simple obligation de s'efforcer. Pourtant, à l'instar des conventions précédemment étudiées, la « loi uniforme » ici établie ne vise que les relations privées ayant effectivement un élément d'extranéité⁷⁰³. La distinction entre les « lois uniformes » applicables aux seules situations internationales et les règles « lois uniformes » applicables à toutes situations même purement internes ne prouve ainsi rien quant à l'intensité de l'obligation de comportement normatif auquel l'Etat est tenu. Le degré élevé d'exigence de l'obligation tient exclusivement à sa mention expresse, sauf une exception qu'il nous appartient de présenter immédiatement.

⁷⁰¹ *Ibid.*, article 1.

⁷⁰² *Ibid.*, article XI : « Chaque Etat contractant appliquera les dispositions qui auront été introduites dans sa législation en application de la présente Convention aux contrats de vente auxquels la loi uniforme s'applique et qui auront été conclus à la date ou depuis la date de l'entrée en vigueur de la Convention à son égard. »

⁷⁰³ L'article 1^{er} de la loi uniforme annexée à la Convention précitée dispose que « La présente loi est applicable aux contrats de vente d'objets mobiliers corporels passés entre des parties ayant leur établissement sur le territoire d'Etats différents dans chacun des cas suivants :

- a) lorsque le contrat implique que la chose fait, lors de la conclusion du contrat, ou fera l'objet d'un transport du territoire d'un Etat dans le territoire d'un autre Etat;
- b) lorsque les actes constituant l'offre et l'acceptation ont été accomplis sur le territoire d'Etats différents;
- c) lorsque la délivrance de la chose doit se réaliser sur le territoire d'un Etat autre que celui où ont été accomplis les actes constituant l'offre et l'acceptation du contrat. » *Ibid.*

Pris dans leur volet privatiste, autrement dit relativement à la prohibition de certaines conduites d'acteurs privés, et non attachés à la répression, par l'Etat, desdites conduites, les instruments de droit international matériellement pénaux doivent, on l'a vu, être interprétés comme des mécanismes de « droit uniforme ». Exceptionnellement, le comportement normatif exigé de l'Etat de manière *tacite* n'en sera pas pour le moins *strict*.

Le droit international humanitaire doit entrer dans cette catégorie. Il détermine certes le traitement par l'Etat des victimes de la guerre, mais a également pour objet le comportement normatif de ce dernier, dans la mesure où les relations entre lesdites victimes et les acteurs physiques de ces conflits meurtriers sont également au centre des « règles » énoncées. L'Etat est donc dans l'obligation de respecter mais aussi de « faire respecter » le droit humanitaire par les sujets internes eux-mêmes, ainsi que l'énonce l'article 1^{er} commun aux Conventions de Genève de 1949⁷⁰⁶. Selon certains auteurs, « il s'agit d'obtenir le résultat tel que le droit humanitaire soit pour ainsi dire 'nationalisé', c'est-à-dire qu'il devienne partie intégrante des ordres juridiques internes de chaque Etat. »⁷⁰⁷ Les comportements des sujets internes doivent en effet être incriminés par le

⁷⁰⁴ Voir, pour une obligation expresse relative à la conformité du droit interne en matière de droit pénal, la récente convention de Pékin précitée, qui dispose notamment, art. 1. 5, que « (c)haque État partie confère aussi le caractère d'infraction pénale » à des comportements déterminés. Elle porte véritablement « loi pénale uniforme » (Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, Pékin, préc.)

⁷⁰⁵ Une réserve doit toutefois être émise : lorsque la convention ne pose, de manière expresse, aucune obligation matériellement pénale, l'obligation de comportement normatif ne peut être stricte. On pense bien entendu aux instruments de protection des droits fondamentaux qui interdisent la torture et autres traitements inhumains ou dégradants, mais n'ont pas pour destinataires les sujets internes. Leur effet est seulement « vertical » et non « horizontal ». Seule la C.A.D.H. sera interprétée comme une convention de droit pénal international, au travers de son article 1. 1, interprété comme une obligation de « garantir » les droits de l'homme et non seulement de les respecter (HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 346-350). Elle n'impose toutefois, nous semble-t-il, que des obligations de s'efforcer. Une évolution vers un renforcement de l'obligation est certes notable dans sa jurisprudence (C.I.A.D.H., arrêt du 31 janvier 2006, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombie, Série C*, n° 140, § 134, où la Cour considère que, dans des cas de violations graves et systématiques des droits de l'homme par des entités non-étatiques, l'obligation de prévention de ces comportements se trouve renforcée ; voir en ce sens : HENNEBEL (L.), *ibidem*). Toutefois, on ne pense pas qu'une violation puisse intervenir avant la survenance de cet événement à prévenir. Une telle obligation *stricte* de comportement normatif, qui imposerait la conformité du droit pénal interne à la Convention, ne semble être imposée qu'en tant qu'obligation secondaire : voir *infra*, Seconde Partie, Titre 1, *Chapitre 2*, Section 2.

⁷⁰⁶ Entre trois autres : Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949, *Rec. Traités N.U.*, vol. 75, n°970. De même, l'article 1. 1 du 1^{er} Protocole additionnel énonce que « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter le présent Protocole en toutes circonstances. »

⁷⁰⁷ CONDORELLI (L.), BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Quelques remarques à propos de l'obligation de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances' », *Mélanges Pictet*, CICR, Genève-La Haye, Nijhoff, 1984, p. 25.

droit interne⁷⁰⁸. C'est ainsi que l'Assemblée générale des Nations Unies a interprété l'interdiction du crime contre l'humanité. Elle a rappelé que les Etats devaient prévenir et réprimer de tels crimes commis par les sujets internes⁷⁰⁹. Détaillant cette obligation dans une résolution ultérieure, elle énonce clairement une obligation de comportement normatif à la charge de l'Etat⁷¹⁰, que l'on peut alors rétroactivement considérer comme *stricte*. Cette intensité normative doit être attachée à la gravité des conduites des sujets internes dont il est question.

La Convention des Nations Unies contre la torture et son interprétation jurisprudentielle nous conduisent en ce sens. Cet instrument vise à empêcher toute torture par des agents de l'Etat, mais également que la torture ne soit pratiquée par les individus⁷¹¹. Elle impose ainsi expressément aux Etats, dans son article 2. 1, de prendre « des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction », ce qui implique, dans le versant du droit privé qui seul nous importe pour le moment, d'interdire la torture aux sujets internes. Dans l'affaire *Furundzija*, le T.P.I.Y. met un accent particulier sur la spécificité de cette obligation issue de l'interdiction internationale de la torture : « (l)es Etats doivent (...) mettre immédiatement en place toutes les procédures et mesures qui peuvent permettre, dans l'ordre juridique interne, de prévenir tout recours à la torture ou mettre sans délai un terme à sa pratique. »⁷¹² Cette interprétation de la disposition conventionnelle comme une clause de « droit conforme » est corroborée par l'objet du traité, un crime particulièrement grave : « L'abolition de la torture a une telle valeur qu'il est vital d'interdire toute loi nationale qui autorise ou tolère cette pratique ou, en tout cas, pourrait avoir cet effet. »⁷¹³ Dès lors qu'un instrument international tend à l'interdiction d'un comportement particulièrement grave, tel un crime de droit international ou la violation, par les personnes privées, de règles de *jus cogens*, l'obligation de comportement normatif à la charge de l'Etat doit être considérée comme *stricte*⁷¹⁴.

⁷⁰⁸ Dans le sens d'une obligation de comportement normatif à la charge des Etats en droit humanitaire, voir, dans un domaine très particulier : HOPPE (C.), « Passing the Buck : State Responsibility for the Conduct of Private Military Companies », *E.J.I.L.*, 2008, p. 989-1014.

⁷⁰⁹ A.G.N.U., résolution du 15 décembre 1969, *Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity*, RES 2583 (XXIV).

⁷¹⁰ A.G.N.U., résolution du 3 décembre 1973, *Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes against Humanity*, Res 3074 (XXVIII) : « States shall not take any legislative or other measures which may be prejudicial to the international obligations they have assumed in regard to the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity. »

⁷¹¹ Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, précitée. L'obligation est clairement énoncée à la manière d'une obligation de prévention d'un événement déterminé : la torture commise par des sujets internes sur le territoire de l'Etat, en toute impunité.

⁷¹² T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija* précitée, § 149.

⁷¹³ *Ibid.*, § 150.

⁷¹⁴ Il en va de même de l'interdiction de l'esclavage. Qu'elle provienne d'instruments qui mentionnent expressément le comportement normatif de l'Etat en ce sens renforce cette impression. Voir Convention de l'O.I.T.

En conclusion, le traitement, par l'Etat, des sujets internes n'est pas l'objet des obligations qui se superposent à des « règles » de droit privées, qui tendent à régir les relations entre sujets internes. En présence de telles « lois uniformes », l'Etat ne sera ainsi pas obligé de réaliser des situations individuelles, mais obligé relativement à des situations générales, qu'il devra réglementer dans un sens internationalement défini. La production d'actes juridiques déterminés, transposant la « loi uniforme », n'est toutefois pas davantage l'objet de ce type d'obligation, qui requiert de l'Etat que le droit interne, dans son ensemble, soit rendu conforme à ce modèle. Le résultat ici visé par l'obligation n'est plus d'ordre opératif, et l'obligation internationale prend cette fois véritablement le droit interne, comme tel, en considération. Ces caractéristiques de l'obligation de comportement normatif que nous venons de dégager ont des conséquences sur son mode de violation, qu'il nous faut à présent envisager. De même, l'intensité de cette obligation, qui pouvait exiger de l'Etat un simple effort ou bien jouer de manière stricte, aura un rôle important sur la réalisation d'un tel manquement.

§ 2. Caractérisation du conflit entre le droit interne et le modèle internationalement défini. *Non-conformité, contraire à l'obligation de comportement normatif, donnant lieu à un fait internationalement illicite.*

Le droit interne est, de prime abord, susceptible d'entrer en conflit avec la « loi uniforme » s'il ne lui est pas *conforme*. La conformité supposait que le droit interne ait été façonné sur ce modèle de référence, et, quel que soit le degré de précision de celui-ci, lui soit strictement identique. Cette conformité ainsi décrite rappelle ainsi une condition de validité, puisqu'elle semble intervenir au moment de la formation de la norme interne. Ce n'est toutefois pas dans le cadre d'un principe de légalité que ce concept intervient mais bien, comme on l'a vu, ancré dans une obligation de comportement de l'Etat : un comportement normatif. Malgré l'objet tout à fait spécifique de cette obligation internationale, relative à l'état des règles juridiques internes, elle demeure une prescription de comportement. La non-conformité du droit interne donnera ainsi lieu à une violation de l'obligation de l'Etat, sur le mode de l'illicéité (B), que nous envisagerons après l'étude des particularités du *tempus commissi delicti* (A).

n° 29 sur le travail forcé ou obligatoire, Genève, 28 juin 1930, <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>>, lue conjointement à l'article 19 de la Constitution de l'O.I.T. ; Convention relative à l'esclavage, Genève, 25 septembre 1926, <<http://www2.ohchr.org/french/law/esclavage.htm>>, art. 3 et 6.

A. Temps de la violation

C'est au niveau du *tempus commissi delicti* que la distinction entre obligations de comportement normatif selon leur degré d'intensité prendra toute son ampleur. Le temps de la violation différera en effet selon que l'obligation heurtée requérait de l'Etat un simple effort (1), ou bien une stricte obligation (2).

1. Temps de la violation de l'obligation de s'efforcer

Dans ce type d'obligation, l'objet est un *effort* de l'Etat, autrement dit, selon un auteur civiliste, il n'est pas « un résultat tangible mais une diligence passagère essentiellement insaisissable ». L'auteur poursuit quant à la démonstration de la violation d'une telle obligation : « (1) la vérification de l'exécution de l'obligation ne peut être instantanée et, en quelque sorte, matérielle ; elle exigerait un examen attentif et constant de la conduite du débiteur. »⁷¹⁵ En l'espèce, afin de démontrer la violation de l'obligation de *s'efforcer* relative à la conformité des règles internes, preuve que l'Etat n'a pas cherché à ce que le droit uniforme fasse droit en droit interne devra être apportée. Cette preuve révélera le moment (a) et la durée (b) de la violation.

a. Moment

L'obligation de comportement normatif n'a pas pour objet, on l'a vu, le traitement des sujets internes par les organes de l'Etat. Les règles de droit privé que l'Etat doit rendre conformes à la « loi uniforme » sont immédiatement exécutoires ; elles affectent les situations individuelles des personnes privées avant toute intervention étatique qui ne fera qu'en déclencher l'exécution par la production d'un acte-condition. Dans le cas d'une simple obligation de s'efforcer toutefois, la seule preuve tangible du manque d'effort de l'Etat dans la mise en conformité de ses règles internes serait cette attitude, de second plan, de ses organes. Ainsi, faute de règle interne qui y soit conforme, la « loi uniforme » ne serait pas appliquée par les tribunaux étatiques envers les sujets internes lorsque ceux-ci, relativement à leurs activités ou leur statut personnel, en demanderaient la sanction. Certes, c'est la carence du législateur dans l'effort apporté à la mise en conformité du droit interne qui doit être perçue comme la violation de l'obligation internationale de l'Etat. Mais la *preuve* de cette violation ne peut être apportée que par le défaut d'application aux sujets internes de la « loi uniforme » par les organes de l'Etat, administratifs mais surtout judiciaires. Si, en

⁷¹⁵ TUNC (A.), « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *op. cit.*

revanche, les tribunaux internes faisaient une application de la « loi uniforme », on voit mal comment l'Etat pourrait être considéré en violation de son obligation de s'efforcer, alors même qu'il pourrait avoir manqué d'assurer la sécurité juridique recherchée par la convention de droit uniforme : preuve ne pourrait en être apportée.

L'épuisement des voies de recours internes n'est pas ici une condition de fond, et l'obligation de comportement normatif, même sous la forme d'une obligation de s'efforcer, sera violée par la défaillance de l'Etat-législateur. Obligation de comportement certes global, c'est en effet uniquement du pouvoir normatif général de l'Etat qu'il est question, dont le juge ne dispose pas. L'intervention du pouvoir judiciaire ne permettrait pas de revenir sur un comportement normatif quel qu'il soit, si ce n'est dans les pays de *Common Law*. Le déni de justice ne vient ainsi pas parfaire une amorce de violation, mais seulement la *démontrer*. Il pourrait seulement être question de l'épuisement de recours constitutionnels, condition substantielle de réalisation de l'illicite commune à l'ensemble des obligations de comportement normatif, que nous étudierons ultérieurement⁷¹⁶.

Le manquement à certaines obligations internationales ne serait ainsi pas réalisé au jour du seul comportement de l'Etat déviant mais au jour de la survenance d'un événement extérieur. C'est la distinction entre le fait illicite de comportement et le fait illicite d'événement⁷¹⁷. Se rajouterait, non une condition aux deux qui constituent déjà l'essence du fait internationalement illicite, *i.e.* comportement attribuable à l'Etat, en violation d'une obligation internationale, mais une condition propre à la concrétisation de cette violation en elle-même, qui n'est révélée qu'au jour du déni de justice⁷¹⁸. L'obligation serait construite sur le mode d'une obligation de prévention d'un événement déterminé. Cet événement n'est toutefois pas imputable à l'Etat ; il s'agit généralement d'agissements de sujets internes. Il en va de même ici : l'Etat devait apporter toute sa diligence pour faire en sorte que la règle uniforme fasse droit auprès des sujets internes. L'événement à prévenir serait ainsi : que la « loi uniforme » ne fasse pas droit, ce qui peut bien entendu être révélé par un déni de justice mais en outre par un non-respect généralisé de la « loi » en question par les sujets internes, si cette dernière pose une proscription de comportement.

⁷¹⁶ Voir sur ce point Section 2, § 3.

⁷¹⁷ AGO (R.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », préc. , p. 207 ; AGO (R.), « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939, t. 68, p. 447.

⁷¹⁸ C.D.I., rapport à l'A.G.N.U sur les travaux de sa vingt-cinquième session, Doc. N.U. A/9010/REV.1, *Ann. C.D.I.*, 1973, vol. II, p. 167-201, *in extenso* : « S'il n'y a pas de fait internationalement illicite tant que l'événement ne s'est pas produit, c'est que jusque-là le comportement de l'Etat n'a pas encore réalisé la violation d'une obligation internationale. C'est donc l'élément objectif du fait internationalement illicite qui, en réalité, fait défaut. En d'autres termes, la survenance d'un événement extérieur est une condition de la violation d'une obligation internationale, et non pas un nouvel élément qui devrait venir s'ajouter à cette violation pour qu'il y ait fait illicite. » § 11 p. 185.

Dans ce cas également, un fait internationalement illicite répondra aux conditions que R. Ago estime devoir être réunies pour conclure à la violation d'une obligation de prévention d'un événement déterminé⁷¹⁹ : « l'événement à prévenir doit s'être produit, rendu possible par un défaut de vigilance de la part d'organes étatiques. »⁷²⁰ Il faudra donc attendre cette preuve, démontrant que la loi uniforme ne fait pas droit auprès des individus : des violations massives, une absence de sanction de la règle par les tribunaux. Le défaut d'uniformisation du droit interne ne peut avant cela être tenu pour un manquement à l'obligation de s'efforcer en matière de droit uniforme : « (o)n ne peut évidemment pas alléguer une violation par l'Etat de son obligation de prévenir un événement donné tant que celui-ci ne s'est en fait pas produit »⁷²¹.

b. Durée

La durée d'une violation est en l'espèce quasiment impossible à déterminer puisqu'est en cause « l'effort normatif » propre à rendre le droit interne conforme à la loi uniforme. Si l'illicite ne peut être constaté que lors de la réalisation de l'événement à prévenir, la violation doit-elle s'étendre, rétroactivement, au comportement de l'Etat qui n'a pas mis son droit interne en conformité avec la « loi uniforme » ? Autrement dit, le fait internationalement illicite serait-il instantané ou bien continu⁷²² ? L'intérêt de la question doit être relativisé au regard du caractère nécessairement durable de l'événement dont il est question : le fait que la loi uniforme ne fasse pas droit dans l'ordre juridique interne, ne peut être compris comme un fait instantané. Toutefois, la violation ne pouvant être considérée comme parfaite avant la survenance d'un « événement » démontrant cette non conformité, il semble exclu que le fait illicite puisse ensuite « remonter » jusqu'au commencement d'un comportement par essence insaisissable. Ainsi, selon R. Ago, « (l)e 'moment' du fait internationalement illicite d'événement n'est *que* celui où l'événement en question se produit, car c'est à ce moment même que l'obligation d'en empêcher la survenance est violée par l'Etat. »⁷²³ La difficulté de la détermination de la durée de la violation est aisément perceptible.

⁷¹⁹ AGO (R.), « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », préc., § 1 p. 30.

⁷²⁰ *Ibid.*, § 3 p. 30.

⁷²¹ *Ibidem.* La C.I.J l'a récemment confirmé : « (c)'est seulement au moment où l'acte prohibé a commencé à être commis que la violation d'une obligation de prévention est constituée. » (C.I.J., arrêt du 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, Croatie c. Serbie, *Rec.*, p. 412 et s., § 431, p. 154.

⁷²² AGO (R.), « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, § 35 p. 43.

⁷²³ *Ibid.*, § 37 p. 44. Nous soulignons.

L'obligation de s'efforcer à un comportement normatif semble ainsi, à la lumière de l'étude de sa violation, ne pas être dotée d'une pleine normativité⁷²⁴. Les conventions qui énoncent des lois uniformes sans prescrire à l'Etat d'obligation stricte de comportement normatif se rapprocheraient, dans toutes leurs caractéristiques, d'une *soft law* de l'uniformisation. Le T.P.I.Y. le confirme lorsqu'il remarque que,

« à quelques évidentes exceptions près, tout manquement à l'obligation d'adopter des lois d'application indispensables n'a qu'un effet potentiel : il n'y a de fait illicite que lorsque des mesures judiciaires ou administratives sont prises qui engagent la responsabilité de l'Etat, parce qu'elles contreviennent au droit international faute de lois d'application »⁷²⁵

Ces « évidentes exceptions » sont bien entendu les obligations strictes de comportement normatif.

2. Temps de la violation de l'obligation stricte

a. Moment

Les conventions « portant loi uniforme » prescrivant *expressément* à l'Etat un comportement normatif doivent, à la différence des obligations de s'efforcer, être interprétées comme des obligations de résultat au sens civiliste du terme⁷²⁶, obligations *strictes* selon notre propre qualification. A la date mentionnée, un certain résultat devra être fourni – un droit interne conforme –, à charge pour l'Etat qui y a manqué de prouver qu'il était libéré de son obligation⁷²⁷. Déterminer le moment de la violation revient donc essentiellement à déterminer quel est le moment de référence, « la date critique »⁷²⁸.

⁷²⁴ Sur cette question de l'intensité variable des obligations internationales, voir WEIL (P.), « Vers une normativité relative du droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 5-47, spéc. p. 13-17.

⁷²⁵ T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, préc., § 149.

⁷²⁶ PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, *op. cit.*, p. 202.

⁷²⁷ A. Tunc clarifie la distinction civiliste introduite par Demogues (*Traité des obligations en général*, t. 5, n°1237, t. 6, n°599) et modifiée par H. et L. Mazeaud (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 3^e éd., t. 1, n°103-2.). Il est selon l'auteur plus clair d'opposer aux obligations de résultat les obligations de *diligence* et non de *moyens* comme dans la distinction initiale. Toute obligation a pour objet un certain comportement, une certaine diligence. Lorsque le résultat auquel cette diligence doit parvenir est de caractère certain, l'obligation aura directement ce résultat pour objet. Mais il ne faut y voir que la contraction d'une obligation ayant pour objet le comportement suffisamment diligent pour aboutir, assurément, à ce résultat. Lorsqu'en revanche le résultat semble aléatoire, l'objet de l'obligation reste la diligence apportée par le débiteur lors de sa recherche. Le résultat restera extérieur au contrat. L'intérêt réside essentiellement dans la charge de la preuve : tandis que la personne tenue d'une obligation de résultat devrait effectivement établir l'exécution ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation, la responsabilité du débiteur d'une simple obligation de diligence ne serait encourue que si le créancier prouvait l'inexécution ou une faute déterminée dans l'exécution : TUNC (A.), « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *op. cit.*

⁷²⁸ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne*, *op. cit.*, p. 395.

Celle-ci est parfois précisément indiquée dans l'énoncé de l'obligation, et peut être la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat, lorsque celle-ci est différée de plusieurs mois par rapport au dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion. En principe, cette période a en effet pour vocation de laisser à l'Etat le temps de prendre les mesures internes nécessaires à la mise en œuvre de la convention – ici en l'occurrence, adopter le comportement normatif nécessaire à l'atteinte du résultat alors « immédiatement »⁷²⁹ escompté. Encore une fois en raison de la gravité des agissements internes à prévenir, la loi uniforme « interdiction de la torture » est non seulement perçue comme une obligation stricte – interprétation littérale de l'article 2.1 de la Convention précitée – mais également, et en cela le T.P.I.Y. adopte une interprétation extensive de la convention, une obligation dont la réalisation doit être effectuée *sans délai*. Le T.P.I.Y. énonce ainsi dans l'affaire *Furundzija* que

« s'agissant de la torture, l'obligation faite aux Etats de prendre sans délai des mesures internes d'application fait partie intégrante de l'obligation internationale d'interdire cette pratique. Les Etats doivent, dès lors, mettre *immédiatement* en place toutes les procédures et mesures qui peuvent permettre, dans l'ordre juridique interne, de prévenir tout recours à la torture ou de mettre *sans délai* un terme à sa pratique. »⁷³⁰

Dans la grande majorité des cas cependant, un délai entre l'entrée en vigueur de la convention et la date-butoir à laquelle l'Etat devra avoir assuré la conformité de son droit interne est laissé à celui-ci, de six mois par exemple⁷³¹. Ce délai constitue même un trait caractéristique du mécanisme du « droit uniforme »⁷³².

Si aucun délai précis n'est indiqué, il faudra attendre une période raisonnable lui permettant de satisfaire à cette obligation. L'absence de date butoir apparaît alors comme un facteur de souplesse dans l'évaluation du comportement de l'Etat, permettant la prise en compte de situations particulières, telle que, par exemple, une configuration politique créant un blocage

⁷²⁹ Voir par exemple la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, précitée, art. 1, ou encore la résolution 333 (1973) du Conseil de sécurité de l'ONU, qui imposent « immédiatement » une mise en conformité du droit interne aux Etats (précitée).

⁷³⁰ T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, préc., § 150, nous soulignons.

⁷³¹ Convention d'UNIDROIT portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, Washington, précitée, art. 1.

⁷³² Ce délai vient en effet à l'appui de notre démonstration relative à l'absence d'immédiateté de la « loi uniforme » sur les sujets internes. Au contraire, le T.P.I.Y. dans l'affaire *Furundzija* se plaçait à la fois sur le terrain du droit uniforme, et sur celui, en développement, d'un droit international pénal qui obligerait immédiatement les sujets internes. Dans certains cas toutefois, le délai fixé peut être très court, notamment lorsque la protection des droits fondamentaux est en jeu, et que la « loi uniforme » est également une obligation que l'Etat est chargé de respecter aussitôt : Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Liberia de la Convention n°29 sur le travail forcé*, Bull. off. B.I.T., vol. XLVI, 1963, n°2, supp. II., § 219.

institutionnel passager. A comportement identique, le moment de la violation de l'obligation de comportement normatif pourrait ainsi varier selon les Etats. Certainement plus équitable, l'obligation perdrait quelque peu de sa force. M. Santulli considère même que « le mécanisme du droit uniforme ne peut être véritablement efficace que lorsque l'obligation d'adaptation est assortie d'une date butoir »⁷³³. Nous n'allons pas jusqu'à remettre en cause de la sorte la normativité d'une obligation relative à la conformité des règles internes non assortie d'un délai strict : le droit international connaît en d'autres domaines cette notion de « délai raisonnable » ou « suffisant », qu'il appartient simplement au juge, ou à l'arbitre, en cas de différend, de fixer⁷³⁴.

C'est ainsi à cette date que le comportement normatif de l'Etat sera évalué : si son droit interne n'apparaît pas conforme à la loi uniforme, il pourra être considéré comme en situation de manquement à son obligation internationale⁷³⁵. A partir de cette date en revanche, qu'advierait-il si le droit interne, conforme à la loi uniforme, était modifié ? Il faudrait nécessairement conclure à une violation de l'obligation de comportement normatif, immédiate. La violation serait consacrée dès la production d'une règle contraire, dès l'abrogation de la règle uniforme précédemment adoptée en droit interne, voire dès la simple modification de celle-ci. Le T.P.I.Y. l'affirme très clairement : puisque le droit interne devait être, dès l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat, rendu conforme, la violation de l'obligation peut intervenir à partir de ce moment du « simple fait (...) d'adopter une loi contraire à l'interdiction internationale de la torture »⁷³⁶. Précisons enfin que, de même que dans le cas d'une obligation de s'efforcer, nulle question d'épuisement des voies de recours qui compléterait le comportement de l'Etat-législateur ne vient ici se poser. La violation est parfaite avant cela⁷³⁷.

⁷³³ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 383.

⁷³⁴ Voir par exemple, le « délai raisonnable » qui peut être accordé à un Etat membre de l'O.M.C. pour s'acquitter de la mise en conformité de son droit interne après une violation reconnue, article 21. 3 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, préc. Si les Etats parties au différend ne se mettent pas d'accord sur un tel délai, un arbitre le fixera, art. 21. 3 c). Voir, par exemple, pour un délai de 12 mois accordé pour la mise en conformité d'une législation contraire aux obligations de l'O.M.C. : Arbitrage au titre de l'article 21. 3 c), rapport du 15 janvier 2001, *États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160. Au titre des obligations primaires, on peut également trouver l'exemple de la notion de « délai raisonnable » dans la C.E.D.H., art. 5. 3 et 6. 1, dont le caractère raisonnable sera jugé *a posteriori* par la Cour : voir, pour des précisions, CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international, discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, XIII-696 p., p. 549-561.

⁷³⁵ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 395.

⁷³⁶ T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, préc., § 150.

⁷³⁷ *Contra*, voir K. Parrot, laquelle considère l'ensemble des obligations de comportement normatif sont des obligations « de résultat », et que « seuls les arrêts de la Cour de Cassation, du Conseil d'Etat ou du Conseil Constitutionnel peuvent constituer des décisions non conformes au droit étatique prescrit par la norme internationale à laquelle la France est partie. » (PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, *op. cit.*, p. 215). L'expression d'obligation « de résultat » prend cependant pour l'auteur une double signification. Les obligations de droit international privé seraient à la fois des obligations de comportement « global », qui ne requièrent de l'Etat que la réalisation d'un état déterminé du droit interne sans lui prescrire les modalités de réalisation de cet état. En ce cas, toutefois, le pouvoir judiciaire ne peut être compris comme exerçant un pouvoir normatif susceptible

b. Durée

Une fois réalisée, la violation s'étalera dans le temps puisqu'il est question de *l'état des normes* internes, non conformes au modèle internationalement établi. Tant que l'Etat n'aura pas adopté le comportement normatif propre à mettre son droit interne en conformité, et tant que ce résultat ne sera pas atteint, la violation demeurera *continue*.

A la lumière des ces propos, alors que l'existence d'une norme non conforme réalise la violation du droit international, il peut apparaître fort délicat de lire l'obligation de comportement normatif comme une prescription de comportement, et non comme l'énoncé d'un principe international de légalité du droit interne. Si l'obligation de comportement normatif est profondément différente d'une obligation de comportement opératif, sa violation ne change toutefois pas véritablement de nature. C'est ce qu'il nous appartient de démontrer à présent.

B. Mode de violation

Dans l'évaluation du comportement normatif de l'Etat, l'état de la norme de droit interne est pris en compte, davantage que le fait de légiférer ou de s'abstenir de le faire (1) ; il est toutefois à exclure que la violation ainsi révélée atteigne la validité de ces normes. La non-conformité des règles juridiques internes restera à l'origine d'un fait internationalement illicite (2).

1. *Etat des normes internes*

« (E)st-il vraiment possible de considérer que c'est une proposition légale interne qui viole le droit international lorsque les énoncés légaux énumérés dans l'instrument international ne sont pas transposés dans les délais prévus ? N'est-ce pas tout banalement une abstention étatique ? » s'interroge le professeur Santulli⁷³⁸, avant d'opter pour la première solution. En effet, on a déjà vu que le comportement normatif que l'Etat doit adopter pour parvenir au résultat escompté n'était pas toujours la production d'un acte juridique déterminé, laquelle n'est tantôt pas nécessaire,

de revenir sur l'état du droit interne réalisé, définitivement, par le législateur et/ou l'exécutif, et seul pourrait, éventuellement, être prises en compte les décisions du Conseil Constitutionnel (voir *supra*, à propos de l'obligation de comportement normatif dans le domaine du droit public). L'auteur emploie toutefois davantage l'expression dans le sens d'obligation « *de s'efforcer* » ; ce n'est alors pas véritablement une question d'épuisement des voies de recours internes qui se pose mais, comme on l'a vu, de preuve de la défaillance de l'Etat dans la mise en conformité de son droit interne, qui peut, il est vrai, être apportée par l'absence d'application de la loi uniforme en droit interne par les juridictions internes (voir *supra*, à propos du moment de la violation de l'obligation de s'efforcer).

⁷³⁸ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 382.

tantôt pas suffisante⁷³⁹. On s'apercevra que le contrôle international du respect de cette obligation se porte davantage sur la conformité de la norme interne. Le droit interne, en tant que tel, est cette fois envisagé par le droit international.

L'examen du processus de vérification de l'application des normes internationales du travail de l'O.I.T. est susceptible de nous orienter en ce sens. Il est intéressant de noter comment la Commission décrit elle-même sa mission : « indiquer dans quelle mesure la législation et la pratique de chaque Etat apparaissent conformes aux conventions ratifiées et dans quelle mesure les Etats s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu de la Constitution de l'O.I.T. au regard des normes. »⁷⁴⁰ Les organes de contrôle vérifient clairement la conformité des normes internes avec les obligations issues des conventions et incombant aux Etats, qui est la mesure du fait internationalement illicite. Le contrôle de l'application pratique consiste en un examen des décisions judiciaires, des statistiques, et de l'inspection du travail⁷⁴¹. On vérifie ainsi si les normes internationales du travail sont effectives en droit interne. La production d'une règle déterminée est insuffisante si elle n'est pas normative, autrement dit si elle ne fait pas droit, en pratique, dans l'ordre juridique interne. Ainsi, selon une commission d'enquête, « (i)l convient de rappeler que l'obligation pour un Etat, prévue à l'article 19 de la Constitution de l'O.I.T., de 'rendre effectives' les dispositions de toute convention qu'il a ratifiée implique qu'il doit veiller non seulement à ce que la législation soit conforme à ces dispositions, mais encore à ce que la pratique concorde avec celles-ci. »⁷⁴² Cela ressort en outre clairement du rapport relatif à l'inexécution par le Libéria de la Convention de l'O.I.T. n°29 sur le travail forcé. Les Etats sont obligés d'interdire aux sujets internes cette pratique assimilée à un crime d'esclavage, et donc strictement obligés de mettre leur droit interne en conformité avec cette interdiction. Cette violation semble uniquement due au fait que le Liberia n'a pas, pendant 30 ans suivant l'entrée en vigueur de la Convention à son égard, pris de mesures d'adaptation de son droit interne, lequel permettait toujours le travail forcé dans des cas interdits par les normes internationales du travail. Il a manqué à son obligation de rendre son droit interne conforme à ces normes, manquement constaté du fait de l'absence de norme

⁷³⁹ Voir *supra*, § 1, B, 1, c.

⁷⁴⁰ « Note au lecteur », *Rapport de la commission d'experts*, 2008, <http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportsubmittedtotheConference/lang--fr/docName--WCMS_090993/index.htm>p. 2.

⁷⁴¹ « Rapport général », *Rapport de la Commission d'expert*, 2008, <http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportsubmittedtotheConference/lang--fr/docName--WCMS_090993/index.htm>, p. 15

⁷⁴² Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1985, *Réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale alléguant l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession)*, *Bull. Off. B.I.T.*, 1987, vol. LXX, série B, supp. I., § 459.

interdisant le travail forcé – autrement dit, du fait de l'existence d'une norme tacite l'autorisant⁷⁴³. Le Liberia a également produit de nouvelles règles permettant le travail forcé, ce qui renforce cette conclusion⁷⁴⁴ ; en outre, les dispositions pénales n'incriminent pas toutes les exactions de travaux forcés illégales selon la loi uniforme⁷⁴⁵. L'ensemble de ce comportement normatif, aboutissant à l'existence de normes internes non conformes, doit donc être tenu pour une violation. La conclusion de la Commission d'enquête porte sur les distorsions existant, à la date de la requête, entre le droit libérien et la Convention, et non sur le manquement de produire un acte juridique de transposition précis⁷⁴⁶.

C'est donc bien du droit interne qu'il est question, et non d'un comportement opératif de production d'acte juridique. Dans son rapport relatif à l'inexécution par le Myanmar de la Convention de l'O.I.T. n°29 sur le travail forcé, la Commission d'enquête instituée en l'espèce a considéré cet Etat en violation de ses obligations, alors même qu'un acte de droit interne prévoyait « des sanctions à l'égard de celui qui contraint illégalement une personne à travailler contre son gré »⁷⁴⁷. En effet, « cette disposition ne semble jamais être appliquée dans la pratique »⁷⁴⁸. On perçoit nettement que l'exigence du droit uniforme dépasse la production d'un acte juridique déterminé ; une norme, qui s'impose effectivement aux sujets internes, est obligatoire. Les Etats qui ne répondent pas au modèle de l'Etat de droit seront, nécessairement, en violation de ce type d'obligations alors même qu'ils feraient, en façade, des démarches de transposition. « Droit uniforme » suppose ainsi *Etat de droit*.

Le droit international permet donc, par le mécanisme du droit uniforme, d'aboutir à un résultat relativement similaire à l'énoncé d'un principe de légalité internationale du droit interne : un jugement est porté sur la conformité des normes de droit interne au droit international. Il demeure toutefois que la violation ici mise en lumière intervient toujours sur le mode de l'illicéité,

⁷⁴³ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Liberia de la Convention n°29 sur le travail forcé*, op. cit., « pendant une trentaine d'années après l'entrée en vigueur de la convention pour le Libéria, le 1^{er} mai 1932, aucune mesure n'a été prise pour abroger les dispositions qui permettaient le travail forcé pour les travaux publics et pour le portage obligatoire (...) ; la plupart des obligations et garanties qui auraient dû être observées lors du recours au travail obligatoire pour des travaux publics et pour le portage n'étaient pas prévues par la législation libérienne » § 219.

⁷⁴⁴ *Ibidem* : « en 1949, diverses nouvelles formes de travail forcé ont été introduites dans la législation libérienne (...) »

⁷⁴⁵ *Ibidem* : « il semble qu'il n'existe pas de disposition pénale couvrant tous les cas de recours illégal au travail forcé »

⁷⁴⁶ « En conséquence, à la date du dépôt de la plainte (31 août 1961), des divergences sérieuses continuaient d'exister entre la législation libérienne et la convention, ratifiée trente ans plus tôt. » *ibid.*, § 220.

⁷⁴⁷ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 2 juillet 1998, *Plainte concernant l'inexécution par le Myanmar de la Convention n° 29 sur le travail forcé*, GB.267/16/2, GB.268/14/8, GB.268/15/1, *Bull. off. B.I.T.*, vol. LXXXI, 1998, série B, supp. spécial., § 537.

⁷⁴⁸ *Ibidem*.

et non de la nullité du droit interne. Les obligations de comportement normatif demeurent, malgré leur objet, des prescriptions de comportement.

2. *Fait internationalement illicite.*

Singulière est la violation du droit international constituée par l'état du droit interne, et l'on peut légitimement se demander si elle ne serait pas sanctionnée par la nullité de ce dernier, davantage que par son illicéité. Nos propos relatifs à l'exigence de comportement normatif de l'Etat requis doivent ici être développés⁷⁴⁹. Le mécanisme du droit uniforme, en droit privé, suppose une attitude dualiste des Etats et n'entend pas la règle uniforme comme immédiatement intégrée et supérieure au droit interne. Sa violation, si elle prend en compte le droit interne, ne peut toutefois intervenir sur le mode de la nullité de celui-ci.

Des lois internes non conformes, sans pertinence en droit international

Le T.P.I.Y. avait pourtant envisagé une telle solution, dans l'affaire *Furundzija* déjà citée, dans un attendu qui mérite d'être reproduit ici aux fins d'analyse :

« A l'échelon interétatique, (l'interdiction de la torture) sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenue *ab initio* et de laisser faire, d'autre part, les Etats qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toute disposition conventionnelle pertinente auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus »⁷⁵⁰.

La nullité semble être, dans les propos du Tribunal, la conséquence attachée à l'acte interne non conforme au modèle international d'interdiction de la torture. Une telle affirmation transformerait l'obligation de conformité en un réel principe de légalité et sonnerait définitivement le glas de la séparation des ordres juridiques interne et international. Elle doit être relativisée et remise dans son contexte : il n'était question dans cette affaire que de réaffirmer la compétence de la juridiction pénale internationale pour juger de crimes commis par des personnes privées, et ce malgré le fait que l'ordre juridique interne duquel ils relèvaient n'ait pas incriminé la torture, voire l'ait autorisée ou permise. Compétente dès lors que l'Etat dont le sujet

⁷⁴⁹ Voir *supra*, §1, B, 2, a.

⁷⁵⁰ T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, préc., § 155.

interne est le ressortissant est lié par une règle internationale, conventionnelle ou coutumière, qui pose ces interdictions⁷⁵¹, la juridiction rappelle que ces dernières « visent au premier chef les actes des individus ». Ces propos ne viennent en rien remettre en cause l'obligation de comportement normatif à la charge de l'Etat. Ils font référence à une opposabilité du droit pénal aux sujets internes, dans l'ordre juridique international, et non à leur effet direct en droit interne. L'Etat peut s'engager à imposer certaines obligations aux sujets internes et, au-delà, accepter que ces derniers puissent directement engager leur responsabilité dans l'ordre juridique international, sans pour autant que le traité soit en outre la source directe, et donc immédiate⁷⁵², de cette obligation à leur charge en droit interne, lequel apparaîtrait comme un mécanisme subsidiaire⁷⁵³. A propos des règles régissant les relations ou le statut des personnes privées, effet direct et immédiat vont de pair. L'effet direct ne peut ici être compris comme une invocabilité de droits, à l'encontre de l'Etat, lequel pourrait toujours appliquer au sujet interne un droit interne d'origine internationale, sur habilitation générale de la constitution par exemple. On le répète : ces règles sont rudoyées par les personnes privées elles-mêmes ; des règles internationales leur seraient ainsi opposables. En droit interne toutefois, cette effet direct-opposabilité suppose utilisation du droit international en tant que tel, c'est-à-dire immédiate. Les Etats sont obligés de prévenir et de réprimer ces crimes – une obligation tacite relative à la conformité du droit interne. S'il autorise lesdits comportements⁷⁵⁴, le sujet interne sera pris en porte-à-faux entre deux normes contradictoires également valables, susceptible de commettre un crime de droit international tout en respectant le droit interne. Le Tribunal énonce alors que

« les individus sont tenus de respecter le principe de l'interdiction de la torture, même si les instances législatives ou judiciaires nationales en autorisent la violation », ce sans quoi « les tortionnaires exécutants ou bénéficiaires de ces mesures nationales peuvent (...) être tenus responsables de la torture que ce soit dans un Etat étranger ou dans leur propre Etat sous un régime ultérieur. »⁷⁵⁵

En affirmant l'effet direct de l'interdiction de la torture, le Tribunal n'affirme pas que cette norme fait immédiatement droit en droit interne à l'encontre des individus. Ces derniers se voient exceptionnellement opposer une obligation internationale, qui pourra aujourd'hui leur être appliquée par des juridictions de cet ordre, ou par des juridictions internes d'Etats qui y sont obligés. Mais il est inenvisageable qu'un Etat puisse écarter son droit interne et appliquer

⁷⁵¹ Le tribunal renvoie ici à l'affaire *Tadic*. *Ibid.*, §135-139.

⁷⁵²

⁷⁵³ Voir jurisprudence constante de la Cour européenne en ce sens.

⁷⁵⁴ C'est est le cas dès lors que la loi garde le silence sur un certain comportement, l'absence d'interdiction équivalant à une autorisation.

⁷⁵⁵ *Ibidem*.

immédiatement l'interdiction audit individu, lequel se verrait supporter le poids du manquement de l'Etat de la juridiction duquel il dépend. L'effet direct des obligations pénales n'a de signification que dans l'ordre international. Les lois internes non conformes restent donc évidemment valables en droit interne, et, à l'extérieur, simplement indifférentes, non « reconnues par la communauté internationale »⁷⁵⁶. Une juridiction étrangère ou internationale, se substituant éventuellement à l'Etat défaillant tel le T.P.I.Y. n'y serait évidemment pas tenue, et pourrait ainsi réprimer un comportement alors même que le droit interne sous l'empire duquel l'individu agissait le permettait. Pour le tribunal international, cette loi est nulle au sens de *non pertinente*. L'individu ressentira cet effet direct, et répondra des conséquences de ses actes dans l'ordre international. Faire de cette interdiction une norme de *jus cogens* n'a pas davantage d'impact sur la validité de la loi contraire, même si le tribunal y voit une symétrie avec le droit des traités. Simplement, un Etat pourrait ici faire primer la norme de *jus cogens* sur tout autre obligation internationale à sa charge. Ce serait le cas d'un « régime ultérieur » qui réprimerait des faits commis en toute légalité sous l'empire du gouvernement précédent⁷⁵⁷, au mépris du principe *nullum crimen sine lege* également obligatoire⁷⁵⁸. La loi interne, si elle n'est pas nulle, apparaît en tout état de cause totalement illégitime ainsi que se contente de l'affirmer le T.P.I.Y.

La nullité des actes non conformes à la loi commune : mécanisme propre au droit fédéral

Lue comme un constat de nullité de la loi non conforme, la jurisprudence du tribunal *ad hoc* aurait été parfaitement isolée, et certainement réprouvée⁷⁵⁹. Elle entendrait le droit interne comme composante d'un ordre juridique unique de type fédéral, dont la production normative est sanctionnée sur le terrain de la nullité⁷⁶⁰ ; or, comme l'énonce si simplement le professeur Dominicé, « (l)e principe de nullité ne fonctionne qu'à l'intérieur d'un ordre juridique, et non dans les rapports entre ordres juridiques distincts »⁷⁶¹. Loin d'une pétition de principe, il s'agit là

⁷⁵⁶ *Ibidem*.

⁷⁵⁷ Ainsi l'administration Obama a révélé les pratiques de tortures de la CIA autorisées par l'administration Bush. Abolissant ces pratiques et réitérant leur interdiction, elle s'est toutefois gardée de condamner leurs auteurs, afin de préserver l'Etat de droit.

⁷⁵⁸ On aurait ainsi pu imaginer, pour garder la même illustration, que l'administration Obama invoque le respect de la norme de *jus cogens* comme circonstance l'exonérant de sa responsabilité pour violation d'un principe de justice fondamentale. Un tel arbitrage n'a pas été opéré.

⁷⁵⁹ On a déjà pu voir la C.I.J. 'remettre' ses voisins de La Haye à leur place de juges de droit pénal international. Il n'entre pas dans leur fonction de poser des principes de droit international général. Ce rôle leur a clairement été ôté relativement aux conditions d'introduction de la responsabilité (C.I.J., arrêt du 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, précité, § 402-407) il ne doit donc pas davantage l'être quant au mode de violation des obligations internationales de l'Etat.

⁷⁶⁰ DOMINICE (Ch.), « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », WEIL (P.) (dir.), *Institut des hautes études internationales – Cours et travaux*, 1981-1982, Paris, Pedone, 1982, VII-130 p., p. 6.

⁷⁶¹ *Ibidem*.

d'une thèse déduite de l'observation de la pratique. « Là où le droit interne efface ou rend inopérant le manquement à une obligation par la nullité, le droit international fait intervenir l'institution de la responsabilité »⁷⁶². La nullité d'un acte juridique ne peut être la conséquence de la violation constituée par la non-conformité du droit interne au droit international, laquelle déclenche une responsabilité de l'Etat. Ainsi, à l'issue du délai de mise en conformité, la loi uniforme ne fait pas droit en lieu et place du droit interne.

La Commission d'enquête de l'O.I.T. instituée suite à la plainte du Portugal relative à l'existence de législations permettant le travail forcé au Libéria a constaté la violation par ce dernier Etat d'une obligation de conformité, issue des articles 23, 24 et 25 de la Convention y relative⁷⁶³. L'existence de telles normes constitue la preuve qu'aucune interdiction de cette pratique n'était en vigueur en droit interne. Pourtant, le Libéria se défend en arguant de sa constitution interne qui donnerait à la convention sur l'interdiction du travail forcé une valeur supérieure à celle des lois. Les lois litigieuses seraient donc automatiquement nulles. La Commission écarte cet argument : certes, dans certains Etats les traités ont force de loi en droit interne et peuvent, selon leur droit constitutionnel, avoir éventuellement pour effet d'abroger tacitement les lois contraires⁷⁶⁴. Mais cela n'est pas suffisant pour donner effet au traité qui demande, au-delà, une conformité du droit interne, et dans le cas qui nous occupe une interdiction stricte du travail forcé à l'encontre de tout employeur⁷⁶⁵. Aussitôt, elle rejette l'effet direct⁷⁶⁶ de la Convention, laquelle n'a pas pour objet de prescrire immédiatement aux sujets internes ce qu'ils doivent faire ou ce qui leur est interdit, mais s'adresse uniquement aux Etats⁷⁶⁷. La nullité du droit interne non conforme, accompagnée de l'effet direct horizontal de

⁷⁶² *Ibid*, p. 7.

⁷⁶³ Convention de l'O.I.T. n° 29 sur le travail forcé ou obligatoire, précitée, article 23. 1. : « Pour donner effet aux dispositions de la présente convention, les autorités compétentes devront promulguer une réglementation complète et précise sur l'emploi du travail forcé ou obligatoire. » ; l'article 24 relève davantage de l'obligation de réalisation de situation individuelle : « Des mesures appropriées devront être prises dans tous les cas pour assurer la stricte application des règlements concernant l'emploi du travail forcé ou obligatoire » ; l'article 25, qui n'est pourtant pas cité par la Commission à l'appui de son raisonnement, constitue pourtant l'énoncé d'une « loi uniforme » : « Le fait d'exiger illégalement du travail forcé ou obligatoire sera passible de sanctions pénales ». La Convention doit se lire conjointement à la Constitution de l'O.I.T., dont l'article 19 § 5 d) oblige les Etats à prendre toutes les mesures propres à rendre les dispositions des conventions efficaces en droit interne, disposition qui doit alors être lue comme une obligation expresse et donc stricte relative à la conformité du droit interne.

⁷⁶⁴ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Libéria de la Convention n°29 sur le travail forcé*, préc., § 401. Ceci satisferait donc à l'exigence de *compatibilité* du droit interne, relativement aux obligations de comportement opératif à la charge de l'Etat, voir *infra*, Chapitre 2.

⁷⁶⁵ *Ibid*, § 403.

⁷⁶⁶ Encore une fois : effet direct envisagé comme une « opposabilité » du droit international aux sujets internes, l'immédiateté de ses dispositions allant alors de pair.

⁷⁶⁷ « *As against this the Committee feels bound to point out that the most of the Conventions do not consist of provisions directly prescribing to a citizen that he shall do or leave undone a particular act, but are rather addressed to a country as such and oblige it to deal with a particular question in a particular way. The Convention itself gives the authorities in a particular country no means of securing the carrying out of its provisions, quite apart from the fact that the Conventions do not provide for any penalties in the case of non-observance.* », *Ibid*. § 402 (pages uniquement disponibles en anglais, *I.L.R.* 36, p. 351-427, p. 398).

l'instrument de droit international uniforme, aurait pu rétablir la situation juridique que celui-ci entendait instituer. Cette solution est toutefois parfaitement inenvisageable.

Les dispositions conventionnelles, donnant aujourd'hui fréquemment des droits aux sujets internes, peuvent être invoquées devant le juge national. Cet effet direct, on l'a vu, peut également être reconnu à des dispositions internationales matériellement privées, au sens large du terme : des obligations, notamment d'ordre pénal. Mais ces obligations ne peuvent légitimement être directement opposées aux sujets internes que par les juridictions pénales internationales. En droit interne, cela ne fait que renforcer l'obligation de conformité à la charge de l'Etat. Le droit international ne peut suffire : il n'a pas vocation à supplanter le droit interne, silences inclus, et l'Etat est obligé au-delà d'une primauté du droit international dans son ordre interne, laquelle engendrerait une abrogation implicite des dispositions non conformes. L'obligation de conformité est la manifestation de la méfiance du droit international envers les systèmes étatiques dits monistes qui ne le sont en réalité jamais vraiment. La violation de l'obligation de comportement normatif ne peut dès lors intervenir sur le mode de la nullité du droit interne qui, pour revenir à notre hypothèse, permet le travail forcé, et son remplacement par la loi uniforme issue de la convention. Ce serait illogique par rapport à ce qui est exigé de l'Etat en vertu de son obligation primaire. Quelle peine un tribunal serait-il compétent pour prononcer en conséquence de sa violation⁷⁶⁸ ? La Commission d'enquête se garde bien de déclarer le droit interne nul⁷⁶⁹. Nullité du droit interne non conforme et opposabilité directe la loi uniforme sont des solutions inenvisageables à l'issue du délai de mise en conformité du droit interne, moment de la violation par l'Etat de ses obligations internationales.

Perception traditionnelle des rapports de systèmes, mais également exigences démocratiques que le mode de formation du droit international ne remplit pas s'opposent ainsi à ce qu'une « loi uniforme » s'applique directement aux individus sans relais du droit interne. Il n'est pourtant pas rare d'observer dans les ordres juridiques internes le pouvoir exécutif assurer directement l'application du traité en droit interne, sans fondement législatif. En France, le Conseil d'Etat déclare ainsi que « le gouvernement lorsqu'il assure l'exécution des dispositions directement applicables de traités ainsi que des règlements et décisions de la Communauté

⁷⁶⁸« The Convention itself gives the authorities in a particular country no means of securing the carrying out of its provisions, quite apart from the fact that the Conventions do not provide for any penalties in the case of non-observance. », Commission, rapport préc., §402.

⁷⁶⁹ « The Commission, *without expressing any view on the status of Liberian law*, therefore, finds that the enactment of in 1936, 1949 and 1956 of legislation in the terms under consideration was inconsistent with, and constituted a failure to discharge, the obligations accepted by Liberia by the ratification of the Forced Labour Convention, 1930. », Commission d'enquête, rapport préc., § 408. Nous soulignons.

européenne, étant dans la même situation que lorsqu'il applique la loi interne, il en résulte que les mesures d'application desdits actes seront normalement prises par voie réglementaire »⁷⁷⁰. Le professeur Kovar considère même, interprétant cet avis, que ces mesures d'application internes seraient « hors hiérarchie »⁷⁷¹ et pourraient donc venir corriger une loi non conforme. Le refus, par le législateur, d'œuvrer pour la conformité du droit va conduire en fin de compte à une violation du droit international. Le gouvernement tire donc du droit interne une habilitation à la correction de l'œuvre du législateur. Mais on voit la difficulté que peut poser cette solution en termes de légitimité démocratique puisqu'une mesure gouvernementale vient en quelque sorte supplanter la loi-expression de la volonté générale. Une telle pratique ne serait légitime et licite qu'en application des règles d'un ordre juridique intégré à l'ordre juridique interne. Ici, il était en effet question de droit communautaire.

La contre-épreuve du droit communautaire.

Une telle solution ne pourrait prévaloir que dans une logique fédéraliste. Elle seule fournit, outre les normes destinées aux individus, l'habilitation des organes internes à en assurer la sanction. Mais ce, à condition que ladite norme fédérale soit suffisamment précise. Ce mécanisme n'est ainsi envisageable en droit communautaire qu'à propos des règlements et décisions. Les directives en revanche, ne se voient jamais reconnaître d'effet direct horizontal, l'Etat ne pouvant faire supporter à ses sujets internes sa propre défaillance⁷⁷². Certes, on pourrait alors penser que ces actes juridiques communautaires ne s'appliquent pas immédiatement en droit interne : le mécanisme est en effet souvent comparé à celui du « droit uniforme ». Toutefois, l'obligation de transposition superposée à la directive s'écarte d'une obligation internationale de comportement normatif. Cela se vérifie quant au mode de violation de cette obligation. Le droit communautaire y attache ce que nous sommes précisément en train de rejeter. La non-transposition des directives prive les ressortissants communautaires de l'application de ce droit commun à leur égard. C'est pourquoi la C.J.C.E., luttant contre cette insécurité juridique, a fini par admettre qu'à l'issue du délai de transposition imparti à l'Etat, ou en cas de mauvaise transposition par ce dernier, une directive pouvait être directement invocable par les particuliers⁷⁷³. L'obligation de transposition

⁷⁷⁰ Avis du 20 mai 1964, cité par KOVAR (R.), « Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'«écran communautaire» », *L'Europe et le droit : mélanges en hommage de Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, XV-556 p., p. 341 et s.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 354.

⁷⁷² C.J.C.E. arrêt du 26 février 1986, *M. H. Marshall/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, affaire 152-84, <<http://eur-lex.europa.eu>>, § 48.

⁷⁷³ C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1970, *Spa Sace/Ministro delle finanze*, affaire 33-70, *Rec.* p. 1213 ; arrêt du 4 décembre 1974, *Van Duyn/Home office*, aff. 41-74, *Rec.* p. 1337 ; arrêt du 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148-78, *Rec.* p. 1629.

apparaît donc sous son vrai visage : une obligation, visant les organes des Etats membres, de prendre les mesures d'application d'une « loi-cadre » communautaire qui reste dotée de toutes les propriétés de ce droit quasi-fédéral, qui fait droit, immédiatement, en droit interne. La directive porte donc en elle, en germe, l'habilitation des organes internes à l'appliquer aux individus. La transposition est l'obligation d'en faire usage⁷⁷⁴, en passant par la voie réglementaire afin d'en préciser les dispositions. En cas de manquement à cette obligation, une des conséquences sera ainsi d'imposer à l'Etat d'appliquer immédiatement aux individus cette directive. Certes, la Cour n'est pas allée jusqu'à reconnaître aux directives un effet direct à l'encontre des individus, autrement dit dans leurs relations privées. Mais la directive n'en fait pas pour le moins immédiatement droit en droit interne et ce n'est qu'en raison de son manque de précision de principe, issu d'un manquement de l'Etat que l'on ne peut faire supporter aux sujets internes sans accroître encore le déficit de sécurité recherchée, que cet effet horizontal est dénié. Nous nous détachons ainsi des propos de M. Santulli relatifs au droit communautaire. Selon lui, la C.J.C.E. reconnaît effet direct aux directives sans dispenser l'Etat de l'obligation de transposition, « excluant ainsi la possibilité de considérer que les propositions légales communautaires existent dans l'ordre juridique interne. »⁷⁷⁵ Preuve serait apportée par l'obligation de transposition des directives que le droit communautaire ne fait pas immédiatement droit en droit interne. Or dispositions des traités de base, règlements, ou encore décisions communautaires peuvent bénéficier de cet effet direct horizontal sans besoin d'une quelconque réception, preuve qu'une « loi uniforme » communautaire fait droit en droit interne, même dans les relations entre personnes privées, sans besoin d'un relais normatif national. Au vu de la précision toujours accrue des directives qui s'éloignent aujourd'hui de leur fonction initiale et laissent de moins en moins de marge de manœuvre au législateur – elles sont le plus souvent aujourd'hui appliquées par l'exécutif – cet effet direct horizontal n'est pas, théoriquement, à exclure⁷⁷⁶. Il marquerait simplement la fin de la spécificité de cette catégorie d'actes communautaires. En droit international, pas de distinction entre lois uniformes précises ou non, entre conventions d'harmonisation et d'unification : toutes usent du mécanisme de la mise en conformité préalable et nécessaire du droit interne. Impossible donc d'envisager appliquer directement la loi uniforme, même la plus précise, à l'issue du délai de mise en conformité. D'abord parce que ce mécanisme serait propre à un système fédéral dans lequel la loi commune contiendrait en elle l'habilitation

⁷⁷⁴ Sur l'obligation de transposition interprétée comme l'obligation de faire usage d'une norme d'habilitation, voir TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 350.

⁷⁷⁵ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁷⁶ Ainsi, la Cour a pu reconnaître un effet direct à l'encontre de l'Etat, que ce dernier agisse en tant que puissance publique ou bien comme un employeur privé : C.J.C.E. arrêt du 26 février 1986, *M. H. Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, préc., § 49-51.

des organes à l'appliquer. Enfin puisque, dans un tel système moniste, ce « délai » n'aurait pas même de sens. Il n'en a qu'en cas d'imprécision de la loi commune, mais répond à une toute autre logique et son dépassement n'entraîne alors pas automatiquement l'effet direct-sanction, palliatif de l'action gouvernementale.

Conclusion de la section

Les règles de droit privé régissent, avant tout, les comportements des sujets privés et non ceux de l'Etat ; pour cela, nombre d'entre elles, mises à part celles qui touchent à l'ordre public, ne se verront pas attachées de règle d'habilitation d'un organe de l'Etat à en faire application hors de tout déclenchement par le sujet interne. La plupart de ces règles auraient pu, précédemment, être analysées comme des règles *immédiatement exécutoires* susceptibles d'être contraires à une obligation de comportement opératif de l'Etat. Les règles de droit privé, *stricto sensu* cette fois, autrement dit celles qui n'ont aucune part d'habilitation, peuvent ainsi être dans la ligne de mire du droit international de deux manières. Leur production, leur maintien peut être limité par des obligations visant la réalisation de situations individuelles. Leur état, enfin, peut être l'objet-même d'une obligation de droit international. En effet, les obligations de comportement normatif que nous venons d'identifier seront violées du fait de l'existence d'une règle non conforme, et non par un comportement opératif d'abstention de production d'une règle déterminée.

Toutefois, il est impossible, dans certaines branches du droit privé, d'isoler la prescription de comportement à destination des sujets internes de l'habilitation des organes étatiques à en assurer la sanction. C'était le cas, on l'a vu, des règles de droit pénales lesquelles ne peuvent être entendues comme immédiatement exécutoires. Si la non-conformité de leur aspect privé peut, à la limite, être envisagée comme la violation d'une obligation de comportement normatif, se posera en outre une question relative à l'habilitation des organes à en assurer la sanction. Est-elle également partie intégrante de la loi uniforme ? Autrement dit, l'Etat se voit-il imposer des obligations de comportement normatif dans le domaine du droit public ? C'est ce qu'il nous appartient d'étudier à présent.

Section 2. Conflit avec les obligations de comportement normatif relatives à la compatibilité des règles de droit public

Introduction : le mécanisme du droit uniforme, du domaine du droit privé au domaine du droit public

Le mécanisme du « droit uniforme » précédemment étudié ne visait que des règles immédiatement exécutoires, ne comportant pas de part d'habilitation étatique. Les « lois uniformes », modèles sur lesquelles l'Etat devait calquer son propre droit interne, n'étaient pas jusqu'alors des prescriptions de comportement à l'attention de l'Etat, mais avaient pour objet les relations des personnes privées. Pour cette raison, on pouvait considérer le mécanisme comme matériellement privé. L'uniformisation du droit interne dans le domaine du droit public relèverait d'une logique quelque peu différente, car c'est cette fois les relations entre l'Etat et ses sujets internes qu'elle viserait. La « loi uniforme » n'aurait plus pour objet les sujets internes, mais les organes de l'Etat. A la différence du droit privé, les règles de droit public dont l'uniformisation serait alors en question pourraient ne pas être immédiatement exécutoires, et comporter une part d'habilitation, ce qui reviendrait à s'intéresser à l'organisation des pouvoirs étatiques. Le mécanisme du droit uniforme pourrait-il jouer, de la même façon qu'en droit privé, relativement à ces règles qui déterminent le traitement, par les organes de l'Etat et pour le compte de celui-ci, des sujets internes ? Cette question sera l'objet d'un premier développement, qui nous permettra d'établir que les obligations de comportement normatif ne sont pas, dans le domaine du droit public, superposées à des « lois uniformes », mais à des obligations de comportement opératif qui liaient déjà l'Etat (§ 1). La teneur de l'obligation de comportement normatif en différera alors sensiblement, requérant de l'Etat non plus la conformité de ses règles internes à des modèles, mais leur *compatibilité* avec les prescriptions de comportement qui leurs sont destinées (§ 2). C'est alors un conflit entre droit interne et obligations internationales, au pluriel, qu'il nous faudra analyser. La violation d'une obligation de comportement normatif peut ainsi apparaître en filigrane de l'incompatibilité, voire de la non-compatibilité des règles juridiques internes avec les obligations de comportement opératif à la charge de l'Etat. Nous devons examiner le temps et le mode d'une telle violation (§ 3).

§ 1. *Question des obligations de comportement normatif relatives à l'état de règles de droit public*

Les règles du droit international dont l'objet est public ne peuvent jouer telles des « lois uniformes ». Cette affirmation sera justifiée par l'étude des règles internationales relatives à la compétence de l'Etat. Ces dernières sont des prescriptions de comportement, qui n'ont jamais trait qu'à la réalisation de situations individuelles, et n'entendent pas être des « modèles » de règles de compétence à reproduire (A). Le mécanisme du droit uniforme, sans « loi uniforme », mais attaché à ces prescriptions de comportement est-il alors susceptible de jouer ? Des obstacles de principe se posent en effet à la reconnaissance d'obligations de comportement normatif superposées aux obligations de comportement opératif de l'Etat (B).

A. Absence de « lois uniformes » d'objet public

Une « loi uniforme » d'objet public donnerait à l'Etat des modèles de règles d'habilitation de ses propres organes. Une telle hypothèse doit être rejetée. Certes, il existe en droit international des règles relatives à la « compétence » de l'Etat. Ces règles ne sont toutefois jamais des « lois uniformes », modèles sur lesquelles l'Etat devrait modeler ses propres règles internes, mais seulement des prescriptions de comportement. Elles n'ont en effet pour objet que *l'exercice* desdites compétences. Cela se vérifie relativement aux règles internationales de compétence dans le domaine du droit privé *stricto sensu*, pourtant terrain d'élection du mécanisme du « droit uniforme » (1), ainsi que dans le domaine des « lois de police », intéressant l'ordre public de l'Etat (2).

1. Règles internationales de compétence de l'Etat en matière de droit privé stricto sensu

Les règles de droit privé régissent le statut personnel et les agissements des sujets internes. Ainsi qu'on l'a déjà évoqué, aucune part d'habilitation des organes étatiques à en assurer l'application ne leur est intrinsèque, puisqu'elles sont déclenchées par les sujets internes eux-mêmes. Leur application par les juridictions internes n'est que secondaire. Elles ne définissent pas elles-mêmes leur champ d'application et ont donc, potentiellement, vocation à s'appliquer sur toute situation individuelle. Les tribunaux devront alors, face à une situation présentant un élément d'extranéité, obéir aux règles de compétence internes : les règles de conflit de juridiction,

qui délimitent leur pouvoir juridictionnel, ainsi que les règles de conflit de lois, qui déterminent quelle règle interne, nationale ou étrangère, doit être appliquée dans chaque cas d'espèce. Pour éviter des discordances, les Etats choisissent parfois, dans des conventions de droit international privé, de définir ensemble des règles de conflit communes, règles de compétence de leurs organes d'application du droit. Une première interprétation peut en être donnée : ces règles seraient des « lois uniformes » en matière de délimitation des pouvoirs étatiques. Il faudra toutefois rejeter cette analyse.

Dans son interprétation des conventions de droit international privé, le professeur Parrot identifie celles relatives à des règles de conflits – de lois ou de juridictions – à des conventions de « portant loi uniforme ». Toutes ces conventions sont en effet matériellement privées ; en tant que telles, leurs obligations n'auraient aucun effet direct sur les sujets internes⁷⁷⁷. Dès lors, selon cet auteur, « (l)es énoncés légaux conventionnels qui définissent l'objet de l'engagement international formulent les règles que les Etats contractants ont pour obligation internationale de créer au sein de leur ordre étatique respectif. »⁷⁷⁸ Que la convention pose des règles de conflit ou bien des règles substantielles serait alors indifférent : dans les deux cas, l'obligation à la charge de l'Etat serait une obligation de comportement normatif⁷⁷⁹, relative à la conformité des règles internes à ces « lois-modèles ».

L'affaire de la *Tutelle des mineurs*, ou affaire *Boll*⁷⁸⁰, est l'unique illustration d'une question de violation d'une convention de droit international privé, relative aux règles de conflit de loi portée devant une juridiction internationale. Elle vient, à notre sens, rejeter son interprétation telle une convention « portant droit uniforme ». En l'espèce, la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs prévoyait en ce cas l'application par les Etats de la loi nationale du sujet interne concerné. Contestée par les Pays-Bas, une loi suédoise de 1924 relative à la protection de l'enfance déterminait son propre champ d'application : touchant à l'ordre public, cette loi de police s'appliquerait à tout mineur domicilié en Suède, quelle que soit sa nationalité. Nul doute, à notre sens, que la conformité de cette loi avec la Convention de 1902 n'était pas en cause, mais simplement son application. Peut-on considérer cette loi comme non conforme à la Convention

⁷⁷⁷ Voir *supra*, Section 1, § 1, A, 1. PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, *op. cit.*, p. 70.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 105.

⁷⁷⁹ En ce sens, voir VAREILLES-SOMMIERES (P. de), *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé : droit international public et droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1997, XXI-313 p., spéc. p. 40-52, qui considère que l'ensemble du droit international privé a trait à la « compétence normative » de l'Etat, sans jamais envisager le cas du « droit uniforme ».

⁷⁸⁰ C.I.J., arrêt du 28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, Pays-Bas c. Suède, *Rec.*, p. 55-72.

énonçant une règle de conflit de loi ? Oui si l'on en croit Mme Parrot, qui interprète la convention comme servant « de référence pour apprécier la conformité du droit étatique aux obligations internationales de l'Etat partie. »⁷⁸¹, autrement dit telle une convention « portant loi uniforme » d'objet public. L'auteur envisage ainsi « l'hypothèse où la loi suédoise aurait été appliquée à une question de droit appartenant à la catégorie de celles visées par la règle de conflit de loi conventionnelle »⁷⁸². Si en effet la loi suédoise sur la protection des mineurs avait prévu autre chose que l'application de la loi nationale aux questions relatives à la tutelle, alors il faudrait conclure à cette non-conformité. Force est de constater, toutefois, que la Cour y reste indifférente. La Convention de 1902 ne pose en effet que l'obligation d'appliquer, dans des cas individuels de tutelle, la loi nationale. Seule l'application d'une loi – suédoise ou autre - par la Suède selon un autre critère de rattachement aurait pu être analysée comme une violation de celle-ci. En l'occurrence, le potentiel fait illicite n'était pas une mesure de tutelle, mais une mesure de protection d'une mineure, en application de règles d'ordre public et non de droit civil. La tutelle néerlandaise, établie selon la loi de la nationalité, n'était pas reniée et seul son exercice, à savoir le droit de garde reconnu à la tutrice, était empêché⁷⁸³. Aucun fait internationalement illicite n'a ainsi été reconnu par la Cour⁷⁸⁴. Rien dans les propos de celle-ci ne laisse à penser que la Convention de 1902 prescrirait autre chose aux Etats qu'un simple comportement opératif : l'application, à chaque cas de tutelle, de la loi nationale de l'intéressé.

Cette interprétation des conventions de droit international privé relatives aux règles de conflit doit être généralisée. Le professeur Mayer l'affirme : la règle de conflit « ne saurait restreindre la compétence au sens du droit international public, c'est-à-dire le domaine d'applicabilité potentielle des lois, susceptible de se manifester lorsque les règles étrangères sont inconnues ou contraires à l'ordre public. »⁷⁸⁵ Certes, comme les conventions « portant loi uniforme » précédemment étudiées, elles touchent au droit privé. Cependant, ce n'est cette fois que de manière très secondaire qu'elles peuvent être rattachées à cette discipline. Matériellement,

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁸² PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, *op. cit.*, p. 114. A notre sens, au contraire, la loi suédoise était sans doute conforme à la règle de conflit sur la tutelle. Comme le fait justement remarquer le juge H. Lauterpacht, la question de la tutelle relève du droit civil, et la loi suédoise sur la protection des mineurs est une loi d'ordre public qui ne tend pas à résoudre ce genre de question (*Ibid.*, opinion dissidente de H. Lauterpacht, p. 80.) La conformité du droit suédois aurait impliqué que le droit civil sur les tutelles prévoie l'application de la loi nationale, et tout de même pas, au-delà, qu'aucun obstacle ne soit mis à l'exercice de la tutelle telle que déterminée par la loi nationale. Ce qu'envisage K. Parrot n'est, à notre sens, pas la non-conformité de la norme, mais son éventuelle incompatibilité. Nous aurons l'occasion de développer ces propos *infra*.

⁷⁸³ C.I.J., arrêt du 28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, Pays-Bas c. Suède, préc., p. 65-66.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 71.

⁷⁸⁵ MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 562

ce genre de convention intéresse d'autant plus l'Etat que les règles de conflit en question n'ont pas pour objet, telles des « lois uniformes », les conduites des sujets internes ou leur statut personnel. Les règles de conflit posées doivent être entendues comme la réglementation du comportement des organes de droit interne, dans la reconnaissance de leur compétence ou dans le choix de la législation applicable à une situation de droit privé – on le voit : ce caractère privé ne peut être compris comme leur objet premier. Dès lors, ces conventions posent des obligations qui répondent au modèle classique du droit international public : elles obligent l'Etat à la réalisation de situations individuelles, par un comportement opératif, et ne seront violées que par la production d'actes juridiques immédiatement exécutoires.

L'analyse des règles internationales de compétence de l'Etat en matière de « lois de police » confirme ces propos.

2. Règles internationales de compétence de l'Etat en matière de droit public lato sensu

a. Présentation et interprétation comme « lois uniformes »

En droit international privé, les règles de conflit n'ont trait qu'à des situations relevant du droit privé⁷⁸⁶. Si la question de la loi applicable se pose également en matière publique, la solution relèvera exclusivement de l'unilatéralisme⁷⁸⁷. Comme le présente le professeur Audit, « la problématique en ces matières diffère d'une manière essentielle de celle du droit privé : il n'y a pas de choix en vue de l'application de la loi qui sera désignée. En effet, chaque Etat ne se préoccupe en droit public que de l'application des lois qu'il édicte pour ses propres nécessités »⁷⁸⁸. En ces domaines, l'application d'une loi étrangère est inenvisageable. L'exercice de la compétence des tribunaux d'un Etat emportera donc application de la règle nationale, dont il devra seulement,

⁷⁸⁶ AUDIT (B.), *Droit international privé, op. cit.*, p. 96-97, renvoyant à Savigny, lequel excluait le droit public de sa théorie de la règle de conflit.

⁷⁸⁷ Comme on le verra, le droit public est entendu dans un sens très large, et la distinction droit public/droit privé n'est évidemment pas parfaitement claire. Comme l'explique le professeur Cahin, « (e)n réalité, la *summa divisio* droit public/droit privé n'est pas entièrement pertinente pour identifier les matières concernées par la délimitation internationale des compétences étatiques. Certaines d'entre elles relèvent traditionnellement de ces deux branches à la fois, à l'instar de la nationalité élément de l'état des personnes en droit privé et lien de droit public. Mais la ligne de partage des normes régissant respectivement les rapports auxquels l'Etat est partie et ceux dont il est exclu, est aussi rendue très fuyante par l'importance croissante du droit public dans plusieurs domaines des relations économiques et sociales comme par la tendance contemporaine à la criminalisation des conduites : l'implication de l'Etat se superpose alors bien souvent à celle des particuliers, 'transférant ainsi le conflit d'intérêts de la sphère privée à la sphère publique et, par delà les frontières, le transformant en conflit de souverainetés'. » CAHIN (G.), « Les Notions : rapport », S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p., p. 9-52, ici p. 47. Voir également DESMONS (E.), « Droit privé, droit public », ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 520-525.

⁷⁸⁸ AUDIT (B.), *Droit international privé, op. cit.*, p. 97.

lui-même, définir le champ d'application dans l'espace⁷⁸⁹. Doit être compris dans cette catégorie le droit public au sens le plus large, comprenant ainsi toutes les règles intéressant l'ordre public de l'Etat⁷⁹⁰, au premier rang desquelles figurent les lois pénales. Elles ne sont plus aux seules mains des sujets internes, mais également édictées pour les nécessités propres de chaque Etat. La règle habilite alors en elle-même, ou par une règle intrinsèquement liée à elle⁷⁹¹, les organes internes à en assurer la sanction, et détermine son propre champ d'application.

Par cette détermination, l'Etat pourra toutefois heurter la souveraineté d'un autre Etat : tel est le cas de la juridiction qui applique la loi pénale nationale à l'un de ses ressortissants, auteur d'un meurtre sur le territoire d'un Etat étranger, lequel souhaitait également connaître de cette situation. On le voit : il est ici question de la coordination de l'exercice des pouvoirs étatiques, que le droit international public aurait vocation à régir⁷⁹². Le contenu de ces « règles de compétence », appartenant au droit coutumier, reste toutefois très succinct, et se résume en réalité en une proscription : les Etats n'ont pas le droit d'exercer leur pouvoir souverain sur une situation qui ne présenterait aucun lien de rattachement avec eux⁷⁹³. Ces liens suffisants pour justifier la compétence des tribunaux internes et l'application des lois nationales seraient relatifs à la nationalité du sujet interne concerné – on parle alors de « compétence personnelle » – ou à un lieu géographique, tel le domicile ou le lieu de déroulement d'un fait – il sera question de « compétence territoriale ». Un autre critère de rattachement, plus débattu, pourrait être matériel, selon que la question importe aux intérêts essentiels d'un Etat en particulier. Sous-catégorie des rattachements matériels, l'importance exceptionnelle d'un crime de droit international justifierait que tout Etat puisse s'y prétendre intéressé, et en juger si l'auteur présumé venait à se trouver sur son territoire : la compétence est dite universelle.

⁷⁸⁹ *Ibidem*.

⁷⁹⁰ La catégorie peut ainsi se confondre avec celle, largement insaisissable, des « lois de police », lois qui ont pour caractéristique, en droit international privé, d'être soustraites à l'application de la règle de conflit. Notamment, la France considérerait comme telle les lois de droit public *lato sensu*, dans l'art. 3. 1 du Code civil. En effet, ces règles défendent des intérêts étatiques d'une intensité particulière, et devront en conséquence régir impérativement certaines situations quelle que soit la loi applicable selon la règle de conflit (voir, par exemple, JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (Ph.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007, IX-851 p., p. 216-227). Toutefois, le professeur Audit met en garde contre une telle assimilation des lois de police aux règles de droit public, considérant une telle définition matérielle « trop synthétique pour fournir un critère de qualification opérationnel » (AUDIT (B.), *Droit international privé, op. cit.*, p. 104-105.)

⁷⁹¹ Une illustration est donnée par les règles de droit pénal français, dont le champ d'application était initialement défini par renvoi à la règle de procédure pénale (article 689 et s. du Code de procédure pénale). Dans le nouveau code pénal, on trouve désormais une partie consacrée au « champ d'application de la loi pénale dans l'espace » (article 113-2 et s.). M. Mayer relève la distinction entre de tels textes et une règle de conflit : « ils ne commandent pas la 'compétence' globale de la loi française : en dehors du domaine qu'ils circonscrivent, on se trouve dans celui d'une autre règle française, ordonnant l'absence de répression. » MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 568.

⁷⁹² BASDEVANT (J.) « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1936-IV, vol. 58, spéc. p. 570.

⁷⁹³ Pour une formulation négative de la réglementation internationale des « compétences de l'Etat », voir, par exemple : JIMENEZ DE ARECHAGA (M.), *International law in the past third century*, *R.C.A.D.I.*, 1978-I, vol. 159, p. 129.

Dans le cadre d'une critique virulente de lois « extraterritoriales », ces règles de compétence ont pu être interprétées comme des « lois uniformes », auxquelles les Etats devaient faire se conformer leur droit interne. L'adoption de telles lois a en effet donné lieu à de fortes contestations de la part des autres Etats. Les Etats-Unis, champions en la matière, ont ainsi produit diverses législations mettant des Etats sous embargo, et visant, pour atteindre le but recherché, tant les ressortissants américains que les entreprises étrangères liées commercialement ou financièrement à ces pays. Ainsi, des étrangers peuvent se voir imposer des sanctions économiques ou civiles, prononcées aux Etats-Unis par les tribunaux américains, en cas de violation de ces règles prohibitives. Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy, symptomatiques de l'unilatéralisme en matière de mondialisation et fortement critiquées en raison de leur caractère hégémonique⁷⁹⁴, sont composées de deux volets, l'un international et l'autre interne.

Les Etats-Unis y affichent en effet leur politique extérieure, en visant directement Cuba, l'Iran et la Libye, et prenant des sanctions à leur encontre. L'embargo ainsi institué ne cessera pas tant que lesdits Etats ne se seront pas conformés aux critères, notamment en matière de gouvernement démocratique, établis par les lois. En cela ces lois ne sont pas uniquement des actes juridiques internes mais peuvent apparaître également comme l'expression de la volonté de l'Etat sur la scène internationale bien qu'émanant de l'organe législatif, qui n'y représente pas d'ordinaire l'Etat.

Le second volet des lois est celui par lequel les Etats-Unis se reconnaissent pouvoir extraterritorial sur des sujets internes : les lois posent des prescriptions destinées à l'ensemble des sujets internes désireux de commercer avec les Etats sous embargos ; si ces derniers ne s'y conforment pas, des sanctions à leur égard peuvent être prononcées par les tribunaux américains, et exécutées sur le territoire américain⁷⁹⁵. Ainsi, ces sanctions, comportements opératifs, ne seront réalisées que sur le territoire américain. Certains auteurs concluent ainsi à l'absence

⁷⁹⁴ Voir notamment COSNARD (M.), « Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », *A.F.D.I.*, 1996, p. 33-61 ; MANN (F. A.), « The Extremism of American Extraterritorial Jurisdiction », *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, p. 410-412 ; STERN (B.) « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », *R.G.D.I.P.*, 1996, p. 979-1003 ; et, à propos de lois antérieures : STERN (B.), « L'extraterritorialité revisitée, Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *A.F.D.I.*, 1992, p. 239-313.

⁷⁹⁵ Les mesures individuelles américaines peuvent être déclenchées par les ressortissants américains, mais également par l'exécutif : interdiction de délivrer un visa, interdiction d'aide financière, de délivrance de licences, et diverses autres sanctions « médiatees » passant par des interdiction de relations imposées aux entreprises américaines et organes américains.

d'extraterritorialité de ces textes, considérant leurs effets hors du territoire comme ne relevant pas du domaine juridique⁷⁹⁶. Pourtant, les événements envisagées ne se sont pas déroulés sur le territoire américain, et les sujets internes visés sont étrangers : quand bien même ces caractéristiques ne justifieraient pas l'emploi du qualificatif « extraterritorial », l'essentiel de la critique porte sur le fait que les Etats-Unis reconnaissent à leur organes un pouvoir sur des situations sans lien avec eux. Si le comportement opératif reste territorial, le comportement normatif ne le serait plus. Aucun critère de rattachement reconnu par le droit international ne pourrait justifier que les Etats-Unis connaissent des situations prévues par ces lois. Compétence territoriale et compétence personnelle sont à exclure. Il n'est pas flagrant que les comportements émanant de particuliers commerçant avec les Etats sous embargos puissent porter atteinte aux intérêts essentiels des Etats-Unis, ni constituer un crime de droit international, excluant une forme de compétence matérielle. Ce constat effectué par le professeur Cosnard⁷⁹⁷ est ainsi qualifié d' « absence de compétence législative »⁷⁹⁸. La simple existence de telles règles d'habilitation pourrait ainsi, à en croire ses propos, constituer à elle seule un fait internationalement illicite, en violation de la règle internationale coutumière relative à la compétence de l'Etat, ainsi interprétée comme un mécanisme de « droit uniforme »⁷⁹⁹.

Nous ne pouvons souscrire à une telle analyse et, à notre sens, les règles internationales relatives à la compétence de l'Etat ont pour objet des comportements opératifs – la production d'actes individuels déterminés –, et ne peuvent être perçues comme des « lois uniformes ». Dans le domaine du droit public, le droit international interdit aux Etats *de connaître de situations individuelles* sans pouvoir justifier d'un des titres de compétence précités. Le droit coutumier relatif à la compétence de l'Etat en matière de lois de police n'exige pas la conformité des règles internes à ces règles de compétence. Il ne peut ainsi être heurté par l'existence de lois extraterritoriales, non conformes à un prétendu modèle. Il ne peut, de même, être atteint par l'existence d'une loi dont le champ d'application n'y serait pas conforme.

⁷⁹⁶ PELLET (A.), « Conclusions », in GHERARI (H.), SZURECK (S.) (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Cahiers du CEDIN, Paris, Montchrestien, 1998, 340 p., p. 321-334.

⁷⁹⁷ COSNARD (M.), « Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy... », *op. cit.*, p. 39-44.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 49-50.

b. Rejet du mécanisme du « droit uniforme »

- (i) Règles internes extraterritoriales non conformes aux règles internationales de compétence de l'Etat

Des prétentions internationales

Les lois américaines peuvent être envisagées comme des prétentions internationales, puisque, dans l'un de leurs volets, elles s'adressent directement aux Etats visés par l'embargo. Ainsi, elles peuvent être considérées comme l'expression de la volonté américaine dans l'ordre juridique international. Peut-on étendre cette caractéristique à l'ensemble des lois, y compris aux dispositions visant les sujets internes ? On pourrait ainsi considérer la production d'une habilitation interne à régir des situations extraterritoriales comme la prétention de l'Etat auteur à régir lesdites situations en lieu et place des Etats ordinairement compétents. Il y aurait volonté de modifier le droit coutumier existant. Les réactions des Etats tiers sont alors décisives : une objection générale a pu être constatée, s'illustrant notamment par la production réactive de lois dites « de blocage », par lesquelles des Etats interdisent à leurs ressortissants d'obéir aux commandements américains. Toutefois, l'ordre adressé aux sujets internes, restant abstrait, ne peut être juridiquement problématique. Il ne constitue pas encore l'exercice d'une compétence sur une situation donnée. L'action « se borne à l'émission de normes ou d'injonctions purement intellectuelles ou verbales », ce à quoi les autres Etats, généralement, ne voient pas d'inconvénient⁸⁰⁰. Les lois de blocage apparaissent alors superflues : elles n'empêchent pas les « effets extraterritoriaux » des lois américaines puisque celles-ci n'en ont pas encore produit. Les prescriptions de comportement adressées aux sujets internes ont une vocation universelle ; la concurrence des compétences étatiques ne se situe pas à ce niveau : certes, de telles dispositions sont à éviter car facteur d'insécurité juridique pour les sujets internes qui peuvent se méprendre sur l'ordre à respecter. Mais elles ne peuvent être envisagées que comme prétention à l'exercice d'une compétence non reconnue en droit international. Le rôle des lois de blocage doit ainsi être précisé : elles sont surabondantes dans leur dimension d'ordre donné aux sujets internes, et clarifient simplement leur situation ; même sans elles, ils n'auraient dû se conformer qu'aux prescriptions de l'Etat dont ils sont ressortissants, ou qui dispose d'un lien avec l'action dont ils sont protagonistes.

⁸⁰⁰ COMBACAU (J.), THIERRY (H.), SUR (S.), VALLEE (Ch.), *Droit international public*, p. 342. Dans le même sens : ROUSSEAU (C.), « L'aménagement des compétences en droit international », *R.G.D.I.P.*, 1930, p. 225 ; STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 14. Nous adhérons à cette assertion dans la seule mesure où elle s'applique à une norme générale, et non individuelle. L'affaire *Yérodia* est la preuve que la production d'une norme individuelle telle un mandat d'arrêt peut être considérée comme illicite, car portant juridiquement atteinte à la situation individuelle.

Des règles d'organisation du pouvoir

La difficulté réside dans l'aspect public de la loi en question : les organes américains sont habilités à déclencher des sanctions, et la règle comporte donc une part d'habilitation. L'obligation de respecter l'embargo américain pesant sur des sujets internes sans lien avec les Etats-Unis est donc plus concrète qu'il n'y paraît. Y a-t-il dans ce cas violation du droit international ? Selon M. Cosnard, « (e)n prétendant dicter la conduite de l'ensemble des opérateurs du commerce international, et donc en tentant d'imposer à tous les Etats leur politique extérieure, les Etats-Unis violent le principe de l'égalité souveraine des Etats »⁸⁰¹. Les propos contiennent une contradiction qui nous empêche d'adhérer à l'idée sous-jacente de l'illicéité du simple fait de la production de la loi extraterritoriale : les Etats-Unis ne font ici que *prétendre* exercer leur compétence, prétention simplement dépourvue d'effet juridique. En conflit avec les règles coutumières en vigueur, elle est tout simplement inopposable aux autres Etats qui choisiront librement d'y adhérer ou de s'y opposer par leur silence gardé ou leur objection ouvertement manifestée. Une conclusion claire nous semble devoir être tirée : il n'y a pas d'empiètement sur la compétence des autres Etats, et donc aucun fait internationalement illicite, tant que la compétence que s'octroient les Etats-Unis n'est pas exercée dans un cas individuel. C'est ce qui ressort du propos de nombreux auteurs pourtant critiques vis-à-vis des dites réglementations⁸⁰². C'est également ce qui ressort de l'attitude réflexe des Etats tiers, qui, loin de réclamer l'engagement de la responsabilité internationale des Etats-Unis du simple fait de leur production, ont adopté un comportement visant à en empêcher l'application⁸⁰³. La suspension, le

⁸⁰¹ COSNARD (M.), « Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy... », *op. cit.*, p. 49.

⁸⁰² Par exemple, un auteur énonce au sujet de ces sanctions individuelles : « De telles mesures, *si elles avaient effectivement été prises*, auraient constitué une violation patente des obligations » résultant du droit de l'O.M.C. (nous soulignons). Les mêmes propos pourraient être tenus relativement aux règles sur la compétence des Etats. WIBAUX (D.), « Un point de vue étatique. Le Gouvernement français et les lois américaines », GHERARI (H.), SZURECK (S.) (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Cahiers du CEDIN, Paris, Montchrestien, 340 p., p. 132. Si Mme Stern considère « interdite » la seule « adoption par le législateur d'une norme destinée à régir une situation n'ayant aucun rattachement raisonnable avec l'Etat qui adopte cette norme » dans sa communication lors d'une journée d'étude du CEDIN (GHERARI (H.), SZURECK (S.) (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Cahiers du CEDIN, Paris, Montchrestien, 340 p., p. 199), ses articles antérieurs relatifs à la compétence des Etats se limitent toutefois à envisager l'illicéité de l'« application » des mesures (STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, 1986, p. 21-22.) De manière plus générale, Fedozzi considèrerait que « le pouvoir de commandement n'est pas limité au territoire : au contraire, l'Etat peut légitimement adresser ses ordres aux nationaux et même aux étrangers hors du territoire. C'est seulement le pouvoir de coercition de l'Etat qui ne peut s'exercer sur le territoire d'un autre Etat. » (FEDOZZI, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *R.C.A.D.I.*, 1929-III, vol. 27, p. 163)

⁸⁰³ WIBAUX (D.), « Un point de vue étatique. Le Gouvernement français et les lois américaines », in GHERARI (H.), SZURECK (S.) (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Cahiers du CEDIN, Paris, Montchrestien, 340 p., p. 144-146.

16 juillet 1996, par le Président des Etats-Unis, du droit d'engager des poursuites a d'ailleurs apporté un apaisement notable à la situation⁸⁰⁴.

Un caractère extraterritorial discutable

Un autre argument militant dans le sens de l'absence d'illicéité de l'existence des lois américaines est en outre que leur caractère extraterritorial est discutable. En effet, il est fréquemment soulevé que les tribunaux américains appliquent le droit américain, et édictent des sanctions exécutoires sur le sol américain. Les auteurs défendant cette position partent ainsi du principe qu'hors de toute exécution matérielle sur le territoire d'un autre Etat, il n'y a pas d'extraterritorialité. Le professeur Stern s'y oppose nettement, et selon elle, « (s)i l'énoncé normatif est extraterritorial, ce n'est pas parce que cette loi est mise en œuvre devant les tribunaux de l'Etat qui l'a émise, que son extraterritorialité s'efface. »⁸⁰⁵ Sont unilatérales toutes mesures visant à « soumettre des personnes n'ayant aucun rattachement ni territorial, ni personnel avec l'Etat à des règles leur demandant d'adopter une certaine attitude (norme extraterritoriale) » et « sanctionner la violation de cette norme extraterritoriale », que ces sanctions soient territoriales ou non⁸⁰⁶. Mais l'auteur précise bien que le caractère extraterritorial se déduit de l'ensemble du « processus complexe de mise en œuvre d'une loi »⁸⁰⁷. A notre sens, une loi inappliquée ne vise que potentiellement des situations extraterritoriales ; seule une norme individuelle peut être extraterritoriale car la situation envisagée est alors clairement déterminée. La norme générale et abstraite n'a qu'une vocation à l'extraterritorialité⁸⁰⁸. Un élargissement peut ainsi être opéré. Les règles extraterritoriales ont ceci d'atypique qu'elles précisent leur champ d'application, alors que, le plus souvent, les lois internes ne le font pas, « et c'est seulement lorsqu'il s'agit de les appliquer que la question de leur sphère d'efficacité est soulevée ». Mais il n'en demeure pas moins que cette application reste potentielle. M. Combacau le relève ainsi :

« on ne voit pas souvent un Etat se plaindre de ce que la loi d'un de ses pairs vient de définir son champ personnel sans égard à sa compétence à lui, territoriale ou autre, comme s'il voyait une offense à sa souveraineté dans une activité législative, purement immatérielle pour l'instant, et qui, tant que n'est pas mis en œuvre le produit qui en est issu, prétend seulement prescrire les conséquences qui devraient

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 146.

⁸⁰⁵ STERN (B.), « Licéité et illicéité de la mesure compte-tenu de ses modalités d'utilisation », GHERARI (H.), SZURECK (S.) (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy.*, *op. cit.*, p. 185-218, p. 201.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 201-202.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 203.

⁸⁰⁸ Pour Bourquin, « la loi étant un énoncé juridique, le caractère immatériel qu'elle revêt lui donne, en effet, la possibilité d'un rayonnement infini. » (BOURQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1931-I, vol. 35, p. 124)

résulter de l'éventuelle survenance de la condition hypothétique qu'elle énonce. »⁸⁰⁹

Dès lors il est permis de conclure avec lui que « le droit international s'occupe moins ici de l'existence des règles que les Etats se donnent que des applications qu'ils en font et qui en révèlent les tares. »⁸¹⁰

D'autres exemples jurisprudentiels nous démontreront que les règles internationales relatives à la compétence de l'Etat ne peuvent être violées par la seule existence de règles internes non conformes. Elles ne peuvent, définitivement, être interprétées comme des mécanismes de « droit uniforme » tels que ceux que nous avons précédemment étudiés.

(ii) Règles internes dont le champ d'application est non conforme

Arrêtons-nous sur le différend opposant l'Espagne au Canada en matière de pêcheries⁸¹¹. Le Canada modifie en 1994 sa législation sur la protection des pêches côtières, et inclut dans son champ le comportement de navires étrangers dans une zone de haute mer définie. Il leur est désormais interdit de pêcher dans la zone définie les stocks chevauchants au-delà d'un certain quota⁸¹². Plus loin, la même loi habilite les organes internes à prendre des mesures d'exécution sur tout navire suspecté de manquer auxdites règles. On se trouve en présence d'une loi extraterritoriale par excellence qui habilite les organes de l'Etat à agir sur une situation sans rattachement avec celui-ci. Cette loi n'apparaît pas conforme aux règles de droit de la mer, lues telles des « lois-modèles » : la compétence de l'Etat ne pourrait s'exercer en haute mer que sur les navires battant leur pavillon⁸¹³. Cette non-conformité à la règle de compétence internationale est-elle internationalement illicite ? Le fait que l'Espagne n'y réagisse pas nous éloigne de cette conclusion. La liste des navires soumis à la compétence canadienne intégrait pourtant, expressément, ceux battant pavillon espagnol. Ce n'est que suite à l'arraisonnement d'un navire espagnol sur le fondement de cette loi qu'une contestation s'est élevée, donnant naissance à un différend ensuite soumis à la C.I.J. La Cour, amenée à préciser la nature de celui-ci, est on ne peut

⁸⁰⁹ COMBACAU (J.), « Conclusions générales », in S.F.D.I., Colloque de Rennes, *Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, 320 p., p. 316.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 317.

⁸¹¹ Il donna lieu à un arrêt sur la compétence de la C.I.J., arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries*, Espagne c. Canada (compétence), *Rec.*, p. 432.

⁸¹² Ainsi, « (i) est interdit aux personnes se trouvant à bord d'un bateau de pêche étranger d'une classe réglementaire de pêcher, ou de se préparer à pêcher, dans la zone de réglementation de l'OPAN, des stocks chevauchants en contravention avec les mesures de conservation et de gestion prévues par les règlements. », Article 5.2 de la loi modifiée sur la protection des pêches côtières, Canada, 12 mai 1994, citée dans l'arrêt, *ibid.*, p. 440.

⁸¹³ La règle est formulée comme la reconnaissance d'une « juridiction exclusive », qui exclut donc la juridiction des autres Etats, Convention sur le droit de la mer, Montego Bay, précitée, art. 92.

plus claire : seul l'exercice de la compétence matérielle du Canada sur le navire espagnol lui a donné naissance. La législation canadienne n'en est que le fondement, en droit interne⁸¹⁴. Il n'est question que de l'inopposabilité de celle-ci à l'Espagne.

Plus ancienne mais tout aussi pertinente, la plaidoirie de J. Basdevant, représentant la France dans l'affaire du *Lotus*, montre clairement que c'est bien l'application de la loi pénale turque, et non la détermination de son champ d'application, qui heurtait le droit international en l'espèce. Axée autour de la compétence exclusive de l'Etat du pavillon pour juger les comportements des navires en haute mer, son argumentation conteste l'exercice de cette compétence par la Turquie sur un navire français. A aucun moment il n'est question de la norme générale interne par laquelle il est donné une compétence contraire à celle prétendument reconnue par le droit international. A propos d'un projet de loi français attribuant une compétence personnelle passive aux tribunaux, l'auteur cite la réponse faite par le secrétaire d'Etat du Royaume-Uni à l'ambassadeur de France à Londres. Selon lui, « l'application de cette loi serait de nature à enfanter de grandes difficultés entre les deux pays », étant « sous plus d'un rapport, en opposition avec les lois et usages internationaux »⁸¹⁵. Les termes choisis sont clairs : si une loi donnant compétence contraire à celle reconnue par le droit international est incompatible avec celui-ci, son application constituerait le fait illicite. Même si la France a renoncé dans cette hypothèse à poursuivre ce projet de loi – rien n'indique toutefois que cela soit pour des considérations purement internationales – l'essentiel était, pour le Royaume-Uni, qu'elle ne soit pas appliquée dans le cadre du jugement de ressortissants britanniques. Ainsi dans l'affaire du *Lotus*, alors que la Turquie dispose, dans son corpus législatif, d'une loi donnant une telle compétence personnelle passive à ses tribunaux, Basdevant précise l'objet de la requête française :

« nous demandons à la Turquie moins que nous n'avons fait à ce moment ; nous ne lui demandons pas l'abrogation de l'article 6 de son Code pénal ; cela, c'est son affaire. Nous lui demandons seulement – nous serons satisfait – qu'il ne soit pas appliqué aux Français. Si cette solution est admise, tout le reste est indifférent. Nous nous plaçons uniquement sur le terrain du droit des gens. Nous ne voulons pas nous immiscer dans les particularités de la législation turque. »⁸¹⁶

⁸¹⁴ C.I.J., arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries*, préc., § 35-36 p. 450.

⁸¹⁵ Discours prononcé par M. le Professeur Basdevant (représentant le Gouvernement français), *Rec.* 1927, *Série C*, p. 81.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 81. Une loi incompatible avec les règles internationales sur la compétence des Etats n'apparaît pas comme le fait illicite, mais comme la manifestation d'un désir de modifier l'état du droit coutumier existant. Nous restons sceptique : comment le législateur interne pourrait se voir imputer l'expression de la volonté étatique sur la scène internationale. Seule une application de la loi à un étranger, touchant ainsi manifestement à la compétence d'un autre Etat, pourrait être pris comme une prétention. Le silence gardé par l'Etat concerné pourrait

L'affaire du *Mandat d'arrêt* illustre la gêne de la Cour à traiter des questions de compétence de l'Etat. Cette occasion manquée fut largement regrettée⁸¹⁷. La République du Congo visait en effet la loi belge relative sur la compétence universelle. Dans sa requête introductive d'instance et sa demande d'indication de mesure conservatoire, elle considérait apparemment que la Belgique avait violé l'obligation de respect de la souveraineté des autres Etats *en s'attribuant* unilatéralement une compétence universelle en matière pénale, et non seulement en exerçant ce pouvoir sur leur ministre M. Yérodi⁸¹⁸. Selon le juge G. Guillaume, « (s)i la Cour avait abordé ces questions, elle aurait (...) dû (...) constater que le juge s'était à tort reconnu compétent pour poursuivre M. Yerodia Ndombasi en se prévalant d'une compétence universelle incompatible avec le droit international. »⁸¹⁹ L'idée ne peut être plus clairement exprimée : le comportement illicite est constitué par l'exercice d'un pouvoir par le juge, qui se « reconnaît compétent », sur le fondement d'un énoncé habilitant non conforme au droit international, mais dont l'existence ne constitue pas en soi un fait illicite. Cela se trouve confirmé par le fait que la demande congolaise se soit, en définitive, écartée de ce moyen⁸²⁰.

Ces diverses « règles de compétence », qui tâchent de coordonner les pouvoirs des Etats lorsque ces derniers sont susceptibles d'entrer en concurrence, ne sont donc pas des « lois uniformes »⁸²¹. Cette conclusion doit s'appliquer à toute obligation de droit international, qui ne

alors être considéré comme une renonciation à l'exercice de sa compétence. En revanche, la production de législations le permettant ne pourrait, tout au plus, que constituer quelques indices dans le sens de la pratique à prendre en compte dans l'établissement de la règle coutumière. Mais, nous le répétons, la pratique réellement pertinente reste toutefois une pratique internationalement pertinente, qui ne peut qu'être l'exercice de la compétence en question.

⁸¹⁷ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, précité, opinion individuelle du président G. Guillaume, § 1, et de M. M. Higgins, Koojmans et Burgenthal, § 3 et s. ; opinion dissidente de Mme Van den Wyngaert, § 4 et § 42.

⁸¹⁸ Requête introductive d'instance, 11 avril 2000, <<http://www.icj-cij.org/>>, 1^{er} moyen, p. 6-12.

⁸¹⁹ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, précité, opinion individuelle du président G. Guillaume, préc., § 17.

⁸²⁰ Voir C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, précité, p. 8 (Mémoire de la R.D.C.). Même dans la requête introductive d'instance, cela ne constituait qu'un « moyen » et non une véritable « demande », Requête introductive d'instance, 11 avril 2000, préc., p. 3.

⁸²¹ Mme Stern semble considérer que la loi de compétence interne est en elle-même l'objet de l'obligation internationale, puisqu'elle énonce que si « méconnaît les limites posées par le droit international à l'exercice de ses compétences », « il peut voir engagée sa responsabilité internationale » ; toutefois, elle ne raisonne, clairement, que sur des cas d'exécution de cette compétence. Ainsi cette responsabilité peut être invoquée « par l'Etat dont la souveraineté a été atteinte par l'exercice des compétences extraterritoriales contraires au droit international. » 36 « toute prétention à faire reconnaître l'exercice de cette compétence sur le plan international est vouée à l'échec : autrement dit l'exercice par l'Etat d'une compétence qui ne lui est pas reconnue par le droit international, ne pourra avoir aucun effet en droit international. » STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 36. Encore, p. 37, elle énonce que « la simple exécution d'un acte matériel de souveraineté par un Etat sur le territoire d'un autre est donc contraire au droit international, même si elle n'est pas constitutive d'un dommage spécifique distinct de l'atteinte à la souveraineté. », mais ne raisonne pas sur l'existence même des normes de compétence. En revanche, de manière bien plus abrupte, Akehurst considère que

coordonne pas à proprement parler les pouvoirs des Etats mais limite leur exercice dans des cas déterminés⁸²². L'obligation de comportement normatif se superposerait alors, bien davantage, à une autre obligation internationale, de comportement opératif cette fois. Loin d'être un modèle de règle d'habilitation internationalement définie, cette obligation ne peut être placée dans un rapport de *conformité* avec les règles qui habilent les organes de l'Etat, en droit interne, à en assurer la réalisation. Justifions ces propos.

B. Obstacles à la reconnaissance d'obligations de comportement normatif, relatives à la *conformité* des règles de droit public

Il n'est pas impossible que l'Etat s'oblige à limiter son pouvoir normatif en matière d'habilitation de ses propres organes. Toutefois, la logique du droit international y est réfractaire car de telles obligations modifieraient profondément la nature des rapports de systèmes. Il n'existe donc aucun principe général, ni obligation spéciale, se superposant aux obligations de comportement opératif, qui obligerait les Etats à disposer de règles d'habilitation *conformes* à leurs obligations internationales. Cela reviendrait en effet à exiger d'eux un comportement non seulement normatif mais, au-delà, également *constituant*, et transformerait radicalement les relations entre droits internes et international (1). Afin de rester ancré dans une logique à proprement parler internationaliste, il faut ainsi rejeter toute idée d'obligation relative à la *conformité* des règles d'habilitation internes (2).

1. La limitation internationale du pouvoir constituant de l'Etat : une modification radicale des rapports de systèmes

Si certains auteurs défendent l'idée selon laquelle les Etats seraient soumis, non seulement aux obligations de comportement opératif auxquelles ils se sont engagés, mais, au-delà, à une obligation générale relative à la conformité de leurs règles par rapport auxdites obligations, cette position ne s'ancre plus dans une démarche d'uniformisation des droits internes, mais de fédéralisation des ordres juridiques internes⁸²³.

« *the law in question represents an abuse of legislative power and thus a breach of international law* », AKEHURST, « Jurisdiction in International Law », *BYBIL*, 1972-1973, p. 167-168.

⁸²² En ce sens, STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 38.

⁸²³ Voir notamment : ROSENAU (J. N.), CZEMPIEL (E.-O.), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992, XII-311 p.

Position du problème

Selon notre analyse, le droit international, lorsqu'il prescrit des comportements opératifs à l'Etat, ne vise que la réalisation de situations individuelles, à la limite par la production d'actes juridiques internes, à condition que ces derniers soient immédiatement exécutoires et n'habilitent pas les organes internes à produire de norme d'application au contenu par essence indéfini. Au-delà des prescriptions de comportement opératif toutefois, on a vu que le mécanisme du droit international uniforme obligeait l'Etat à un comportement normatif. Mais ces obligations se cantonnent dans du droit privé *lato sensu* : règles de droit qui modifient le statut personnel des sujets internes, régissent leurs relations privées, etc. Il n'est donc pas encore question de prescrire à l'Etat un comportement normatif en matière de droit public *stricto sensu*, règles internes par lesquelles l'Etat va conférer des pouvoirs à ses organes et encadrer leur exercice. Une obligation relative à la *conformité* des règles internes en la matière reviendrait à fournir à l'Etat une norme-référence relative à l'habilitation de ses propres organes, à lui donner la mesure de leurs pouvoirs. On vient de rejeter cette analyse des règles internationales de répartition des pouvoirs de l'Etat, qui ne donnent aucun modèle d'habilitation des organes de droit internes, selon lequel ces derniers n'auraient le pouvoir d'agir qu'en respect des règles de conflit établies par le droit international. Doit-on, de la même façon, rejeter l'idée que l'ensemble des obligations internationales puissent se voir transformées en « lois-modèles » des habilitations des organes étatiques ? Reconnaître une telle obligation de comportement normatif, relative à la conformité des règles internes d'habilitation, reviendrait à exiger de l'Etat qu'il ne confère à ses propres organes de pouvoir que dans les limites posées par le droit international.

De rares opinions doctrinales favorables

Certains auteurs semblent, si ce n'est reconnaître l'existence d'une telle obligation en droit international positif, tout du moins plaider pour son avènement. L'obligation relatives à la conformité des règles d'habilitation internes pourrait ainsi être fondée, selon R. Kolb, sur le principe de bonne foi. Ce dernier peut en effet être perçu de manière autonome et normative, permettant de trouver la source de nouvelles obligations à la charge des Etats⁸²⁴. Ainsi la bonne foi pourrait toucher aux habilitations internes non conformes avec les obligations internationales de l'Etat, en prescrivant les mesures propres à assurer l'exécution du traité, et proscrivant celles qui y poseraient un obstacle. R. Kolb envisage la non-conformité du droit interne comme une

⁸²⁴ KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, , XLI-756 p., p. 157.

éventuelle situation de « fraude au traité »⁸²⁵ : la loi interne irait ici à l'encontre de son objet et de son but. Les conclusions qu'il tire à ce sujet ont toutefois de quoi surprendre : « (l)e problème s'analyse sous l'angle des finalités illicites et appelle l'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit pouvant emporter nullité ou inopposabilité internationale de la loi interne »⁸²⁶. Il ne fait en réalité référence qu'à d'éventuels effets internationaux d'une loi formellement interne, seuls susceptibles de rendre inopérantes les dispositions d'un traité. L'Etat ne peut simplement, de façon unilatérale, détruire son engagement. Rien n'affecte toutefois la validité interne de la loi en question. Qu'en est-il toutefois des règles qui nous occupent, dont les effets sont strictement internes ? Sa position reste nébuleuse car l'hypothèse n'est pas clairement isolée.

Cette fraude au traité doit toutefois être distinguée de la non-conformité du droit interne. Dans l'affaire *Boll* précitée, une mesure individuelle retirait tout effet utile à une tutelle établie conformément à une convention posant une règle de conflit de loi. Cette situation, issue d'une loi suédoise, a pu être analysée comme une fraude au traité⁸²⁷. Certes, cette analyse semble juste puisque l'application de ladite loi fait perdre de sa force à l'obligation conventionnelle⁸²⁸. La loi se plaçait certainement en fraude au traité davantage qu'en position de non-conformité à celui-ci, puisqu'elle n'avait pas le même champ d'application. Cependant, force est de constater, au vu de la décision de la Cour qui n'a en l'espèce ni considéré la mesure individuelle ni l'existence de la loi dont elle assurait l'application comme un fait internationalement illicite, qu'une telle fraude au traité n'est pas interdite en droit international. Si elle l'avait été, une telle interdiction aurait en outre, à notre avis, dû être interprétée telle une obligation de comportement opératif, interdisant la réalisation de situations individuelles de fraude, et non l'existence de lois la permettant.

Sir H. Lauterpacht va toutefois plus loin, et affirme que le droit international pourrait aujourd'hui obliger les Etats à « se priver du pouvoir d'édicter, même par voie de modification constitutionnelle, des lois contraires à la disposition constitutionnelle fondamentale qui fait du droit international une partie intégrante de leur système. »⁸²⁹ Autrement dit, l'ensemble du droit interne, y compris constitutionnel, devrait être conforme au droit international que les Etats

⁸²⁵ *Ibidem*.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 293.

⁸²⁷ C.I.J., arrêt du 28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, opinion dissidente du juge H. Lauterpacht, préc., p. 81-82 ; ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, 392 p., p. 92.

⁸²⁸ En ce sens, H. Lauterpacht affirme que « *(w)hen a State concludes a treaty it is entitled to expect that that treaty will not be mutilated or destroyed by legislative or other measures which pursue a different object but which, in effect, render impossible the operation of the treaty or of part thereof.* », ce qui était le cas en l'espèce. C.I.J., arrêt du 28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, opinion dissidente du juge H. Lauterpacht, préc., p. 81

⁸²⁹ LAUTERPACHT (H.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1937-IV n° 62, p. 146.

considèrent – et doivent considérer selon l’auteur – comme supérieur à leur droit interne. Il considère ainsi qu’une disposition constitutionnelle de suprématie du droit interne sur le droit international constitue au regard de ce dernier « une illégalité » qui « met en jeu la responsabilité de l’Etat »⁸³⁰. En ces termes, l’auteur décrit toutefois l’ « entrée dans une ère de consolidation consciente du droit international »⁸³¹. Ce point de vue modifie en effet complètement la vision classique du droit international et des rapports qu’il entretient avec les ordres juridiques internes. Il est partagé d’une manière encore plus accentuée, dans les domaines spécifiques de la protection des droits fondamentaux et du droit du commerce international, respectivement par le juge Cançado Trindade⁸³² et le professeur Petersmann, ce dernier prônant un « *international constitutionalism* »⁸³³.

Les règles constitutantes : une place à part au regard du droit international

En droit interne, déterminer l’étendue des pouvoirs des organes, organiser leur répartition, c’est exercer un pouvoir normatif d’une nature spécifique : les normes en question sont constitutionnelles, dans un sens restrictif et matériel. Autrement dit, elles sont *constitantes*. Envisager l’existence de règles internationales y relatives serait accepter l’idée d’une limitation du pouvoir constituant de l’Etat. Or le pouvoir de se doter d’une constitution doit être considéré non comme un pouvoir que l’Etat peut limiter mais comme un attribut fondamental de son statut. La Constitution d’un Etat ne devrait ainsi pas être perçue comme une règle de droit, ayant le sens d’une norme fondamentale, mais comme un pur acte de volonté de l’Etat⁸³⁴.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 147.

⁸³¹ *Ibidem.*

⁸³² Le juge Cançado Trindade (C.I.A.D.H., puis C.I.J.) adopte une position militant quasiment pour une « fin du droit interne ». Voir, entre autres, son opinion individuelle sous C.I.A.D.H., avis du 9 décembre 1994, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, préc., par exemple, entre de nombreux propos fort identiques, § 14 : « *With the demystification of the postulates of voluntarist positivism, it became evident that one can only find an answer to the problem of the foundations and the validity of general international law in the universal juridical conscience, starting with the assertion of the idea of an objective justice. As a manifestation of this latter, the rights of the human being have been affirmed, emanating directly from international law, and not subjected, thereby, to the vicissitudes of domestic law.* »

⁸³³ Parmi de nombreux écrits : PETERSMANN (E.-U.), « Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism », JOERGES (C.), PETERSMANN (E.-U.) (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation (Studies in International Trade Law, Vol. 9)*, Oxford, Hart, 2006, XXXVIII-554 p., p. 5-57 : cet « *international constitutionalism* » « *provides for multilevel constitutional restraints aimed at limiting ‘constitutional failures’ at national as well as intergovernmental levels without pursuing state-like forms of constitutional governance at the international level; intergovernmental rule-making remains subject to criticism, notably from the perspective of human rights and constitutional democracies with ‘dualist’ legal systems and ‘realist’ foreign policies (like the hegemonic US foreign policies) which contest whether international rules should shape domestic legislation and policies* », p. 7. En ce sens également : KIEFFER (B.), *L’Organisation mondiale du commerce et l’évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, 371 p., spéc. p. 41-44. L’auteur évoque un « démantèlement de la souveraineté nationale » dans le cadre de l’O.M.C., p. 41.

⁸³⁴ Selon C. Schmitt, « Une constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanant d’un être politique sur le genre et la forme de son propre être. » (SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 1993, p. 211 et s.)

Ainsi le droit international prend en considération ce droit constituant comme intrinsèque à l'Etat lui-même. On pense au mécanisme de droit de la responsabilité de l'Etat lui attribuant les comportements de ses organes, tels que sa constitution les a institués ; on pense également à la règle du droit des traités selon laquelle son consentement peut être considéré comme vicié dès lors qu'il a été exprimé en violation manifeste d'une « règle de son droit interne d'importance fondamentale », autrement dit constitutionnelle au sens strict⁸³⁵. Au contraire, lorsqu'une entité naît d'une situation acquise par la force, et qu'elle n'est alors pas reconnue en tant qu'Etat en droit international, son organisation constitutionnelle ne sera pas prise en considération. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme a pu, aux fins de déterminer si, comme l'exige une disposition de la Convention, une atteinte à un droit garanti était « prévue par la loi », déclarer la constitution de la R.T.N.C. comme dépourvue de validité juridique⁸³⁶. Il ne s'agit bien entendu pas d'effets de droit interne qui ne peuvent être occultés et sont naturellement perçus comme du fait⁸³⁷, et c'est bien « aux fins de la Convention » que la valeur de la règle en question est examinée⁸³⁸. Aux yeux du droit international, pour justifier d'une atteinte à un droit reconnu, l'organe de l'Etat doit avoir agi sur habilitation de la loi. Cette habilitation interne permet de produire certains effets en droit international. L'arrêt *Chypre c. Turquie* rendu en 2001 par la Cour de Strasbourg est particulièrement révélateur du lien intrinsèque unissant règles constitutionnelles et existence de l'Etat. Alors que la situation en Chypre du Nord est qualifiée d'illégale, la Cour doit examiner, en tant que fait, le système juridique établi par l'entité dans le cadre de son examen du traitement des individus. Toutefois, il n'est pas examiné comme du droit : les guillemets employés dans l'arrêt pour systématiquement encadrer les termes y relatifs – « législation », « constitution » – le démontrent.

Une fédéralisation des rapports interétatiques

Une obligation générale relative à la conformité des règles internes de droit public modifierait profondément le regard que pose le droit international sur les règles constituantes de

⁸³⁵ Convention sur le droit des traités, Vienne, préc., art. 46. 1.

⁸³⁶ Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, Rec 1996-IV, § 44. La jurisprudence de la Cour est constante en ce sens : « L'adoption de la « loi n° 52/1995 » ne modifie en rien cette conclusion. La Cour ajoute que, bien que cette dernière loi n'ait pas été invoquée devant elle dans l'affaire Loizidou, il n'y a aucune raison de lui reconnaître plus de validité juridique qu'à « l'article 159 », auquel elle tend à donner effet. », Cour E.D.H., arrêt du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Rec., 2001-IV, § 187.

⁸³⁷ De la même façon, la situation acquise par la force en Namibie n'a pas été reconnue, et le droit constitutionnel produit par l'Afrique du Sud n'aurait pu être pris en considération par le droit international ; toutefois cette interdiction de reconnaissance n'a pas été jusqu'à nier la validité du droit interne produit par les organes de l'entité contestée (C.I.J., avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) notwithstanding la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec.)

⁸³⁸ Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, précité.

l'Etat, et tendrait, au-delà, à une fédéralisation des rapports interétatiques. C'est ainsi que l'on peut interpréter certains débats à la C.D.I. sur l'élargissement du principe *Pacta sunt servanda* à une telle obligation. Le démontre l'accueil réservé à l'amendement luxembourgeois proposé au projet de Convention de Vienne sur le droit des traités devant la C.D.I., selon lequel « (l)es parties prennent toutes les mesures de droit interne éventuellement nécessaires pour assurer la pleine application des traités. »⁸³⁹ L'article proposé était présenté comme s'inspirant directement de l'article 10 – ex-article 5 – du Traité de Rome. S'agirait-il donc de consacrer, à l'instar du droit communautaire, une fédéralisation générale des rapports interétatiques⁸⁴⁰ ? Le droit international serait ainsi conçu comme un droit supra-étatique, une super-norme d'habilitation des Etats eux-mêmes, et sur le fondement duquel seraient établis les pouvoirs des organes internes, nécessairement conformes aux exigences centrales. Les opinions émises par les Etats à cette proposition montrent une hostilité majoritaire à la formulation d'une telle règle⁸⁴¹. En première ligne s'inscrivent les pays sud-américains, qui revendiquent l'exclusivité de la réglementation de leurs organes suprêmes⁸⁴². Le droit communautaire était ainsi cité en tant qu'instrument conventionnel de droit international, non spécifique dans sa formulation même. Ce rejet général serait la démonstration de l'impossibilité, tout en restant dans une logique internationaliste, d'une telle obligation de comportement normatif relative à la conformité des règles de droit public internes, perçue comme une limitation du pouvoir souverain de l'Etat de décider de la compétence de ses propres organes.

2. Rejet d'une obligation relative à conformité des règles internes de droit public : un rapport de compatibilité

On doit donc admettre, sous peine d'en modifier profondément les caractéristiques, que le droit international est réfractaire à l'idée de limitation du pouvoir normatif constituant de l'Etat, et donc à toute obligation de comportement normatif visant la conformité des règles d'habilitation du droit interne à des modèles internationalement définis. Le rejet, généralement

⁸³⁹ Nouvel article proposé par le Luxembourg, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 2^e session, Vienne, 12^e séance plénière du 6 mai 1969, p. 52-53 (A/Conf.39/11/add.1) ; également : Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale, *Ann.*, 1966, vol. II, observations des gouvernements, Luxembourg, p. 354.

⁸⁴⁰ Tel est en effet le sens attribué à l'article 10 depuis l'arrêt *Costa*, précité.

⁸⁴¹ A. Cassese explique cette attitude : « *States consider that the translation of international commands into domestic legal standards is part and parcel of their sovereignty, and are unwilling to surrender it to international control. (...) As a consequence each State decides, on its own, how to make international law bind on State agencies and individuals and what status and rank to assign to it in the hierarchy of municipal sources of law.* » CASSESE (A.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, LIII-558 p., p. 220.

⁸⁴² Nouvel article proposé par le Luxembourg, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 2^e session, Vienne, 12^e séance plénière du 6 mai 1969, opinion de M. Galindo Pohl (El Salvador), p. 53 (A/Conf.39/11/add.1).

constaté en doctrine, de l'idée d'une violation du droit international du fait de la production et du maintien de règles d'habilitations internes, peut, à ce stade de notre raisonnement, trouver une seconde lecture. Il peut certes, ainsi que nous l'avons déjà présenté, signifier que ces règles, non immédiatement exécutoires, ne heurtent pas, en elles-mêmes, les obligations de droit international de comportement opératif⁸⁴³. Il peut en outre, et c'est l'objet de nos propos actuels, signifier qu'à ces obligations de comportement opératif ne se superpose jamais d'obligation relative à la conformité des règles internes. Pour ces raisons, on trouve, par exemple ici⁸⁴⁴ ou là⁸⁴⁵, un refus de considérer que l'Etat doit assurer la conformité de ses règles internes à l'une quelconque de ses obligations de comportement opératif. R.J. Dupuy l'a noté dès la sentence rendue en l'affaire *Texaco*, mettant à part le pouvoir normatif de l'Etat en matière d'habilitation de ses organes, qui lui apparaît comme « incontestable ». Le pouvoir de nationalisation⁸⁴⁶ peut ainsi être limité, dans son exercice. L'Etat ne peut en revanche s'engager, au-delà, à retirer à ses organes le pouvoir de nationaliser. Il s'agirait de limiter son pouvoir constituant, conférant un pouvoir à l'organe législatif chargé des décisions de nationalisation, « échelon suprême dans la hiérarchie interne des institutions de l'Etat »⁸⁴⁷. Il est donc impensable, en termes de droit international, d'obliger l'Etat relativement à son pouvoir normatif dans le cadre des règles d'habilitation. Ce pouvoir⁸⁴⁸ est en effet celui « d'organiser comme il l'entend les structures économiques du pays et y introduire les réformes qui lui paraissent opportunes », « de choisir et d'édifier librement un système économique et social »⁸⁴⁹. Au-delà de normatif, l'arbitre le suppose : ce pouvoir est constituant.

Pourtant, et c'est là l'opinion majoritaire, loin de rejeter l'idée même d'une obligation de comportement normatif superposée aux obligations internationales de l'Etat, la doctrine

⁸⁴³ Voir en particulier ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 294 et, plus généralement, *supra*, Chapitre 1, Section 2, §2, A, 1.

⁸⁴⁴ Dans son opinion individuelle sous l'arrêt *Barcelona Traction*, le juge Morelli considère que l'obligation de protection des droits acquis des étrangers « suppose une certaine attitude de l'ordre étatique, dans le sens qu'elle a égard uniquement à des intérêts qui, dans cet ordre juridique, ont déjà reçu une certaine protection moyennant l'attribution de droits subjectifs ou d'autres situations subjectives favorables (...) ; attitude de l'ordre juridique étatique qui, en soi, n'est pas internationalement obligatoire » C.I.J., arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, light and power company, limited*, Belgique c. Espagne, opinion individuelle du juge Morelli, *Rec.*, p. 234.

⁸⁴⁵ A. Ciampi, à propos du droit international des immunités, considère qu'il ne peut être violé simplement parce que le droit interne ne la reconnaît pas, ne protège pas expressément la souveraineté de l'Etat. Selon elle, une abstention est requise de lui, et le droit international peut ainsi s'accommoder d'une absence de norme – on dirait plutôt : d'une absence d'interdiction, ou permission d'user du pouvoir juridictionnel dans certaines situations. (CIAMPI (A.), « L'immunité de l'état responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes », *A.F.D.I.*, 2008, p. 45 et s.)

⁸⁴⁶ La nationalisation doit être bien comprise comme une situation générale et clairement distinguée de l'expropriation individuelle qu'elle engendre, tout comme on distingue dans l'*affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* la loi polonaise permettant les expropriations, de l'expropriation de l'usine de Chorzow (C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926 précité)

⁸⁴⁷ Sentence du 19 janvier 1977, *Texaco Calasiatic c. Gouvernement de la République arabe de Lybie*, J.D.I., 1977, p. 350-389, § 59.

⁸⁴⁸ L'arbitre parle de « compétence exclusive », *ibidem*.

⁸⁴⁹ *Ibidem*.

considère que, dans certains cas, une telle obligation pourrait, parfois, être imposée aux Etats. Ainsi, notamment, A. Cassese considère que si, en principe, l'Etat reste totalement libre de la détermination des règles internes qui habilitent ses propres organes à respecter ses obligations internationales, il peut dans certains cas être obligé à un comportement normatif y relatif⁸⁵⁰. En ce sens également peuvent être interprétés les propos des auteurs qui, sous l'angle du droit de la responsabilité, estiment que les règles juridiques internes des Etats peuvent être à l'origine de faits internationalement illicites⁸⁵¹. Certes, on peut envisager l'hypothèse de la production et du maintien en vigueur de règles immédiatement exécutoires⁸⁵². Mais on peut également considérer qu'il y a là reconnaissance de la possibilité, pour l'Etat, de s'engager à un certain comportement normatif relatif à ses règles non immédiatement exécutoires, conférant un pouvoir discrétionnaire⁸⁵³.

Simplement, et ce sera le point que nous défendrons tout au long de cette section, ces obligations de comportement normatif n'auront pas les mêmes exigences que celles qui s'attachent à des « lois uniformes » de droit privé. En l'espèce, aucune conformité avec un modèle de règles d'habilitation ne sera requise, mais bien davantage une *compatibilité* avec les obligations internationales déjà à la charge de l'Etat. Ce dernier devra faire en sorte que son droit interne n'interdise pas le respect de ses obligations internationales, ni n'oblige à leur violation. Autrement dit, ses organes ne devront pas être obligés d'user de leurs habilitations dans un sens qui y soit

⁸⁵⁰ CASSESE (A.), *International Law*, *op. cit.*, p. 219 : l'Etat serait laissé dans un état de « *complete freedom with regard to how it fulfils, nationally, its international obligations* », hormis l'hypothèse d'obligations qui pourraient exiger de lui un comportement normatif. Voir également BROWNLIE (I.), *Principles of International Law*, *op. cit.*, p. 370 et ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 294.

⁸⁵¹ Ainsi, M. Chappez considère que l'illicite peut être imputable au législateur en cas d'incompatibilité du droit interne : « Si les tribunaux internes n'avaient pas d'autre possibilité que d'appliquer une loi nationale contraire au droit international, il ne s'agirait pas d'un déni de justice mais d'une violation initiale du droit international par le législateur. » (CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, p. 12-13). SCHWARZENBERGER (G.), *International Law*, Stevens & Sons Limited, London, 1957, vol. 1, p. 614 : Pour G. Schwazzenberger, « (i)t is a matter for argument whether the mere existence of such legislation or only action under it constitutes the breach of an international obligation. Sufficient relevant *dicta* of the World Court exist to permit the conclusion that the mere existence of such legislation may constitute a sufficiently proximate threat of illegality to establish a claimant's legal interest. » (SCHWARZENBERGER (G.), *International Law - International Law as Applied by International Courts and Tribunal*, vol. I, Londres, Stevens & Sons Limited, 1957, p. 614) Selon M. Dominicé, « (e)n droit international, le fait pour un Etat d'édicter une loi contraire à une obligation internationale qui le lie met en œuvre l'institution de la responsabilité internationale. » (DOMINICE (Ch.), « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 6). Enfin, GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, *op. cit.*, p. 7-8 : « Contrairement à une opinion répandue, ce n'est pas seulement au moment où il est véritablement appliqué que le droit interne peut violer le droit international. Il y a délit international du fait même de la promulgation – ou de la non-promulgation – d'une norme générale, susceptible d'être appliquée directement et causant par là même un dommage. »

⁸⁵² Comme on l'a vu, *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 2, A, l'auteur évoquait le cas d'une norme générale « susceptible d'être appliquée directement » (*ibidem*) autrement dit, croyait-on, une règle immédiatement exécutoire selon notre terminologie. Il n'y faisait toutefois plus référence par la suite, élargissant à toutes les règles juridiques.

⁸⁵³ Ainsi M. Dominicé ajoutait une note à la citation précitée : « (l)e seul fait d'édicter, ou de maintenir en vigueur, une loi contraire à une obligation internationale n'est pas nécessairement, en soi, un fait illicite. Il faut que le comportement de l'Etat transgresse l'obligation qu'il assume. » (DOMINICE (Ch.), « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *op. cit.*, note 11 p. 6, précitée *supra*, introduction de ce titre).

contraire, ou se voir interdit d'adopter la conduite exigée. On s'éloigne ainsi de la logique de l'exigence de conformité, qui se rapprochait d'un *principe de légalité* : une norme était formée sur un modèle, cette identité étant la condition de licéité du comportement normatif de l'Etat. Ici, la logique est tout autre : l'exigence de compatibilité des règles internes tend à permettre la réalisation d'une norme internationale existante, à en prévenir la violation potentielle. L'obligation entrerait alors dans une dimension de *garantie de la légalité future*. On peut alors considérer que cette obligation relative à la compatibilité ne vise pas véritablement l'état des normes d'habilitation internes, mais les règles relatives à leur usage. C'est en effet *l'obligation* d'user d'une certaine habilitation contrairement à une obligation de l'Etat qui révélera une véritable incompatibilité de son droit interne. Dans des cas exceptionnels toutefois, la *permission* d'user d'une règle d'habilitation sera mise en porte-à-faux. On sera alors particulièrement proche d'une obligation relative à la conformité des règles d'habilitation du droit interne. Nous considérerons toutefois qu'il ne s'agit que d'un degré supplémentaire d'exigence de l'obligation de comportement normatif, qui exige cette fois une *pleine compatibilité* du droit interne, mais ne détermine toujours pas en lieu et place de l'Etat le contenu de ses normes d'habilitation. Ce point de vue sera confirmé par le temps et le mode de violation de ces obligations du fait de l'incompatibilité ou de la non-compatibilité des règles internes sur lesquels nous nous pencherons après les avoir précisément identifiées.

§ 2. Identification des obligations de comportement normatif relatives à la compatibilité des règles de droit public

Des obligations de comportement normatif, relatives à la compatibilité des règles internes de droit public, peuvent être aujourd'hui aisément décelées. Un principe général du droit international serait même en germe : l'Etat devrait s'efforcer à ce que son droit interne ne soit pas incompatible avec ses obligations internationales, autrement dit n'interdise pas, en droit interne, leur respect, ou n'oblige pas à leur violation. Cette obligation, expresse dans certains instruments de droit international, pourrait même être stricte (B). Plus délicat serait d'exiger de l'Etat que son droit interne permette en toutes circonstances le respect du droit international. L'obligation cette fois relative à la *pleine compatibilité* de ses règles internes, se rapprocherait de l'exigence précédemment exclue de *conformité* : voici pourquoi nous l'envisagerons en premier lieu. Si on ne peut nier son existence dans certains cas exceptionnels, son intensité ne dépassera jamais, selon nous, celle d'une obligation de s'efforcer (A).

A. Obligations relatives à la pleine compatibilité

Introduction

Un principe non écrit, proche d'une exigence de conformité du droit interne semble être reconnu en droit de la C.E.D.H., non fondé sur une quelconque disposition textuelle (1). Certaines dispositions écrites ont également pu être interprétées comme telles (2). Serait alors interdite non seulement *l'incompatibilité* de règles internes, qui empêchent radicalement la réalisation d'obligations internationales en droit interne, mais aussi la *non-compatibilité* de ces règles, qui en permettraient la violation, ou n'en permettraient pas le respect.

Ceci rappelle fortement le principe de légalité en droit administratif, tel que décrit par Ch. Eisenmann : « (s)elon la notion minimum, la légalité est un rapport de non-contrariété, de non-incompatibilité, ou positivement, de compatibilité. Selon la notion maximum, la légalité est un rapport de conformité. »⁸⁵⁴ Dans le premier cas, l'administration pourrait valablement faire tout ce qui ne lui est pas interdit ; dans le second, elle ne pourrait valablement agir que dans les cas où elle y est autorisée⁸⁵⁵. Pourquoi alors employer cette expression de *pleine compatibilité* et non le terme de *conformité* ? Nous ne préférons pas, et choisissons de limiter son utilisation, dans le cadre de notre thèse, aux cas dans lesquels une conformité *matérielle*, ou *physique* est en cause, comme dans le mécanisme du droit uniforme du droit international privé⁸⁵⁶. Cette *conformité physique* du droit interne aux « lois uniformes » est étrangère à la légalité administrative précédemment décrite, où il n'est jamais question de reproduction, à l'identique, d'un modèle législatif par l'administration, mais de la concrétisation d'une règle abstraite⁸⁵⁷. Elle est également étrangère au rapport entre droit interne et obligation internationale dont il est ici question, car, comme on l'a vu précédemment, le droit international ne fournit pas à l'Etat de modèles de règles d'habilitation de ses propres organes⁸⁵⁸. Voilà pourquoi nous préférons garder le terme de compatibilité, que

⁸⁵⁴ EISENMANN (Ch.), *Le droit administratif et le principe de légalité*, op. cit., p. 30.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 30-31.

⁸⁵⁶ Toujours selon Ch. Eisenmann, la conformité est un rapport de similitude entre deux objets ; cette similitude peut « consister d'abord en une pure et simple reproduction 'trait pour trait' de l'objet A en l'objet B », *ibid.*, p. 30. Il s'agit alors « d'identité foncière, on pourrait dire : d'une conformité matérielle ou physique », *ibid.*, p. 31.

⁸⁵⁷ Ch. Eisenmann affirme ainsi qu'il n'est jamais question de conformité physique dans le principe de légalité administrative mais d'une seconde sorte de conformité, « plus subtile, moins littérale, que l'on pourrait nommer *conformité logique ou rationnelle*. C'est celle qui existe entre un objet (...) et un type idéal, général, abstrait, dont il constitue une réalisation concrète, car il devait être tel pour qui voulait cette réalisation. », *ibid.*, p. 31, nous soulignons.

⁸⁵⁸ Voir *supra*, § 1.

l'on décline en deux degrés d'exigence, afin de mieux différencier la logique du droit uniforme en droit privé de celle ici présente.

Nous examinerons donc la teneur exacte de ces obligations qui tendent à une compatibilité particulièrement poussée des règles internes de droit public avec les obligations internationales de l'Etat. Elles ne sont, à notre sens, relatives qu'à l'état des règles d'usage des normes d'habilitation de droit interne et, quoi qu'il en soit, ne peuvent être analysées que comme des obligations *de s'efforcer*.

1. Obligation tacite relative à la pleine compatibilité des règles internes : le cas du droit de la C.E.D.H.

a. Reconnaissance d'une obligation tacite de comportement normatif

Ainsi qu'on l'a déjà évoqué, la Cour européenne admet que les obligations issues de la C.E.D.H. puissent être violées non seulement par la production de règles immédiatement exécutoires, mais également du fait de règles non immédiatement exécutoires. Pourtant, aucune obligation de comportement normatif n'est inscrite dans la convention de manière claire. Seule clause générale, l'article premier énonce que « (l)es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention. » Dans sa requête introduite dans les années soixante-dix contre le Royaume-Uni, l'Irlande ne contestait pas la violation des droits garantis dans des situations individuelles, mais l'existence de législations britanniques sur l'état d'urgence conférant des pouvoirs discrétionnaires pour le maintien de l'ordre, et qui permettait ainsi des violations des droits protégés. Selon l'Etat requérant, l'existence de ces règles d'habilitations pouvait être tenue pour une violation de l'article 1^{er} de la C.E.D.H., lequel était interprété comme une obligation expresse relative à la pleine compatibilité des règles de droit interne. En effet, dans sa demande,

« la non-reconnaissance par une Haute Partie contractante des droits et libertés définis au Titre I de la Convention constitue une violation de l'article 1^{er} de la Convention lorsque : - les lois en vigueur ne garantissent pas ces droits et libertés ; ou – les lois en vigueur autorisent une violation de ces droits et libertés ; ou – le Gouvernement omet de prendre des mesures efficaces pour empêcher la

répétition de violations de tels droits et libertés par les personnes des actions
desquelles il est responsable. »⁸⁵⁹

Au-delà d'une obligation de s'efforcer, violée au jour de la violation dans une situation individuelle de droits et libertés, cette obligation de comportement normatif devait même être interprétée, selon l'Irlande, comme une obligation *stricte* puisque « le Gouvernement défendeur viole l'article 1^{er} par *le simple fait qu'existent* » les règles en question⁸⁶⁰, et même « lorsqu'il ne se produit aucune violation positive d'un autre article »⁸⁶¹.

La Cour, en réponse à cette demande, refuse de consacrer une obligation supplémentaire issue de l'article 1^{er}, qui délimite uniquement le domaine de la Convention et rappelle son caractère obligatoire⁸⁶². Il n'existe donc aucune obligation expresse de comportement normatif dans la Convention. Pourtant, la Cour admet qu'« une législation entraîne par sa seule existence (un) manquement si elle *introduit, commande* ou *autorise* des mesures incompatibles avec les droits et libertés protégés », autrement dit si elle habilite les organes internes à adopter un comportement opératif en violation de la C.E.D.H., fondant cette affirmation sur les travaux préparatoires de cette dernière⁸⁶³. La Cour s'appuie également sur le caractère non réciproque des obligations de la C.E.D.H., ainsi que sur l'article 33, lequel reconnaît aux Etats un droit d'action dépourvu de toute démonstration d'intérêt pour agir⁸⁶⁴, en respect de la légalité. N'étant pas fondée sur une disposition expresse de la Convention, mais plus largement sur l'économie générale de celle-ci, l'obligation de comportement normatif superposée à l'ensemble des obligations de comportement opératif serait donc un *principe général* du droit européen de la protection des droits de l'homme. Le comportement exigé est normatif : l'Etat doit assurer un certain état de ses règles juridiques internes.

b. Etat des règles internes précisément requis

Cet état n'est pas une stricte identité desdites règles avec les obligations de l'Etat en matière de protection des droits fondamentaux. Les règles juridiques internes devront permettre la réalisation des normes internationales en droit interne : ce rapport relève de la logique de la

⁸⁵⁹ Comm. E.D.H., rapport du 9 février 1976, *Irlande c. Royaume-Uni*, *Ann. Comm. E.D.H.*, 1976, p. 129.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 130.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 131.

⁸⁶² Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *Série A*, n°25, § 238.

⁸⁶³ *Ibid.*, § 240. La Cour renvoie aux travaux préparatoires, Doc. CDH(67) 4. Voir, ainsi : Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 2, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, p. 384, 502 et 703 à 706.

⁸⁶⁴ Voir *infra*, Seconde partie, Titre 2.

compatibilité. Toutefois, cette compatibilité semble à première vue viser l'état des règles d'habilitation en elles-mêmes. Interdire d'introduire, de commander, ou d'autoriser un organe interne à commettre un fait internationalement illicite, voilà qui semble bel et bien interdire l'existence même d'habilitations internes.

La réalité de l'obligation de comportement normatif et son degré d'exigence en droit de la C.E.D.H. sont bien illustrés par la reconnaissance de violations du droit européen du fait de l'existence de « pratiques administratives » de violation des droits humains. Mettre en exergue le caractère répétitif de violations de droits dans des situations individuelles révèle l'interprétation, par la Cour, de la C.E.D.H. telle une convention imposant la pleine compatibilité des règles internes avec les standards de protection des droits fondamentaux. La Cour définit la « pratique administrative » comme « la répétition d'actes interdits par la Convention avec la *tolérance officielle* de l'Etat »⁸⁶⁵ Cette définition apporte la preuve que les pratiques étatiques sont entendues non comme de simples manquements répétés, mais en outre permis par cette « tolérance », norme tacite d'habilitation des organes de l'Etat. Par cette « tolérance », les organes de droit interne se voient ainsi conférer le pouvoir, dans leur ordre juridique, de prendre des mesures contraires à la C.E.D.H. La simple existence de cette règle d'habilitation coutumière, non compatible, en réaliserait un manquement : elle *permet* la violation concrète des droits de l'homme.

On met aussitôt le doigt sur la spécificité de l'état des règles juridiques internes de droit public requis par les obligations de comportement normatif y relatives. Elles peuvent exiger de l'Etat la *compatibilité* de ses règles internes, cas que nous examinerons prochainement⁸⁶⁶ ; elle peut, comme ici, exceptionnellement exiger une *pleine compatibilité*. Les règles internes devraient permettre le respect des obligations internationales déjà à la charge de l'Etat, ou ne pas permettre la violation de ces dernières. Toutefois, bien qu'ici très exigeante, l'obligation de comportement normatif laisse toujours, à notre sens, l'Etat libre de la détermination de ses normes d'habilitations, lui préservant sa faculté de choix : celle d'opter pour la modification des règles relatives à leur usage. Voici ce qui distingue, dans notre raisonnement, la logique de la compatibilité de celle de conformité. Développons ces propos.

⁸⁶⁵ Cour E.D.H., arrêt du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Rec., 2001-IV, § 99, nous soulignons. Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la définition d'une « pratique » ne comprenait pas encore de dimension « habilitante » : « Une pratique incompatible avec la Convention consiste en une accumulation de manquements de nature identique ou analogue, assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés, ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système » (Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., § 159). L'expression de « tolérance officielle » sera constamment reprise par la suite ; voir, pour un exemple récent, Cour E.D.H. arrêt du 27 octobre 2009, *Pandjikidze et autres c. Georgie*, req. 30323/02, § 77.

⁸⁶⁶ Voir *infra*, B.

Obligation de comportement normatif global

Dans les deux cas, l'obligation de comportement normatif est une obligation de comportement *global* : l'Etat n'est pas obligé de produire un acte juridique déterminé, et rendra son droit interne pleinement compatible avec ses obligations internationales en fonction de l'état initial de ses règles. Ce caractère global de l'obligation est encore plus clair ici, puisque l'Etat ne doit assurer qu'une *coordination* entre son ordre interne et ses obligations internationales, et non la *reproduction d'un modèle* internationalement défini. Ainsi, il demeurerait libre de modifier la règle d'habilitation en elle-même, ou bien la règle d'usage de celle-ci : un choix s'offre à lui. Ainsi, lorsque l'obligation de comportement normatif, comme ici en droit de la C.E.D.H., interdit à l'Etat de permettre la violation du droit international, elle ne viserait pas exclusivement l'existence même d'une norme d'habilitation. L'Etat aurait ainsi pu satisfaire à son obligation internationale si l'organe se voyait interdit d'user de son habilitation de manière contraire aux engagements internationaux de l'Etat. Une telle interprétation est toutefois fort délicate lorsque l'Etat est positivement obligé de permettre, en droit interne, le respect de ses obligations internationales.

En droit de la C.E.D.H., il n'est toutefois jamais question de la pure existence de normes d'habilitations. Ainsi, la Cour s'est refusée à consacrer une obligation de création de juridiction, et encore moins d'un second degré de juridiction. L'article 13, qui oblige les Etats membres à offrir aux victimes d'une violation de la convention un droit de recours effectif, ne joue que dans la limite de l'organisation juridictionnelle existante de l'Etat⁸⁶⁷. La Cour n'a, de même, jamais interprété l'article 3 du Protocole n°1, qui dispose pourtant que « (l)es Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. », comme une obligation d'organiser les élections d'un corps représentatif. L'existence d'une telle constitution démocratique est liée à la qualité d'Etat partie du Conseil de l'Europe ; la C.E.D.H. conclue sous son égide n'impose aucunement aux Etats d'obligations y relatives, et cet article doit simplement être lu comme la garantie d'un droit de vote reconnu de

⁸⁶⁷ Comm. E.D.H., décision du 6 février 1969, *Société X., W., Z c. Allemagne*, Rec. vol. 29, p. 1-14, p.13. Ainsi, l'Etat n'est pas obligé de fournir un recours suite aux décisions de ses juridictions suprêmes : Comm. E.D.H., décision du 18 décembre 1980, *Crociani, Palmiotti, Tanassi, Lefebvre d'Ovidio c. Italie*, D.R., n° 22, p. 147. Voir par exemple ces principes affirmés par la Cour : Cour E.D.H., arrêts du 18 décembre 1996, *Valsamis c. Grèce et Efstathiou c. Grèce*, Rec. 1996-VI et respectivement § 48 et 49. La théorie des « obligations positive », par laquelle la Cour exige de l'Etat de permettre en droit interne le respect des droits fondamentaux, est ancrée dans la logique du droit uniforme *privé*. Elle a ainsi pu imposer la production d'habilitations *du sujet interne* à ester en justice lorsque, par son statut, celui-ci en était rendu incapable (Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas, préc.*) mais pas la création d'habilitations des organes de l'Etat.

manière non discriminatoire aux citoyens. La Cour elle-même « rappelle que les droits consacrés par l'article 3 du Protocole n° 1 ne sont pas absolus mais sujets à restrictions. Les Etats contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation pour entourer le droit de vote de conditions »⁸⁶⁸. Les exigences européennes se limitent donc à garantir que ces conditions ne réduisent pas le droit de vote au point de l'atteindre dans sa substance et de lui faire perdre de son effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime, par des moyens proportionnés. Ces conditions ne doivent pas, en particulier, contrecarrer « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif »⁸⁶⁹.

Que l'Etat reste libre signifie également qu'il peut tant choisir de modifier l'usage des habilitations de ses organes, que, volontairement, de rendre ces règles d'habilitations compatibles avec ses obligations internationales. Cela est clairement affirmé par la Cour qui, dans le cadre de l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, dans un raisonnement tenu à propos de règles de droit public, considère que « l'absence d'une législation qui prohibe explicitement telle ou telle violation (...) ne suffit pas à établir un manquement car semblable prohibition ne constitue pas l'unique moyen d'assurer la jouissance des droits et libertés garantis. »⁸⁷⁰ Par l'obligation de comportement normatif relative à la pleine compatibilité des règles de droit public, aucune limitation n'est portée au pouvoir constituant de l'Etat.

Obligation de s'efforcer

De plus, l'obligation tacite de comportement normatif ici dégagée n'est en aucun cas une obligation *stricte*, mais seulement une obligation de s'efforcer en ce sens. Son comportement normatif n'est qu'un moyen par lequel l'Etat s'efforce de prévenir la violation de ses obligations de comportement normatif. Cela est particulièrement évident dans le cadre de l'interdiction de « pratiques administratives » de violation des droits fondamentaux : la non-compatibilité d'une règle interne, qui plus est non écrite, n'est révélée que par la pratique, opérative, des organes de l'Etat. Plus généralement, la compatibilité des règles juridiques internes ne peut être mise en doute *in abstracto* si elles n'orientent pas de manière claire et précise le comportement des organes internes vers une violation des obligations de l'Etat, autrement dit si elles ne sont pas *incompatibles*.

⁸⁶⁸ Cour E.D.H., arrêt du 18 février 1999, *Matthens c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 63.

⁸⁶⁹ Cour E.D.H., arrêt du 2 mars 1987, *Mathieu-Mobin et Clerfayt c. Belgique*, *Série A*, n°113, p. 23, § 52.

⁸⁷⁰ Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *préc.*, § 240, p. 91.

En deçà, dans le cas d'une *non-compatibilité*, la Cour doit « statuer en fonction de la manière dont l'Etat défendeur interprète et applique *in concreto* le ou les textes incriminés »⁸⁷¹.

On le voit : l'obligation tend davantage à prévenir une violation concrète des droits qu'à imposer aux Etats la pleine compatibilité de leur droit interne, dans l'abstrait, autrement dit de manière stricte. Loin d'une volonté de fédéralisation des Etats autour du Conseil de l'Europe, cette interprétation de la C.E.D.H. intègre davantage une recherche de garanties supplémentaires du respect futur des droits fondamentaux. Le droit européen des droits de l'homme ne s'extrait pas non plus du droit de la responsabilité classique, intégrant une forme de « responsabilité pour risque »⁸⁷². Il érige, parmi les obligations primaires à la charge des Etats, un principe général exigeant d'eux la prévention de violations qui leur seraient imputables. Le mécanisme du « droit uniforme » joue donc une fonction de garantie et ne peut être interprété autrement que comme une obligation de s'efforcer. La procédure de contrôle périodique du respect des obligations de la C.E.D.H. le confirme : le Comité des Ministres en charge de cette tâche est « (c)onvaincu que la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec la Convention est nécessaire afin de contribuer à *prévenir des violations* des droits de l'homme » et non à révéler des violations déjà survenues⁸⁷³.

Exceptionnellement, certaines dispositions semblent expressément obliger l'Etat à assurer la pleine compatibilité de ses règles internes avec ses obligations de comportement opératif. Examinons si leur teneur est identique à l'obligation tacite que nous venons d'identifier.

2. Obligations expresses relatives à la pleine compatibilité des règles internes

Certaines clauses conventionnelles ont pu être interprétées comme des obligations de comportement normatif, exigeant davantage que la simple compatibilité des règles internes. Par interprétation littérale de dispositions particulières, claires en ce sens (a), ou bien extensive de dispositions générales (b), on considère donc que l'Etat se voit expressément obligé à la pleine compatibilité de ses règles internes avec certaines de ses obligations de comportement opératif.

⁸⁷¹ *Ibidem*.

⁸⁷² Hypothèse envisagée *supra*, Chapitre 1, Section 2.

⁸⁷³ Comité des Ministres, recommandation du 12 mai 2004, *Vérification de la compatibilité des projets de lois, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les standards fixés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Rec., 2004, ici al. 8, nous soulignons. L.-A. Sicilianos corrobore ces propos : pour lui, la « vérification de la compatibilité des lois et procédures administratives avec la C.E.D.H. » a un caractère « essentiellement préventif » (SICILIANOS (L.-A.), « La réforme de la réforme du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.*, 2003, p. 611-640, ici p. 614.

a. Clauses générales

(i) Clauses de compatibilité en droit international général

De nombreuses conventions contiennent ce qui est fréquemment appelé une « clause de conformité » – que nous préférons nommer *clause de compatibilité*. Ainsi, l'article 18 de la Convention VI de Lausanne de 1923 sur l'échange des populations turques et grecques, que la Cour Permanente a eu l'occasion d'interpréter dans son avis du même nom⁸⁷⁴, dispose que « (l)es Hautes Parties contractantes s'engagent à apporter à leurs législations respectives les modifications qui seraient nécessaires pour assurer l'exécution de la présente Convention. » Une telle clause peut se lire de diverses façons, selon la « législation » en cause. Assertion évidente et surabondante si le maintien de lois internes immédiatement exécutoires constitue en lui-même le comportement contraire aux obligations de comportement opératif de la convention, elle pourrait également être interprétée comme l'énoncé d'une obligation supplémentaire requérant spécifiquement des Etats une adaptation de leur droit public interne. Plus encore, elle semble exiger de l'Etat que son droit interne permette, en toutes circonstances, la réalisation de ses obligations internationales : elle pourrait donc être interprétée comme une obligation relative à la *pleine compatibilité* de ses règles. La Cour ne semble pas partager cette opinion, considérant que « cette clause ne fait que mettre en relief un principe allant de soi, d'après lequel un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris »⁸⁷⁵. La présence d'une telle disposition ne s'explique que par la « nature spéciale de la Convention pour l'échange des populations grecques et turques, touchant de très près à des matières qui sont réglées par les législations nationales »⁸⁷⁶. Il n'en demeure pas moins qu'aucune obligation supplémentaire ne naît à la charge des Etats, qu'elle soit une obligation relative à la compatibilité des règles internes ou, *a fortiori*, à sa *pleine compatibilité*.

Une telle interprétation a pu être évoquée, en dehors du droit international général.

⁸⁷⁴ C.P.J.I., avis du 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, préc.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 20.

⁸⁷⁶ *Ibidem*.

(ii) Clauses de stabilisation des contrats d'Etat

C'est le cas, premièrement, des clauses de stabilisation insérées aux contrats d'Etat conclus avec des investisseurs étrangers, par lesquelles l'Etat s'engage envers un investisseur à « 'geler' la législation nationale du pays hôte dans l'état où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de limiter l'exercice par l'Etat de sa compétence législative »⁸⁷⁷. Ces clauses contractuelles ne peuvent toutefois être entendues, en première lecture, comme des obligations de comportement normatif. Certes, on a pu parler à leur propos d'une « neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat » ; mais cette expression signifie simplement, dans ce contexte, que le contrat ne sera plus soumis au droit interne⁸⁷⁸. Ainsi, les clauses de stabilisation constituent un indice de l'internationalisation de contrats d'Etat⁸⁷⁹ : l'Etat s'engage, par une forme de promesse unilatérale, en droit international, lequel primera sur le sien propre⁸⁸⁰. « Renonciation effective et valable de l'Etat à exercer certains attributs de sa souveraineté pour certains, ces stipulations ne sauraient, pour d'autres, avoir la moindre portée juridique, l'Etat ne pouvant jamais renoncer à l'exercice de sa souveraineté » énonçait le professeur Weil⁸⁸¹. Le débat, à notre sens, ne doit pas se placer sur la question de la production de normes qui remettraient immédiatement en cause les droits de l'investisseur, telles des mesures d'expropriation ou de nationalisation⁸⁸². A cela, l'Etat s'y est certainement engagé, limitant sa compétence sans qu'on y voit d'obstacle⁸⁸³. Il n'aura alors plus le droit de produire des actes immédiatement exécutoires contraires à cet engagement. L'intérêt de la clause de stabilisation est ici, certainement, d'étendre la protection de l'investisseur à des mesures extracontractuelles, et notamment à des mesures législatives telles que la nationalisation, la taxation, la modification du régime fiscal⁸⁸⁴ : autant de règles qui ne laissent aucun pouvoir discrétionnaire à l'organe chargé de leur application, et qui heurteront ainsi immédiatement l'investisseur. Leur production sera susceptible de donner lieu à un fait internationalement illicite,

⁸⁷⁷ WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *La Communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, XXVIII-346 p., p. 301-328, ici p. 307-308.

⁸⁷⁸ MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *op. cit.*, spéc. p. 34-35.

⁸⁷⁹ WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *ibid.*

⁸⁸⁰ En ce sens, COHEN-JONATHAN (G.), *Les concessions en droit international public*, Thèse, Paris, 1966, p. 214 ; MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *op. cit.*

⁸⁸¹ WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *op. cit.*, p. 312.

⁸⁸² Voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 2.

⁸⁸³ Si ce n'est la forme de l'engagement en question, qui apparaît comme pris envers un sujet interne. Mais cet obstacle peut être levé si l'on admet que l'Etat puisse s'engager à fournir une telle protection par promesse unilatérale.

⁸⁸⁴ En ce sens, MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *op. cit.*, p. 41.

en violation des obligations de comportement opératif de l'Etat. On le comprend : jusqu'ici, rien de plus que la clause précitée dans l'affaire des *Echanges entre populations* portée devant la C.I.J.

Au-delà, la clause pourrait-elle signifier de la part de l'Etat un engagement relatif à l'état de ses règles internes non immédiatement exécutoires, entourant le contrat ? L'Etat s'obligerait ainsi à disposer d'un droit qui lui permette de respecter pleinement ses obligations. Serait interdite non seulement la production d'une loi de nationalisation contraire aux droits de l'investisseur, mais également l'existence de toute habilitation constitutionnelle en ce sens. On l'a vu : c'est certainement cela que R.J. Dupuy a nettement rejeté dans la sentence *Texaco*⁸⁸⁵, et c'est cela qui constituerait, en effet, une véritable renonciation de l'Etat contractant à sa souveraineté. Nous verrons bientôt qu'elles doivent essentiellement être comprises comme des obligations relatives à la simple compatibilité du droit interne. C'est le cas de l'ensemble des clauses générales qui semblent porter sur l'état des règles internes.

(iii) Article XVI. 4 de l'Accord instituant l'O.M.C.

L'interprétation de l'article XVI. 4 de l'Accord instituant l'O.M.C. va dans le même sens. Il énonce que « (c)haque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe. »⁸⁸⁶ Cette clause ne peut être interprétée de manière indépendante : elle ne prescrit elle-même aucun comportement opératif et doit nécessairement être lue de concert avec les obligations relatives aux situations individuelles du droit de l'O.M.C. Superposée à ces dernières, elle joue à la manière d'une obligation de comportement normatif. L'O.R.D. l'a très clairement affirmé : « (l)'article XVI. 4, bien qu'il n'élargisse pas la portée des obligations de fond faites dans les accords de l'O.M.C., élargit le type de mesures visées par ces obligations »⁸⁸⁷. L'O.R.D. poursuit en remarquant que cet article va plus loin que l'article 27 de la Convention de Vienne, lequel interdit simplement d'invoquer un conflit avec le droit interne pour justifier des violations du droit international. Au-delà, l'article XVI. 4 « oblige effectivement les Membres de

⁸⁸⁵ Sentence du 19 janvier 1977, *Texaco Calasiatic c. Gouvernement de la République arabe de Lybie*, J.D.I., 1977, p. 350 et s.

⁸⁸⁶ Accord instituant l'O.M.C., Marrakech, 15 avril 1994, *Rec. Traités N.U.*, 1995, vol. 1867, n°31874, p. 175.

⁸⁸⁷ Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, précité, § 7.41.

l'O.M.C. à garantir la conformité de leur droit interne avec leurs obligations au regard de l'O.M.C. »⁸⁸⁸.

Superposée à des obligations de comportement opératif à la charge de l'Etat, et non à des « lois uniformes » de droit privé, l'obligation ne peut toutefois être véritablement relative à la *conformité* des règles de droit interne, mais tout au plus, selon les objections que l'on a précédemment soulevées, à leur *pleine compatibilité*. L'Etat devrait ainsi faire en sorte que ses règles internes permettent la réalisation de ses obligations de droit international économique dans son ordre juridique, ou bien n'en permettent aucune violation. Prenons l'exemple de la règle du traitement national, article III du GATT : l'Etat ne serait plus seulement tenu de ne pas imposer de taxes discriminant les produits importés par rapport aux produits nationaux similaires, mais devrait également assurer que ses organes ne soient pas habilités, ou ne puissent user de leur habilitation, de façon à discriminer des produits importés. L'obligation serait même *stricte*, ainsi que l'affirme Y. Nouvel, dans la mesure où « le Membre est tenu de faire disparaître le conflit entre son droit interne et les obligations au titre de l'O.M.C. (...) *avant que le conflit ne se manifeste*. »⁸⁸⁹ L'Etat serait obligé de rendre ses règles internes pleinement compatibles, non seulement dans le but de garantir le respect futur de ses obligations, dont la violation serait un « événement » à prévenir. Au-delà, l'obligation viserait le comportement normatif de l'Etat *in abstracto*⁸⁹⁰.

Nous n'adhérons toutefois pas à ces propos, tant que la *pleine compatibilité* des règles internes est en cause. En effet, l'article XVI. 4 énonce bien une obligation de comportement normatif, interprétée comme stricte par l'O.R.D. Toutefois, il n'exige pas, à notre sens, davantage qu'une simple compatibilité du droit interne, comme nous le verrons dans un instant. C'est en effet exclusivement sur l'ambiguë décision de l'O.R.D. dans l'affaire dite de la *Section 301* que se fonde l'interprétation particulièrement extensive de cet article, selon laquelle l'Etat ne pourrait permettre à ses organes internes un fait internationalement illicite potentiel. Les Etats-Unis, défendeurs en l'espèce, habilitaient le pouvoir exécutif à prendre des contre-mesures unilatérales en matière commerciale, sans passer par le mécanisme multilatéral d'autorisation des représailles

⁸⁸⁸ *Ibidem*, § 7.41 note 652. Sur cette question, voir NOUVEL (Y.), « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'O.M.C. », *A.F.D.I.*, 2003, p. 657-674., et LESAFFRE (H.), *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, 614 p., p. 40 et s.

⁸⁸⁹ NOUVEL (Y.), « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'O.M.C. », *op. cit.*, p. 661-662.

⁸⁹⁰ « Avant que l'accomplissement d'une obligation ne bute sur le droit interne, l'article XVI. 4 rend la mise en conformité obligatoire en droit international. La non-conformité du droit interne est non seulement insusceptible d'être invoquée pour justifier une méconnaissance de ses engagements, mais elle constitue *per se* un fait internationalement illicite. » *Ibidem*.

de l'O.M.C. L'adoption d'une telle mesure aurait été tenue pour une violation de l'obligation de l'Etat de se soumettre préalablement à ce mécanisme, obligation de comportement opératif⁸⁹¹. Rejetant toute distinction entre loi impérative et loi dispositive⁸⁹², le groupe spécial s'est ici placé dans une logique de contrôle du respect de l'obligation de comportement normatif issue de l'article XVI. 4 de l'Accord instituant l'O.M.C., l'analysant telle une obligation *stricte* relative à la pleine compatibilité du droit interne. Avant toute mesure unilatérale, l'existence de la règle américaine d'habilitation pouvait d'ores et déjà être considérée comme une violation du droit de l'O.M.C., en ce qu'elle *permettait* une action contraire à ses obligations de comportement opératif⁸⁹³. Cette jurisprudence pourrait-elle se généraliser ? Nous ne le pensons pas. Il est en effet important de noter qu'exceptionnellement, l'obligation de comportement opératif avec laquelle le droit interne doit être compatible ne vise pas la réalisation d'une situation individuelle dans l'ordre juridique interne, mais *interétatique* – l'interdiction de recourir, à l'encontre d'un autre Etat, à des contre-mesures unilatérales. La loi américaine, acte purement interne, est quasiment entendue telle une prétention, dans l'ordre juridique international. Les Etats-Unis préserveraient par-là leur liberté dans l'adoption de contre-mesures. L'O.R.D., davantage qu'une pleine compatibilité du droit interne américain, tendait peut-être simplement à repousser cette prétention, et imposer une interprétation différente du Mémoire d'accord sur le règlement des différends⁸⁹⁴. Relativement à la réalisation d'obligations dans l'ordre juridique interne, l'Etat

⁸⁹¹ L'article 23 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends dispose en effet que « (l)orsque les Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, (...) ils *auront recours et se conformeront* aux règles et procédures du présent mémoire d'accord. », (Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay, Marrakech, 15 avril 1994, <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>, annexe 2, nous soulignons.) Ces termes ont été interprétés comme imposant le recours à ce mécanisme multilatéral, et interdisant toute mesure unilatérale préalable.

⁸⁹² Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, préc. La loi américaine prescrit, dans certains cas, l'établissement unilatéral d'un manquement au droit de l'O.M.C. avant l'épuisement des procédures de l'O.R.D. et donne alors pouvoir au Représentant des Etats-Unis au commerce international d'établir cette déclaration unilatérale d'incompatibilité, autorisant des contre-mesures. Son pouvoir est donc discrétionnaire. Le groupe spécial rejette donc la distinction classique, § 7.53, considérant désormais que l'existence de toute règle interne, y compris « dispositive », peut être tenue pour un manquement au droit de l'O.M.C. La question de ce rejet définitif de la distinction, soulevée par le Japon dans l'affaire *Loi antidumping de 1916*, sera toutefois éludée par l'organe d'appel un an plus tard (Organe d'appel, rapport du 28 août 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, préc., § 99)

⁸⁹³ Le groupe spécial affirme en effet évaluer la conformité de la loi américaine par rapport à l'article 23 du Mémoire d'accord (Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310...préc.*, § 7.40) et affirme : « (d)e manière générale, il ressort on ne peut plus clairement de l'acquis du GATT, tel qu'il a été confirmé par l'article XVI :4 de l'Accord sur l'O.M.C. et des rapports récents de groupes spéciaux de l'O.M.C., qu'une loi en tant que telle, *indépendamment de son application dans des cas particuliers*, peut constituer un manquement aux obligations au regard du GATT/de l'O.M.C. », *ibid.*, § 7.41, nous soulignons.

⁸⁹⁴ La démonstration n'est toutefois pas claire, puisque la loi est interprétée par le Groupe spécial non comme une déclaration internationale mais comme pesant sur les opérateurs commerciaux, sujets internes (*Ibid.*, § 7.73-7.78). La loi modifierait leurs comportements, et nuirait ainsi à la prévisibilité du système. On touche ici à la complexité du droit de l'O.M.C., lequel a pour objet les sujets internes qui seraient victimes d'une éventuelle suspension de concession de leur Etat national, alors même que l'obligation est strictement interétatique. Le groupe

ne s'oblige à assurer davantage que la compatibilité de son droit interne ; s'il s'engage, exceptionnellement, à le rendre pleinement compatible à ses obligations, ce n'est que dans une perspective de prévention des violations futures, à la manière d'une obligation de s'efforcer.

(iv) Article 2 de la C.A.D.H.

La jurisprudence de la Cour interaméricaine a pu révéler, en quelques occasions, l'interprétation de l'article 2 de la Convention de San José telle une obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes. Ledit article énonce en effet que les Etats s'engagent « à adopter (...) les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet auxdits droits et libertés »⁸⁹⁵. L'article impliquerait alors que les Etats sont obligés de disposer de normes visant spécifiquement à renforcer la protection des droits de la Convention⁸⁹⁶. Deux réserves doivent toutefois être émises. Tout d'abord, il est souvent fait référence, par la Cour elle-même, au principe de *droit coutumier* selon lequel les Etats devraient adapter leur droit interne afin d'assurer le respect de leurs obligations découlant du traité⁸⁹⁷, qui recevrait alors la même analyse que celle donnée précédemment à une clause de compatibilité en droit international général. Ensuite, il est précisé dans l'article 2 lui-même que ces mesures propres à garantir le respect des droits individuels que les Etats s'engagent à adopter seront « en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles ». Ainsi ils ne s'obligeraient pas à limiter leur pouvoir normatif *constituant*. La conformité des règles d'habilitations internes n'est donc pas en question, et on peut même douter qu'il soit véritablement requis de l'Etat une *pleine compatibilité* de ces dernières⁸⁹⁸. C'est uniquement sous l'influence du juge Cançado Trindade, nommé en 1997 président de la Cour, qu'une telle obligation a été affirmée. Fervent défenseur d'un principe de droit conforme attaché à toute

spécial a d'ailleurs parlé de « principe d'effet indirect » des obligations, *ibid.*, § 7.78. Pour cela, il a raisonné en termes d'obligation relative à la *pleine* compatibilité du droit interne.

⁸⁹⁵ C.A.D.H., préc. art. 2. Voir l'interprétation de cet article par M. Hennebel, qui y voit davantage que la simple « clause de compatibilité » de droit international général, fondant son analyse sur la présence, en outre, d'une obligation qui vise à respecter et garantir les droits de l'homme. L'article 2, pour lui donner un effet utile, va ainsi plus loin que l'énoncé du principe *Pacta sunt servanda*, et à la fois n'impose pas seulement d'adapter son droit interne mais aussi de respecter effectivement les droits de l'homme. Cette interprétation vaut, évidemment, pour l'ensemble des « clauses de compatibilité » HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 367-377 et plus spéc. p. 370.)

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 369.

⁸⁹⁷ Voir notamment C.I.A.D.H., arrêt du 2 septembre 2004, *Caso 'Instituto de Reeducacion del Menor' c. Paraguay*, *Série C*, n° 112, § 205.

⁸⁹⁸ Voir par exemple l'arrêt *Caballero Delgado et Santana*, dans lequel la Cour a reconnu une violation des droits individuels, tout en considérant qu'en l'espèce la Colombie n'avait pas manqué à son obligation relative à la compatibilité de son droit interne (C.I.A.D.H., arrêt du 8 décembre 1995, *Caballero Delgado et Santana c. Colombie*, *Série C*, n°22, § 62.). Voir en ce sens GROS ESPIELL (H.), « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative », *R.C.A.D.I.*, 1989-VI, vol. 218, p. 232-234.

obligation de protection des droits fondamentaux⁸⁹⁹, le juge est ainsi parvenu, en s'appuyant sur l'article 2 de la C.A.D.H., à faire reconnaître une obligation *stricte* au moins dans le sens d'une pleine compatibilité, imposant ainsi un point de vue marginal dans les décisions d'une juridiction internationale⁹⁰⁰. Il affirme toutefois se placer dans une démarche de développement du droit international, et non de consolidation de règles d'interprétation bien établies. Ce type d'obligation n'est en outre pas clairement affirmé comme une obligation primaire, mais davantage au niveau des obligations secondaires à la charge de l'Etat⁹⁰¹. Enfin, la Cour de San José ne jugeant en pratique que des cas de violations massives, et très concrètes, des droits de l'homme, il sera de toute façon extrêmement difficile de démontrer ce caractère strict, autrement dit la possibilité de reconnaissance d'une violation du seul fait de la non-compatibilité de son droit interne *in abstracto*, sans que s'y ajoute une quelconque application⁹⁰².

On le voit : interpréter une disposition générale dont l'objet semble être le comportement normatif de l'Etat, comme une obligation relative à la *pleine compatibilité* des règles internes de ce dernier, relève d'une démarche extensive de l'engagement de l'Etat. Dans certains cas en revanche, on relève des clauses spéciales, beaucoup plus claires en ce sens. Elles demeurent parfaitement exceptionnelles, mais méritent toute notre attention.

b. Clauses spéciales

Contre-exemple d'une obligation réciproque relative à l'abrogation d'une règle d'habilitation déterminée

Dans le cadre de l'affaire des *Pêcheries*, dans laquelle le Canada s'opposait aux Communautés européennes en raison de l'exercice de sa compétence sur des navires espagnols et portugais en haute mer, un accord sur les pêches a été conclu⁹⁰³. Le Canada s'engageait à abroger

⁸⁹⁹ Dans son opinion dissidente sous l'arrêt en réparation, il estimait que la Cour aurait dû examiner précisément le droit colombien pour déterminer d'où provenait la violation dans le cas individuel (C.I.A.D.H., arrêt du 29 janvier 1997,

⁹⁰⁰ C.I.A.D.H., arrêt du 12 novembre 1997, *Suarez Rosero c. Equateur*, Série C, n°35, et l'opinion individuelle du juge Cançado Trindade. Entre autres, ensuite : Cour I.A.D.H., arrêt du 16 août 2000, *Durand and Ugarte*, Série C, n°68, § 85.

⁹⁰¹ Voir les arrêts C.I.A.D.H., arrêt du 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine et Benjamin c. Trinité et Tobago*, Série C, n°94 et C.I.A.D.H., arrêt du 11 mars 2005, *Caesar c. Trinidad et Tobago*, Série C, n° 123, et *infra*, Seconde Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

⁹⁰² Par exemple, voir les deux arrêts précités. Ce sera, on le verra, davantage le rôle de la Commission dans le cadre de sa compétence consultative que d'opérer un tel contrôle, qui, bien entendu, ne viendra pas reconnaître la responsabilité de l'Etat. Voir *infra*, Seconde Partie, Titre 2, Chapitre 2. L'obligation relative à la pleine compatibilité du droit interne est non-compatibilité du droit interne est, en outre, essentiellement reconnue

⁹⁰³ Accord entre la Communauté européenne et le Canada sur les pêches dans le contexte de la convention OPANO, constitué sous forme d'un contre-rendu concerté et ses annexes, Bruxelles, 20 avril 1995, extraits dans C.I.J., arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries*, préc., § 21, p. 444-445.

les règles internes existantes, assujettissant les navires espagnols et portugais à sa législation⁹⁰⁴. De prime abord, cette clause semble avoir pour objet la prévention de nouvelles violations des règles sur la compétence internationale. L'Etat serait donc obligé de ne plus permettre à ses organes d'exercer leur compétence sur des navires européens. Toutefois, l'obligation va plus loin, en mentionnant précisément le comportement à adopter, et visant la règle d'habilitation en elle-même, dont le champ d'application devra être réduit. Elle tend vers l'exigence d'une *conformité* du droit interne canadien aux règles internationales de compétence, rencontrant alors les objections que l'on a précédemment soulevées. De plus, cette obligation est envisagée de manière *stricte* : serait considérée comme un manquement à cet accord « toute réintroduction des navires d'un des Etats membres de la Communauté européenne dans des lois assujettissant à la juridiction canadienne les navires en haute mer »⁹⁰⁵. Toutefois, il ne semble nullement que le Canada se voie limité dans son pouvoir normatif constituant. Il ne nous semble même pas que l'on peut voir ici une véritable obligation de comportement normatif. Premièrement, les Etats rejettent expressément toute recherche de conformité ou de compatibilité à un quelconque modèle ou avec une quelconque obligation de comportement⁹⁰⁶. L'obligation est ainsi parfaitement indépendante. Deuxièmement, cet engagement du Canada intervient dans le cadre d'un instrument bilatéral et réciproque. L'obligation ne sera ainsi respectée qu'à la condition que la Communauté fasse, de son côté, respecter à ses navires les réglementations de pêche de l'OPANO. Il est en effet commun à toutes les obligations de comportement normatif rencontrées jusqu'à présent de ne pas répondre à une réciprocité bilatérale, faute de quoi leur respect serait contingent, alors qu'elle vise au contraire un état, durable, des règles internes, dans le but d'accroître la sécurité juridique. Enfin, l'accord est ici très limité dans le temps, puisqu'il cesse d'être applicable quelques mois après sa signature⁹⁰⁷ ce qui met véritablement en doute sa faculté à régir le comportement normatif de l'Etat de manière, encore une fois, durable. Bien davantage, cet engagement pourrait être pris comme un gage de bonne foi de la part du Canada,

⁹⁰⁴ Le Canada prenait en effet l'engagement « [d']abroge[r] les dispositions du règlement du 3 mars 1995 pris en application de la loi sur la protection de la pêche côtière, assujettissant les navires espagnols et portugais à certaines dispositions de la loi et interdisant à ces navires de pêcher le flétan noir dans la zone de réglementation de l'OPANO », *ibid.*, p. 445.

⁹⁰⁵ *Ibidem.*

⁹⁰⁶ Le compte-rendu énonce en effet que « (l) a Communauté européenne et le Canada maintiennent leurs positions respectives sur la conformité de l'amendement de la loi canadienne sur la protection de la pêche côtière du 25 mai 1994, et des règlements suivants, avec le droit coutumier international et la convention OPANO. », preuve de l'absence d'accord sur un modèle ou une obligation auquel se superposerait une éventuelle obligation de comportement normatif.

⁹⁰⁷ Le compte-rendu cessera en effet d'être applicable au 31 décembre 1995 au plus tard, *ibid.*

s'obligeant à ne plus exercer sa compétence sur les navires espagnols et portugais dans l'attente de nouvelles règles émises par l'OPANO⁹⁰⁸.

Cas exceptionnel d'une obligation relative à l'organisation des pouvoirs internes

La Convention n°81 sur l'inspection du travail concernant l'industrie et le commerce conclue sous l'égide de l'O.I.T. énonce, article 4, que « l'Inspection du travail sera placée sous la surveillance et le contrôle d'une autorité centrale ». Cette disposition semble clairement imposer une obligation de comportement normatif, relative à la répartition interne des pouvoirs. Elle n'exige toutefois pas une véritable conformité des règles internes d'habilitations, mais tout au plus leur pleine compatibilité avec l'obligation sous-jacente : que l'inspection du travail soit opérée de manière uniforme et non discriminatoire sur l'ensemble du territoire des Etats parties. Elle est en effet uniquement imposée dans la mesure où « cela sera compatible avec la pratique administrative du Membre ». Il semblerait qu'un comité tripartite de l'O.I.T. ait pourtant considéré la Grèce en violation de son obligation du fait de la décentralisation de son organisation interne⁹⁰⁹, considérant ainsi que l'obligation gèle l'organisation de l'inspection du travail au jour de la ratification. Toutefois, il ne semble pas que l'on puisse tenir la seule existence de règles de décentralisation pour la violation du droit du travail en l'espèce. En effet, le gouvernement grec aurait certainement pu, comme l'en laissait libre la convention, souhaiter une décentralisation plus poussée de son organisation interne tout en préservant l'uniformité requise de l'inspection du travail sur son territoire. C'est notamment ce qui se dégage des rapports du comité rendus à l'égard de la France, laquelle a ratifié la convention sur l'inspection du travail en 1950, puis procédé à une décentralisation poussée de son organisation interne. Celle-ci laisse une large part à l'inspection du travail par les territoires, de manière indépendante. Mais l'uniformité des règles du travail sur de grands principes est assurée par la métropole. La France ne s'est ainsi vue déclarée en violation de ses obligations relatives à cette même convention sur l'inspection du travail que relativement à un cas précis de discrimination entre normes applicables en métropole et normes applicables en Polynésie française, sans que soit remise en cause l'organisation même de l'inspection qui détermine et applique les règles en question⁹¹⁰. Les services d'inspection du

⁹⁰⁸ On rappelle en effet que le Canada s'estimait fondé à exercer sa compétence sur des navires étrangers en haute mer, car estimait y être autorisé par la Convention de l'OPANO. Au contraire, la Communauté européenne considérait évidemment que seul le droit coutumier relatif à la compétence internationale de l'Etat s'appliquait en l'espèce, et interdisait à un Etat d'arraisonner en haute mer un navire avec lequel il n'avait aucun lien de rattachement. La Cour, incompétente en l'espèce, n'a pu trancher cette question.

⁹⁰⁹ Comité tripartite de l'O.I.T., rapport de 1995, *Réclamation alléguant l'inexécution par la Grèce de la convention concernant l'inspection du travail (Fédération des associations des fonctionnaires du ministère du Travail de Grèce), (1947, n°81)*, <www.ilo.org/ilolex>.

⁹¹⁰ Comité tripartite de l'O.I.T., rapport de 1994, *Réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions sur l'inspection du travail et sur la politique sociale (Fédération syndicale mondiale – FSM), (1947, n°81 et 82)*,

travail décentralisés se surajoutent donc aux services métropolitains sans préjudice de la convention sur l'inspection du travail. Ainsi, les Etats sont tout au plus obligés de ne pas permettre une quelconque discrimination sur leur territoire, obligation relative à la *pleine compatibilité* de leurs règles internes, à laquelle la Grèce a failli *in concreto*. La clause conventionnelle en question, telle qu'interprétée par une instance de l'O.I.T., énonce une obligation dont l'intensité ne va pas au-delà d'un effort demandé à l'Etat en ce sens, afin de prévenir des violations dans des situations individuelles.

Obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes à l'obligation de coopérer avec les tribunaux pénaux internationaux

Le Président du T.P.I.Y., à l'occasion de l'affaire *Blaskic*, a affirmé que la résolution 827 du Conseil de sécurité établissant le tribunal contenait à destination des Etats une obligation spécifique de comportement normatif, relative à la pleine compatibilité du droit interne avec l'obligation de coopération des Etats. Par cette résolution, le Conseil décidait en effet que « tous les Etats prendr(aient) toutes les mesures nécessaires en vertu de leur droit interne pour mettre en application les dispositions de la présente résolution et du Statut, y compris l'obligation des Etats de se conformer aux demandes d'assistance et ordonnances » du Tribunal⁹¹¹. Le Président estime qu'en vertu de cette disposition, « tous les Etats ont l'obligation incontestable de promulguer toute législation d'application nécessaire pour permettre d'exécuter les mandats d'arrêt et les requêtes du Tribunal. »⁹¹² Ce n'est pas véritablement de la promulgation d'un acte juridique dont il est question mais d'un véritable comportement normatif. Une telle « promulgation » ne sera pas forcément nécessaire pour permettre aux organes internes de donner effet aux actes juridictionnels internationaux en question. Tout est en réalité fonction de l'état initial des règles internes de l'Etat. Mais il semble cette fois clair qu'un Etat dont les organes ne seraient pas habilités à coopérer avec le Tribunal devrait adopter un comportement normatif, et constituant, propre à remédier à cet état de son droit interne. L'obligation internationale est décrite par le Président comme une « obligation de comportement » selon la classification de R. Ago⁹¹³. Loin de

<www.ilo.org/ilolex>. La France n'a ainsi été invitée qu'à une mettre en conformité ses règles applicables aux individus. Il est en outre demandé au Conseil d'administration « d'inviter le gouvernement de la France à fournir, dans les rapports sur l'application des conventions nos 81 et 82 qu'il doit présenter en vertu de l'article 22 de la Constitution de l'O.I.T., des informations détaillées, notamment sur l'adoption des textes législatifs et réglementaires auxquels le gouvernement s'est référé, ainsi que sur les visites d'inspection dans les entreprises employant des plongeurs professionnels, les observations et les procès-verbaux dressés, la nature des infractions constatées et les accidents survenus dans ces entreprises afin de permettre à la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de poursuivre l'examen de cette question; »

⁹¹¹ C.S.N.U., résolution 827 du 25 mai 1993, *Tribunal (ex-Yugoslavie)*, S/RES/827 (1993), al. 4.

⁹¹² T.P.I.Y., Décision du Président du Tribunal du 3 avril 1996, *Affaire Blaskic*, R.G.D.I.P., 1996, p. 1153.

⁹¹³ Les propos du Président révèlent toute la confusion qui règne autour de la classification des obligations de résultats et de moyens de R. Ago, aux travaux duquel il renvoie. Il affirme en effet qu'« il ne s'agit pas là d'une

signifier qu'elle est alors une obligation stricte, au sens civiliste du terme, nous pensons que cette référence sert simplement à affirmer une obligation de comportement normatif, qui se superpose à une obligation de comportement opératif et s'en distingue en ce qu'elle vise l'état de règles internes et non la réalisation de situations individuelles. Il n'est toutefois pas affirmé que sa violation puisse être reconnue avant tout empêchement, dans un cas individuel, de coopérer avec la Cour. L'obligation n'a pas cette intensité, et n'exige de l'Etat qu'un effort afin de prévenir d'éventuels manquements à l'obligation de coopération. A notre sens, doivent être lues de la même façon les obligations issues de la résolution 955 créant le T.P.I.R.⁹¹⁴ et de l'article 88 du Statut de la C.P.I.⁹¹⁵

Obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes avec l'abolition de la peine de mort

La C.A.D.H. n'interdit pas la peine de mort mais, dans son article 4. 2, interdit son élargissement à de nouveaux crimes et, article 4. 3, interdit son rétablissement dans les Etats qui l'ont déjà abolie. Cette interdiction a été très clairement interprétée dans un avis de la Cour comme gelant le droit interne dans son état au moment de la ratification : l'abolition est en effet considérée comme une décision « irrévocable de droit »⁹¹⁶. Elle interdirait ainsi d'habiliter de

obligation générique mais d'une obligation très spécifique. Plus précisément, il s'agit d'une obligation de comportement ou d'une obligation de moyens, à savoir une obligation qui exige des Etats qu'ils exécutent une action spécifiquement déterminée, à la différence des obligations de résultat, qui requièrent des Etats qu'ils produisent une certaine situation ou résultat, en les laissant libres d'en choisir les moyens. » (*ibid.*, p. 1154)

⁹¹⁴ C.S.N.U., résolution 955 du 8 novembre 1994, *Situation concernant le Rwanda (création d'un tribunal international)*, S/RES/955 (1994), al. 2. La formulation est identique à celle de l'alinéa 4 de la résolution 827 (1993).

⁹¹⁵ Art. 88 : « Procédures disponibles selon la législation nationale – Les Etats Parties veillent à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération visées dans le présent chapitre. ». Voir notre commentaire : RASPAIL (H.), « Article 88 : Procédures disponibles selon la législation nationale », J. FERNANDEZ et X. PACREAU (dir.), *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, à paraître (renvoie notamment aux travaux préparatoires : - Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, « Projet de Statut d'une cour criminelle internationale et commentaires y relatifs », *Ann. C.D.I.*, 1994, vol. II, 2^e partie, p. 28-92, spéc. Septième Partie, « Coopération et assistance judiciaire », art. 51 à 57, p. 66-70 ; Travaux du Comité préparatoire pour la Création d'une Cour criminelle internationale : A/C.249/CRP.9/Add. 5 et A/AC.249/CRP.17 ; Travaux du Comité de rédaction du Statut de la Cour pénale internationale : A/CONF.183/DC/R.74 et A/CONF.183/C.1/L.68/Rev.1. Pour la pratique des Etats, voir : JOSIPOVIC (I.) « Implementing Legislation for the Application of the Law on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Criteria for its Evaluation », *Y.B.I.Hum.L.*, 1998, vol. 1, p. 35-68. En doctrine, dans le même sens : CIAMPI (A.) « The obligation to cooperate », CASSESE (A.), GAETA (P.), JONES (J.R.W.D.) (dir.), *The Rome Statute of the ICC : A Commentary*, Oxford University Press, 2002, vol. 2, CXL-2018 p., p. 1607-1638, spéc. 1622-1625 (dont les conclusions se détachent toutefois des nôtres quant à l'incompatibilité, et non la simple *non-compatibilité*). Dans le sens d'une obligation de transposition, afin d'apporter des précisions nécessaires aux organes internes : KRESS (C.), PROST (K.), SCHLUNCK (A.), WILKITZKI (P.) « Part 9. International Coopération and Judicial Assistance – Preliminary Remarks », TRIFFTERER (O.) (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Note, Article by Article*, Munich : C.H. Beck ; Oxford : Hart, Baden-Baden : Nomos, 2008, 1954 p., p. 1508.

⁹¹⁶ C.I.A.D.H., avis du 8 septembre 1993, *Restrictions to the death penalty (article 4.2 and 4.4 of the American Convention on Human Rights)*, Série A, n°3, § 56 : « the reestablishment of the death penalty for any type of offense whatsoever is absolutely prohibited, with the result that a decision by a State Party to the Convention to abolish the death penalty, whenever made, becomes, *ipso jure*, a final and irrevocable decision. » Gras dans l'original.

nouveau un organe interne à condamner à la peine capitale. On concède qu'ici que l'obligation tend davantage à la conformité du droit interne de la règle interne qu'à une compatibilité, par ailleurs généralement imposée par l'article 2 de la Convention. L'Etat serait bel et bien obligé de ne pas réintroduire de telle règle d'habilitation dans son ordre juridique interne, et semble ainsi limité dans son pouvoir normatif constituant. Toutefois, rien dans cette obligation ne l'oblige à quelque chose qu'il n'aurait déjà fait. L'état du droit interne existant donne la mesure de l'engagement de l'Etat, ce qui diminue certainement l'exigence de celui-ci. Reste toutefois à se demander si l'obligation est stricte, ou tend simplement à empêcher à un Etat *d'appliquer* de nouveau la peine de mort, lui demandant, en prévention, de s'efforcer de ne pas la rétablir dans son ordre juridique interne.

Les protocoles à la C.E.D.H. et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort vont dans le même sens. Ils ne se contentent pas d'interdire aux Etats toute condamnation à une telle peine et toute exécution – il s'agit là d'obligations de réalisation de situations individuelles, par la seule production d'un acte individuel ou jointe à son exécution. Ils disposent en outre, respectivement, que « (l)a peine de mort est abolie »⁹¹⁷ et que « (c)haque Etat partie prendra toutes les mesures voulues pour abolir la peine de mort dans le ressort de sa juridiction. »⁹¹⁸ Il est ici important de remarquer que l'obligation d'abolir la peine de mort n'est pas contenue dans la convention principale, mais bien dans des protocoles facultatifs. En pratique, seuls les Etats qui ont déjà retiré de leur ordre juridique une telle habilitation s'engageront à ces instruments. L'obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes est pour eux déjà remplie. D'ailleurs, le rapport explicatif du Protocole n°6 à la C.E.D.H. note qu'« un Etat doit, le cas échéant, supprimer cette peine de sa législation pour devenir partie au Protocole ». Davantage qu'une obligation de comportement normatif que l'Etat aurait à satisfaire dans l'avenir, l'abolition de la peine de mort constitue une condition d'accession à la qualité de partie au traité. L'Etat n'en sera pas pour le moins obligé, dans l'avenir, de la même façon que par la Convention de San José, à geler son droit interne, et ne pas réintroduire une telle habilitation. L'attitude française à l'égard de cette obligation est riche d'enseignement. Le Conseil constitutionnel a en effet décidé que le protocole au Pacte international était incompatible avec notre constitution, comme portant atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté

⁹¹⁷ Protocole n°6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, Strasbourg, 28 avril 1983, <<http://www.echr.coe.int>>, art. 1.

⁹¹⁸ Deuxième protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, adopté et proclamé par l'A.G.N.U. dans sa résolution 44/128 du 15 décembre 1989, art. 2.2.

nationale⁹¹⁹. Si la formule laisse certainement à désirer, et a été auparavant employée de manière inopportune, on conçoit tout à fait que le Conseil sente la souveraineté heurtée par une telle obligation de comportement normatif visant à geler définitivement une absence d'habilitation. Car le protocole en question, à la différence du Protocole n°6 à la C.E.D.H., ne pouvait faire l'objet d'une dénonciation. Sa ratification ne pouvait ainsi intervenir qu'après engagement de la nation elle-même, ne se contentant pas d'abroger la peine de mort dans la législation, mais en introduisant son abolition dans la Constitution⁹²⁰. La France va plus loin que ce qu'exige le Protocole, préservant pour l'avenir son pouvoir constituant.

Les dispositions susceptibles d'être interprétées comme des obligations relatives à la pleine compatibilité des règles internes, sont rares, et leur intensité normative incertaine. Ces obligations sont, en tout état de cause, cantonnées dans des domaines spécifiques du droit international, le plus souvent reconnues comme telles par les instances qui assurent le respect des obligations y relatives, dans une démarche de développement du droit international. Beaucoup plus fréquemment, des obligations de comportement normatif, relatives à l'état des règles internes de droit public, peuvent être identifiées, visant cette fois beaucoup plus clairement l'état des règles d'usage des normes internes d'habilitations des organes : l'Etat devra garantir que ses règles internes n'interdisent pas le respect de ses obligations, ou n'obligent pas ses organes à en réaliser une violation. Ce degré plus faible d'exigence s'accommode davantage de la spécificité des règles de droit public et ne rencontre plus aucun des obstacles dont nous avons pu faire état à propos des obligations relatives à la conformité des règles internes.

B. Obligations relatives à la simple compatibilité

Afin d'identifier une obligation de comportement normatif dans le domaine du droit public, les critères précédemment employés à propos du droit privé uniforme ne peuvent être repris. Nécessite-t-elle un instrument écrit ? Il semble en effet que les obligations avec lesquelles règles internes de l'Etat doivent être rendues compatibles ne peuvent être que des obligations suffisamment précises, excluant ainsi certaines obligations coutumières, dès lors qu'elles n'imposent qu'un comportement opératif *global*. Quoi qu'il en soit de l'obligation à laquelle elle est superposée, l'obligation relative à la compatibilité des règles internes semble, quant à elle,

⁹¹⁹ Conseil constitutionnel, décision du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, DC 2005-524/525, *Rec.*, p. 142 et s.

⁹²⁰ Loi constitutionnelle du 19 janvier 2007, article 66-1 de la Constitution française.

pouvoir être consacrée sans reposer sur un quelconque support textuel. En effet, un principe général du droit, jouant à la manière d'une obligation de s'efforcer à disposer d'un droit interne compatible avec ses obligations internationales, pourrait être en germe en droit international général. Il est, en outre, affirmé de manière particulièrement forte dans le droit, spécial, de la C.E.D.H. (1). Les obligations de comportement normatif expressément énoncées dans des instruments écrits prendront alors une intensité supplémentaire : ces obligations sont, à notre sens, des obligations strictes relatives à la compatibilité des règles internes (2).

1. Obligation coutumière relative à la compatibilité des règles internes

a. Droit international général

Genèse du principe

Le droit international général connaît-il, à propos des obligations conventionnelles de comportement opératif, un principe autre que *Pacta sunt servanda* ? Ce dernier l'oblige en effet à respecter ses obligations, dans la réalisation de situations individuelles. En outre, ainsi que le précise l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les Etats ne peuvent invoquer les dispositions de leur droit interne pour se soustraire à leurs obligations conventionnelles⁹²¹. Ainsi déterminé, le principe *Pacta* oblige l'Etat, on l'a vu, à ne pas produire ni maintenir d'acte juridique interne qui atteigne immédiatement les situations individuelles dans un sens contraire à ses obligations. Il semblerait que l'on puisse en outre envisager l'existence d'un principe qui ne modifierait pas cette fois les rapports de système, mais se surajouterait au *Pacta* pour interdire à l'Etat toute incompatibilité de son droit public interne. Forme d'obligation de prévention de toute violation commise par les organes juridiques internes, insusceptible de porter atteinte au pouvoir constituant de l'Etat puisque seules des interdictions d'agir dans le respect du droit international ou des obligations d'agir à son encontre, autrement dit des règles d'usage des pouvoirs, seraient visées, un tel principe général peut, à notre sens, être reconnu.

Ce principe demeure inexploré car il est, la plupart du temps, confondu avec d'autres notions, ainsi que le révèle le débat à la C.D.I. dans le cadre de la codification du droit des traités, déclenché par une question posée par le rapporteur Sir H. Waldock : devait-il « faire figurer dans

⁹²¹ Cet article, originaire d'un amendement du Pakistan (A/CONF.39/C.1/L.81), n'impose aucune obligation supplémentaire de droit conforme, ainsi que le démontre l'assentiment général autour de cette disposition, qui ne fait que rappeler le principe selon lequel le droit international prime sur le droit interne : Discussion sur *Pacta sunt servanda*, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 28 et 29^{es} séances plénières, Vienne, 18 avril 1968, *Ann. C.D.I.*, 1968, vol. I, p. 163-171.

son projet des dispositions relatives à l'obligation, pour les États, de mettre leur législation interne en harmonie avec leurs obligations résultant de traités ? »⁹²² Les réponses apportées par les membres de la Commission montrent que le principe relatif à la compatibilité du droit interne est, le plus souvent, confondu avec le principe *Pacta* lui-même, puisque les obligations de l'Etat sont violées par la production et le maintien en vigueur de règles immédiatement exécutoires⁹²³. Sa reconnaissance a en outre été parasitée par la proposition d'amendement du Luxembourg, lequel formulait, on l'a vu, un principe général relatif à la *conformité* du droit interne⁹²⁴. Entre ces deux voies, rien n'a été proposé à la codification.

L'absence d'affirmation de cette obligation peut en outre être simplement liée à son inexistence, en tant que principe du droit international général. L'obligation relative à la compatibilité du droit interne ne naîtrait que d'une disposition conventionnelle expresse en ce sens. C'est ainsi que nous interprétons les propos de R. Ago, lequel voyait dans le fait de ne pas adapter son droit interne au droit international comme une violation de l'obligation de l'Etat, selon qu'elle impose ou non ce type de comportement normatif⁹²⁵. A notre sens toutefois, un tel principe semble pouvoir être dégagé en droit international général. Tacite, plus exigeant que *Pacta*, il ne se confond pas non plus avec le principe de bonne foi⁹²⁶.

La Cour permanente, dans l'affaire de *l'Echange des populations*, l'avait d'ailleurs peut être relevé. Le principe « allant de soi d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris » pourrait en effet en constituer la formulation, la Cour

⁹²² Discussion sur *Pacta Sunt Servanda*, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 726^e séance plénière, Vienne, 19 mai 1964, *Ann. C.D.I.*, 1964, vol. I, A/CN.4/167, p. 21 et s., ici p. 22.

⁹²³ Ainsi M. Liang cite à l'appui de son opinion selon laquelle le principe *Pacta* est suffisant, l'exemple d'une loi américaine « interdisant l'immigration des Chinois aux États-Unis. Cette loi était en contradiction avec les dispositions d'un traité conclu antérieurement à ce sujet par les États-Unis et la Chine. (...) Du point de vue du droit international, par contre, la responsabilité des États-Unis restait engagée pour avoir agi en violation des dispositions du traité. » *Ibid.*, p. 23. M. Liang note en outre que la Cour suprême a expressément rejeté l'application du droit international au profit de la loi interne postérieure. Toutefois cette loi, immédiatement exécutoire à notre sens, était contraire aux obligations américaines et non seulement incompatible. Sa production, son maintien pouvaient ainsi être tenus comme des violations de leurs obligations de comportement opératif. Ce cas de figure est, ainsi, bel et bien compris par le principe *Pacta*. Or du cadre de la C.D.I., E. Zoller a de même évacué la question, considérant qu'elle ne relevait pas du principe de bonne foi mais simplement du *Pacta*, n'envisageant, semble-t-il, que la production de règles internes contraires au droit international, et non seulement incompatibles (ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, 392 p., ici p. 92-95).

⁹²⁴ Nouvel article proposé par le Luxembourg, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 2^e session, 12^e séance plénière, Vienne, 6 mai 1969, p. 52-53 (A/CONF.39/11/add.1)

⁹²⁵ Discussion sur *Pacta Sunt Servanda*, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 726^e séance plénière, Vienne, 19 mai 1964, préc., p. 22. Dans le même sens, voir CASSESE (A.), *International Law, op. cit.*, p. 219 (précité supra, § 1, B).

⁹²⁶ E. Zoller relevait que la bonne foi ne pouvait être utilisée que dans le cas d'une fraude, application d'une loi dans le but spécifique de contourner la bonne exécution du traité, comme par exemple dans l'affaire *Boll*. ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public, op. cit.*, p. 91-95.

affirmant même plus loin que « les Parties contractantes se sont obligées à mettre leurs législations respectives *en harmonie* avec la Convention »⁹²⁷. Il est toutefois impossible d'inférer de ces propos une reconnaissance du principe relatif à la compatibilité du droit interne, eu égard à la question à laquelle répondait la Cour en l'espèce. Loin de porter son regard sur une législation afin de déterminer si son existence pouvait ou non être tenue pour un fait illicite, la Cour était invitée par la Turquie à dire si la Convention de Genève liant les Etats parties au différend renvoyait ou non à la loi interne, autrement dit s'y soumettait. La Cour tendait ainsi simplement à affirmer que le droit international devait primer sans qu'aucun regard ne soit porté à la loi interne, sur la base de laquelle ne peut être évalué le comportement des Etats.

C'est beaucoup plus clairement dans l'affaire *Mavrommatis* que le principe est en germe⁹²⁸. Objet du grief, un contrat passé entre la Couronne britannique et M. Rutenberg, concernant l'octroi d'une concession, dans lequel une clause lui permettait de demander l'expropriation de toute concession concurrente préexistante à la sienne, cas dans lequel se trouvait M. Mavrommatis. Il existait donc, en droit objectif britannique, une habilitation des organes internes à produire une norme d'expropriation sur simple demande du cocontractant. Le maintien de cette règle n'est pas en soi une violation de l'obligation de protection des concessions conclues en Palestine à la charge du Royaume-Uni dans le cadre de son Mandat. La Cour affirme en effet qu'il n'y avait ici qu'un « risque » d'expropriation, et donc aucune violation de l'obligation de comportement opératif, la clause contractuelle ne faisant « que donner à M. Rutenberg *la faculté* de la provoquer *s'il le voulait* »⁹²⁹. La règle interne conférant un pouvoir d'expropriation n'était pas immédiatement exécutoire, et nécessitait encore la production d'une norme individuelle. Toutefois, l'organe chargé de cette application n'était pas libre quant au moment de déclenchement de son habilitation, qui dépendait du bon vouloir de M. Rutenberg. Du fait de cette obligation de faire usage du pouvoir ainsi conféré, le droit interne pouvait être considéré comme incompatible avec le droit international : l'organe interne était obligé d'agir en violation du Mandat. Les propos de la Cour semblent dévoiler une obligation générale relative à la compatibilité des règles internes avec les obligations de comportement opératif de l'Etat, et distincte de celle-ci. Elle relève en effet l'incompatibilité du droit britannique⁹³⁰ et décide « que *l'existence*, pendant un certain temps, *de la faculté* pour M. Rutenberg d'exiger l'annulation desdites

⁹²⁷ C.P.J.I., avis du 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, préc., p. 20.

⁹²⁸ C.P.J.I., arrêt du 26 mars 1925, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, Grèce c. Royaume-Uni, *Série A*, n° 5, p. 6-51.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁹³⁰ Selon les termes de la Cour : « tant que subsistait entre les mains de M. Rutenberg la faculté d'exiger l'expropriation des concessions Mavrommatis, la clause en question était contraire aux obligations contractées par le Mandataire », *ibid.*, p. 51.

concessions de M. Mavrommatis *n'était pas conforme* aux obligations internationales contractées par le Mandataire pour la Palestine »⁹³¹, tout en déboutant le demandeur de sa demande en réparation, l'obligation de comportement opératif n'ayant quant à elle pas été violée. L'incompatibilité d'une norme interne avec les obligations internationales de l'Etat est en question devant la Cour, et, même si rien n'est clairement affirmé, le fait qu'elle la révèle dans le dispositif de son arrêt semble tout de même plaider pour son interdiction. En droit international général, il apparaît cependant douteux que ladite obligation, tacite, puisse requérir des Etats autre chose qu'un simple effort en la matière, ce qui expliquerait les propos peu clairs de la Cour dans l'affaire précitée puisque la règle interne n'avait pas encore été appliquée⁹³².

Une occasion de reconnaissance manquée ?

La C.I.J. a toutefois manqué une occasion de reconnaître ce principe dans l'affaire *Avena*, qui apparaît sur ce point critiquable. Elle avait, depuis l'arrêt *LaGrand*, dégagé de la Convention de Vienne sur la protection consulaire une obligation d'ouvrir des recours à l'encontre des procès rendus suite à une violation de l'obligation d'information des étrangers détenus⁹³³. La règle américaine de la carence procédurale, accompagnée de l'absence de pouvoir du juge interne de faire primer le droit international, conduisait à une violation systématique de cette obligation dans les situations individuelles. Obligeant le juge à adopter un tel comportement illicite, cette règle pouvait, sans difficulté, être tenue pour incompatible. Même si l'obligation interdisant l'existence de telles normes internes ne consistait qu'en une obligation de s'efforcer, dont la démonstration de la violation ne pouvait être apportée qu'au jour de la réalisation d'une situation individuelle contraire au droit international, une telle violation aurait pu être relevée ici. De multiples refus de révision de procès étaient en effet portés devant la Cour, venant démontrer le manque de diligence des Etats-Unis dans l'effacement des incompatibilités de son droit interne. Une telle obligation de s'efforcer, comme principe du droit international, semblerait pourtant adaptée. Il mettrait en porte-à-faux les Etats dont le droit est incompatible, uniquement si celui-ci est appliqué ; les Etats qui habilent généralement leurs organes – et pas seulement le juge interne – à faire primer le droit international ne pourraient ainsi se voir reconnus auteurs d'une violation.

⁹³¹ *Ibidem*.

⁹³² L'obligation d'expropriation avait en outre été entre-temps retirée par le Royaume-Uni, point que nous aborderons au titre des obligations secondaires à la charge de l'Etat en violation de son obligation de comportement normatif, Seconde partie, Titre 1., *Chapitre 2*.

⁹³³ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 91. J. Matringe considère même, dans son commentaire de l'arrêt *LaGrand*, que la Cour, par cette interprétation de l'article 36. 2 de la Convention sur les relations consulaires, estime « que cette disposition exige des États qu'ils instituent dans leur ordre interne des voies de recours contre les jugements internes pris à l'issue d'une procédure qui ne respecterait pas les prescriptions de la convention. », projetant ainsi la reconnaissance d'une obligation relative à la *pleine compatibilité* des règles internes. (MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *A.F.D.I.*, 2002, p. 215-256, p. 229).

La Cour ne s'est pas engagée dans cette voie, ne relevant que les violations du droit international dans les cas individuels⁹³⁴. Cette attitude s'explique pourtant : l'interprétation de la Convention de Vienne retenue par la Cour était audacieuse, et très contestable. Elle conduit en effet à tenir pour illicite toute application du principe, pourtant conforme aux règles du *due process of law* et généralement admis dans la plupart des Etats, de l'irrecevabilité des moyens tardifs⁹³⁵. Ayant choisi de reconnaître une obligation primaire issue de la Convention de Vienne, imposant de ne pas appliquer la règle de l'irrecevabilité des moyens tardifs aux sujets internes qui s'étaient vus dénier leur droit d'origine internationale, la Cour ne pouvait aller jusqu'à obliger les Etats à rendre cette règle compatible, autrement dit à la rendre inapplicable aux moyens tirés du droit international. En outre, l'obligation à laquelle se serait superposée cette exigence relative à l'état du droit interne était, en l'espèce, une obligation de comportement opératif *global* : offrir une certaine protection judiciaire aux individus. L'ensemble de l'appareil judiciaire américain devait ainsi être mis en mesure de respecter cette obligation ; bien que peu probable, la mise à l'écart de la règle de la carence procédurale par une juridiction suprême devait ainsi être espérée de la Cour.

Des raisons précises permettaient ainsi de ne pas reconnaître de principe relatif à la compatibilité des règles internes dans ce cas particulier, mais cette occasion manquée empêche de tirer de conclusion claire sur l'existence et teneur éventuelle d'une telle obligation en droit international général. Malgré tout, on peut se permettre quelques suppositions. Si elle était identifiée clairement, l'obligation n'exigerait de l'Etat que de s'efforcer à un comportement normatif, propre à prévenir les violations des obligations de comportement opératif auxquelles elle est superposée. Autrement dit, l'Etat s'obligerait à prévenir un événement dont il serait lui-même l'auteur. Cette fois, à la différence du droit uniforme en droit privé, faire primer le droit international sur un droit interne incompatible pourrait empêcher la réalisation de cet événement, et donc la violation de l'obligation de comportement normatif. L'obligation de comportement opératif peut, à la différence d'une « loi uniforme », avoir effet direct en droit interne. Une clause générale de primauté du droit international permettrait-elle alors de satisfaire, d'emblée, à ces obligations de comportement normatif ? Il faut garder à l'esprit que les obligations relatives à la réalisation de situations individuelles sont aujourd'hui, en quasi-totalité, des obligations de comportement aux modalités déterminées. Leur violation interviendrait dès la première application de la règle incompatible à une situation individuelle. Pour empêcher un manquement, événement à prévenir, et ainsi ne jamais réaliser la violation de l'obligation de s'efforcer à un

⁹³⁴ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 114.

⁹³⁵ En ce sens, voir SANTULLI (C.), « Une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires *Breard* et *LaGrand* », *A.F.D.I.*, 1999, p. 101-131, spéc. p. 108-109.

comportement normatif, l'Etat devrait pouvoir faire primer le droit international de manière systématique, et anticipée. L'application du droit international par les juridictions internes, qui annuleraient un acte administratif individuel contraire à une obligation de l'Etat, serait ainsi tardive et l'effort étatique insuffisant : un fait internationalement illicite aurait déjà eu lieu par la seule production de l'acte individuel contraire, preuve que l'Etat a failli à la même occasion à son obligation de comportement normatif.

Ce principe relatif à la compatibilité du droit interne a été, de manière cette fois remarquable, reconnu en droit de la C.E.D.H., telle une obligation *stricte*.

b. Droit international spécial : le droit de la C.E.D.H.

La Cour européenne n'assied pas l'obligation de comportement normatif qu'elle superpose aux obligations de garantie des droits individuels sur une disposition textuelle de la C.E.D.H., mais sur son économie générale⁹³⁶. Parfois interprétée comme une obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes de l'Etat⁹³⁷, elle est, dans tous les cas, analysée comme requérant des Etats la compatibilité, simple, de leur droit interne. Ainsi, le risque de violation de la convention, tenu en lui-même pour une violation de cette dernière en raison de l'existence de ce mécanisme de droit uniforme, est systématiquement relevé lorsque la règle interne en question *oblige* les organes internes à la violation des droits humains⁹³⁸. Les arrêts relatifs à l'incrimination pénale des comportements homosexuels doivent recevoir cette lecture. Loin de consacrer un principe de responsabilité pour risque, la Cour consacre une obligation relative à la compatibilité du droit interne avec les exigences de la Convention⁹³⁹. La Commission européenne avait d'ailleurs, dans la première affaire grecque, clairement refusé de reconnaître une violation issue

⁹³⁶ Voir *supra*, Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, précité.

⁹³⁷ Voir *supra*, A, 1, a.

⁹³⁸ C'est ainsi que la Cour a admis la notion de victime potentielle dans les cas suivants : lorsque le requérant n'était pas en mesure de démontrer que la législation qu'il incriminait lui avait été effectivement appliquée, du fait du caractère secret de mesures qu'elle autorisait (Cour E.D.H., arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, préc.) ; lorsqu'une loi réprimant les actes homosexuels était susceptible de s'appliquer à une certaine catégorie de la population, dont le requérant (Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc.) ; enfin, en cas de mesures d'éloignement forcé d'étrangers déjà décidées mais non encore exécutées, et lorsque leur exécution exposerait les intéressés à subir, dans le pays de destination, des traitements contraires à l'article 3 (Cour E.D.H. arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, préc.) ou violerait le droit au respect de la vie familiale (Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France, Série A*, n° 234). Voir également Comm. E.D.H., décision du 4 décembre 1995, *Noël Narvii Tauria et 18 autres c. France*, req. 28204/95, D.R., 83-A, p. 130-131. Pour un développement de ces questions, voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B, 1.

⁹³⁹ Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2. : Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc., mais aussi : Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, préc., et Cour E.D.H., arrêt du 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, préc. Pour des exemples plus récents, voir : Cour E.D.H., arrêt du 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, Rec., 2003-I, et Cour E.D.H., arrêt du 9 janvier 2003, *L & V c. Autriche*, Rec. 2003-I.

d'une simple non-compatibilité de règles de droit interne, habilitant les organes répressifs d'un Etat à appliquer une peine rétroactive, en violation de l'article 7 de la C.E.D.H. qui interdit toute peine sans loi. Le régime militaire grec, à son arrivée au pouvoir, avait en effet promulgué une nouvelle constitution dans laquelle étaient pénalement responsables tous ceux qui « avaient agi » de manière antipatriotique⁹⁴⁰. La Commission se refuse à condamner la disposition qui ne fait qu'ouvrir une possibilité peu claire en ce sens : l'usage rétroactif de l'habilitation n'est ici ouvert que par l'emploi du temps passé, et ne révèle ainsi pas une obligation d'usage, seule susceptible de constituer une violation de l'obligation de comportement normatif. La Commission précise bien que seul un certain usage serait en cause : l'application d'une peine rétroactive. La Commission a ainsi interprété la constitution grecque comme une habilitation pure. L'absence d'obligation claire de son usage rétroactif ne permet pas de conclure à une violation de la convention⁹⁴¹.

2. *Des obligations expresses relatives à la compatibilité des règles internes*

Les clauses générales et dispositions conventionnelles prétendument relatives à la conformité du droit interne aux obligations de comportement opératif contenues dans l'instrument en question doivent, au minimum, être interprétées comme des obligations relatives à la compatibilité du droit interne. Alors que l'existence de « permissions » internes d'agir en violation du droit international ne sera pas toujours relevée, il en va différemment des obligations d'agir de la sorte, ou des interdictions de respecter celui-ci.

a. *Clauses générales*

Clauses de stabilisation

Ainsi les clauses de stabilisation des contrats d'Etat pourraient être entendues comme un engagement relatif à la compatibilité, simple, du droit interne. Une telle interprétation ne rencontrerait pas les obstacles de principe déjà énoncés, car l'Etat ne serait notamment pas obligé de renoncer à l'habilitation de ses organes à nationaliser, mais seulement de leur en interdire l'usage. Encore, l'Etat n'aurait pas le droit de disposer de règles telles que la loi yougoslave dans l'affaire *Losinger* portée devant la C.P.J.I., qui interdisait toute soumission de l'Etat à des tribunaux autres que les siens propres, dont l'effet rétroactif remettait ainsi totalement en cause la clause

⁹⁴⁰ Comm. E.D.H., rapport du 5 novembre 1969, *Danemark c. Grèce, Norvège c. Grèce, Suède c. Grèce, Pays-Bas c. Grèce*, Ann. Comm. E.D.H., 1969, vol. 12, *The Greek case*, p. 183.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 185. La Commission considère de la même façon la disposition constitutionnelle non compatible avec l'article 1 du Protocole 1 à la Convention, en ce qu'elle permet une confiscation de propriété sans intérêt public dans certains cas dérogatoires : aucune violation ne peut être constatée puisqu'elle n'a pas été appliquée.

compromissoire d'un contrat d'Etat⁹⁴². Le professeur Mayer considère simplement de telles règles comme non pertinentes, et insusceptibles de remettre en cause le contrat⁹⁴³. L'existence de toute loi obligeant les organes internes à rompre le contrat d'Etat, ou leur interdisant d'en respecter les clauses, dans une circonstance ou dans une autre, exactement comme dans l'hypothèse de l'affaire *Mavrommatis*, pourrait en outre être considérée comme illicite. Bien qu'une telle solution n'ait jamais été consacrée dans le contentieux Etat-investisseur, l'incompatibilité de telles lois pourrait, à notre sens, tomber sous le coup des clauses de stabilisation.

L'article XVI. 4 de l'Accord instituant l'O.M.C.

L'article XVI. 4 de l'Accord instituant l'O.M.C. doit être, en tous les cas, entendu comme posant une obligation relative à la compatibilité du droit interne. L'argumentation des Communautés européennes dans l'affaire de la *Loi antidumping de 1916* va dans le sens de la reconnaissance dans l'article XVI. 4 d'une « obligation additionnelle et différente »⁹⁴⁴ de celle reconnue par le droit international public général. Les Communautés européennes faisaient en outre valoir que l'obligation énoncée à l'article XVI. 4 « doit aller au-delà de la simple abrogation de la « clause d'antériorité » du Protocole d'application provisoire », qui autorisait le maintien licite d'une législation radicalement incompatible avec l'Accord, et relève que l'abrogation de cette clause, et donc la reconnaissance de la possible violation de l'Accord par la simple production d'une législation incompatible est « prévue dans le texte introductif du GATT de 1994. »⁹⁴⁵ Les dispositions similaires des accords multilatéraux inclus dans l'Accord général, comme l'article 18. 4 de l'Accord antidumping et l'article 32. 5 de l'Accord sur les subventions, seront interprétées de la même façon⁹⁴⁶. Dans cette affaire, le groupe spécial confirme certes la présence d'une obligation supplémentaire, mais ne l'interprète pas d'une manière aussi extensive que dans l'affaire de la *Section 301*. Il énonce en effet que l'article XVI. 4 interdit l'existence d'« une loi, une réglementation ou une procédure administrative d'un Membre (...) incompatible avec les obligations incombant à ce Membre »⁹⁴⁷. Certes, le terme d'*incompatibilité* est fréquemment employé, dans la jurisprudence de l'O.R.D. de l'O.M.C., comme synonyme de « manquement ». Toutefois, nous pouvons considérer qu'ici, l'incompatibilité relève de son sens premier,

⁹⁴² C.P.J.I., ordonnance du 27 juin 1936, *Losinger (exceptions préliminaires)*, Suisse c. Yougoslavie, *Série A/B*, n°67, p. 14 et s. La Cour n'a toutefois pas jugé de cette affaire. L'affaire avait auparavant été soumise à arbitrage, mais le tribunal s'était déclaré incompétent. M. Mayer relève toutefois que l'arbitre avait estimé « étrange et critiquable » l'attitude yougoslave, MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *op. cit.*, p. 48.

⁹⁴³ *Ibidem*. L'auteur donnait également l'exemple d'une disposition constitutionnelle ou législative prohibant les promesses en matière fiscale, de manière rétroactive.

⁹⁴⁴ Groupe spécial, rapport du 31 mars 2000, *Loi antidumping de 1916*, préc., § 3.363.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, § 3.364.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, § 6.168.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, § 6.223.

autrement dit désigne le rapport entre deux normes dont l'une ne pourra être appliquée sans réaliser la violation de l'autre. En effet, était en question une loi américaine définissant le dumping et qui devait être appliquée pour imposer des droits antidumping, dans le cadre d'actions civiles ou, cas plus rare, pénales. Pouvoir discrétionnaire quant au champ d'application de la réglementation, le juge se trouvait lié quant au moment du déclenchement de cette procédure. Une obligation d'usage de l'habilitation était ainsi la source de l'incompatibilité du droit interne. Si les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne seront jamais parfaitement clairs quant à la détermination de l'obligation violée, l'article XVI. 4 aura permis d'élargir les règles dont le fait est susceptible de constituer une violation du droit de l'O.M.C – à notre sens, de l'obligation de comportement normatif qui pèse sur les Etats et se superpose à toute obligation des accords multilatéraux. Ainsi, cet article – et autres similaires – sera le plus souvent mentionné lorsqu'une règle apparaît incompatible avec ces accords⁹⁴⁸. Sans que son application soit attendue pour y conclure, la violation de l'obligation relative à la compatibilité du droit interne pourra être reconnue du simple fait de son existence : son degré d'exigence est, on le voit, celui d'une obligation *stricte*.

Article 2 de la C.A.D.H.

De même, l'article 2 de la C.A.D.H. ne servira, dans la grande majorité des cas, qu'à obliger l'Etat à disposer d'un droit interne compatible avec les obligations de protection des droits de l'homme⁹⁴⁹. On peut citer en ce sens M. Hennebel, qui distingue dans les obligations issues de l'article 2 celles qui l'obligent à l'« adoption de normes », dont on a pu, plus haut, retenir une interprétation restrictive, mais aussi et surtout à la « suppression des normes ou pratiques contraires à la Convention »⁹⁵⁰. Sera en effet reconnue contraire à l'article 2 de la

⁹⁴⁸ Voir, ainsi : Groupe spécial, rapport du 15 juillet 2002, *Etats-Unis – Article 129 c)1) de la Loi sur les Accords du cycle de l'Uruguay*, WT/DS221/R, § 6.22. Ces articles sont parfois utilisés, sans véritable fonction, pour la violation des obligations par la production d'une législation immédiatement exécutoire, comme pour parer à toute critique éventuelle quant à la classification de la loi et la relégation de la distinction entre lois « impératives » et « dispositives » : Organe d'appel, rapport du 16 janvier 2003, *Etats-Unis - Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, AB-2002-7, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, § 300-302 (la loi ne donnait ici aucun pouvoir discrétionnaire à l'exécutif chargé de l'appliquer). Leur mention, en présence de règles non immédiatement exécutoires, reste toutefois aléatoire : voir Organe d'appel, rapport du 18 avril 2006, *Etats-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, préc., rapport dans lequel, à propos de normes générales américaines heurtant « en tant que telles » les obligations de l'Etat, seul l'article énonçant l'obligation de comportement opératif à laquelle elle était incompatible est mentionné, § 222. L'Organe d'appel confirme le rapport du groupe spécial, lequel estimait qu'il ne voyait pas l'intérêt de se prononcer sur les allégations y relatives (Groupe spécial, rapport du 31 octobre 2005, WT/DS294R, § 109. Voir, également, Organe d'appel, rapport du 4 février 2009, *Etats-Unis — Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R) Il est ainsi difficile de savoir si l'obligation est toujours fondée sur la disposition textuelle des articles XVI. 4 et similaires, ou a évolué vers la reconnaissance d'un principe général de compatibilité du droit interne au droit de l'O.M.C.

⁹⁴⁹

⁹⁵⁰ HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme...*, *op. cit.*, 373-377.

Convention l'existence de normes générales incompatibles avec la protection des droits fondamentaux, autrement dit qui en empêchent radicalement la réalisation. Mais, encore une fois, il est difficile de distinguer dans la jurisprudence contentieuse de la Cour, qui se tourne essentiellement vers des cas concrets de violations des droits de l'homme, une telle obligation stricte, qui sera davantage reconnue comme une obligation secondaire⁹⁵¹.

Cette interprétation vaut également pour certaines dispositions conventionnelles spécifiques.

b. Dispositions conventionnelles spécifiques

Dans l'affaire *Blaskic*, alors que le Président du T.P.I.Y. avait interprété, très clairement, la résolution 827 du Conseil de sécurité comme imposant aux Etats une obligation stricte relative à la *pleine* compatibilité du droit interne, sa décision ne conforte pas ce point de vue. En effet, le droit croate ne permettait pas l'exécution du mandat d'arrêt émis par la Cour. Au-delà toutefois, il semblerait qu'une règle relative à l'immunité du Général dont l'arrestation était demandée interdisait aux organes croates toute action en ce sens. Autrement dit, on ne se trouvait pas seulement face à une absence de pouvoir de la part des organes, mais bien face à une interdiction d'usage d'un pouvoir dont ils disposaient certainement, pourvu que le droit interne puisse s'appliquer dans leur ordre juridique. Il ne s'agissait donc, en pratique, que d'une obligation relative à la compatibilité, *simple*, des règles internes. Elle seule serait *stricte*. Ce même que précédemment, les obligations issues de la résolution 955 du Conseil de sécurité ainsi que de l'article 88 du Statut de Rome doivent recevoir une interprétation indentique.

§ 3. Caractérisation du conflit entre droit interne et obligation de comportement opératif. Incompatibilité, voire non-compatibilité, *contraire à l'obligation de comportement normatif, donnant lieu à un fait internationalement illicite.*

Le conflit avec une obligation de comportement normatif prend, lorsque l'état des règles de droit public est visé, une double perspective encore plus flagrante que dans le cas de

⁹⁵¹ Voir, au stade du moment de la violation, *infra*, § 3 et, pour la question du contenu de la responsabilité : Seconde Partie, Titre 1, *Chapitre 2*, Section 2.

l'uniformisation du droit privé. C'est tout d'abord avec l'obligation de comportement opératif que le droit interne entrera en conflit. De cette incompatibilité, voire non-compatibilité, naîtra alors un manquement à l'obligation de comportement normatif qui y est superposée. Bien que l'état des règles internes comportant une part d'habilitation soit ici en cause, et que leur existence constituent même la violation de l'obligation internationale, c'est toujours sur le mode du fait internationalement illicite qu'une telle violation se réalisera (B). Son *tempus commissi delicti* devra avant cela être examiné, différant selon que l'obligation est stricte ou n'exige de l'Etat que de s'efforcer à un tel comportement normatif (A).

A. Temps de la violation

1. Obligations de s'efforcer

a. Moment

Lorsque l'obligation de comportement normatif n'exige de l'Etat qu'un effort, dans le but de prévenir une violation des obligations déjà à sa charge, le *tempus commissi delicti* aura pour modèle, comme on l'a vu précédemment, celui de la violation d'une obligation de prévention d'un événement déterminé. La seule spécificité étant ici que l'événement à prévenir est imputable à l'Etat lui-même. Dans le cas des prétendues obligations relatives à la pleine compatibilité des règles internes, les seules violations relevées ne peuvent avoir lieu qu'au jour de l'application de la règle d'habilitation. Cela vient ainsi confirmer notre analyse : ces obligations ne requièrent de l'Etat qu'un certain *effort* et non un « résultat » au sens civiliste⁹⁵².

Dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, cela ressort tout d'abord de l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, dans lequel la Cour met en lumière la distinction entre règles internes incompatibles et non compatibles, et la différence quant à l'éventuelle violation de l'obligation de comportement normatif relative à cet état :

« (l)es organes de la Convention ne peuvent (...) découvrir un manquement de ce genre que si la législation attaquée (...) use de termes assez clairs et précis pour le révéler d'emblée ; dans le cas contraire, ils doivent statuer en fonction de la

⁹⁵² Même K. Parrot qui reconnaissait un véritable mécanisme de « droit uniforme » à propos des règles de compétence de l'Etat ne pensait pas que l'obligation de comportement normatif puisse être heurtée avant application d'une règle « non conforme ». Elle l'analyse ainsi, dans le cadre de l'affaire *Boll*, comme une simple obligation de s'efforcer, dont la violation ne pourrait être établie qu'au jour de son application à un cas individuel : PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, *op. cit.*, p. 114.

manière dont l'État défendeur interprète et applique *in concreto* le ou les textes incriminés. »⁹⁵³

L'arrêt *Klass* est également clair en ce sens. La Cour y refuse de consacrer une quelconque violation de la Convention par la législation française sur les écoutes téléphoniques en l'absence de preuve de mesures d'application à l'égard des requérants⁹⁵⁴. Dans deux arrêts suivants⁹⁵⁵ toutefois, elle reconnaît que, *suite à son application*, il pouvait être établi que la loi sur les écoutes téléphoniques ne permettait pas la garantie de la vie privée telle qu'imposée par l'article 8 de la Convention. La Cour énonce en effet que le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré⁹⁵⁶. Quant aux « pratiques administratives » non compatibles avec les obligations de protection des droits fondamentaux, elles sont le plus souvent révélées dans le cadre des recours interétatiques⁹⁵⁷ mais également individuels⁹⁵⁸. Dans ce dernier cas, la violation de l'obligation de comportement normatif exigeant la pleine compatibilité du droit interne ne peut que se surajouter à la violation d'un droit dans le chef de la victime requérante⁹⁵⁹. En ce sens peuvent être interprétés les propos de la Cour qui estime que « dans une espèce tirant son origine d'une requête individuelle, il lui faut se borner autant que possible à examiner les problèmes posés

⁹⁵³ Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Série A, n° 25, § 240, p. 91.

⁹⁵⁴ Cour E.D.H., arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, préc.

⁹⁵⁵ Cour E.D.H., arrêt du 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, préc., et Cour E.D.H., arrêt du 24 avril 1990, *Hunig c. France*, req. 11105/84, Série A, n°176-B. Voir également, pour la Grande-Bretagne, l'arrêt initiateur de cette jurisprudence : Cour E.D.H., arrêt du 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. 8691/79, Série A, n°82.

⁹⁵⁶ Cour E.D.H., arrêt du 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, préc., § 36.

⁹⁵⁷ Voir les arrêts précités : Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc. ; Cour E.D.H., arrêt du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, préc..

⁹⁵⁸ Elles ne sont toutefois, dans le cadre des recours individuels, non pas invoquées comme une potentielle violation, mais comme une circonstance exonératoire de l'épuisement des voies de recours internes : Cour E.D.H., arrêt du 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, Rec., 1996-IV ; Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, Rec., 1996-VI ; Cour E.D.H., arrêt du 8 juillet 1999, *Cakici c. Turquie*, Rec., 1999-IV ; Cour E.D.H., arrêts du 28 juillet 1999, *Bottazzi c. Italie*, *Di Mauro c. Italie*, *Ferrari c. Italie* et *A.P. c. Italie*, Rec., 1999-V ; Cour E.D.H., arrêt du 4 mai 2001, *Mc Kerr c. Royaume-Uni*, Rec., 2001-III ; Cour E.D.H., arrêt du 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, Rec., 2004-XII ; Cour E.D.H., arrêt du 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, Rec., 2004-XI ; Cour E.D.H., arrêt du 13 janvier 2009, *Aliiev c. Georgie*, req. 522/04 ; Cour E.D.H., arrêt du 17 septembre 2009, *Manole et autres c. Moldova*, req. 13936/02 ; Cour E.D.H., arrêts du 27 octobre 2009, *Gorguiladze c. Georgie* et *Pandjikidze et autres c. Georgie*, req. 4313/04 et 30323/02.

⁹⁵⁹ Ainsi, l'existence d'une pratique italienne non compatible aux exigences de la C.E.D.H. du fait des retards systématiques de procédure a été reconnue par la Cour en 1999, lors de sa 'saturation' par les recours individuels pour violation de l'article 6. 1 y relatif : Cour E.D.H., arrêts du 28 juillet 1999, *Bottazzi*, *Di Mauro*, *Ferrari* et *A.P. c. Italie*, préc.. Une nouvelle pratique de retard a été plus récemment constatée, dans le cadre cette fois du recours dit « recours Pinto », spécifiquement ouvert pour recevoir les griefs relatifs aux lenteurs de procédure. La lenteur dans le versement des réparations constitue, de nouveau, une pratique non conforme à la C.E.D.H. : Cour E.D.H., arrêt du 23 mars 2006, *Cocchiarella c. Italie*, req. 64886/01, Rec., 2006-V, § 23-31.

par le cas concret dont on l'a saisie »⁹⁶⁰ : la pleine compatibilité de celle-ci ne pourrait être mise en cause qu'en cas d'application contraire aux obligations de la C.E.D.H.⁹⁶¹

La Cour interaméricaine a pu, quant à elle, reconnaître pour la première fois la violation de l'obligation relative à la pleine compatibilité dans l'arrêt *Suarez Rosero*. La loi équatorienne permettait en effet la privation de liberté d'auteurs présumés de trafic de stupéfiants sans l'entourer des garanties accordées aux autres sujets internes, garanties nécessaires au respect du droit à la liberté selon la Cour. Ainsi, la violation est reconnue au jour de la réalisation d'une privation de liberté contraire aux exigences de la C.A.D.H. en la personne de M. Suarez Rosero. La Cour affirmera la violation superposée de l'obligation de comportement normatif imposée aux Etats par l'article 2 de la Convention, considérant que, outre la réalisation d'une situation individuelle, la violation est également due à la simple existence de la loi équatorienne non compatible et, surtout, qu'elle aurait été réalisée même sans cette application⁹⁶². Toutefois, ce ne fut pas clairement confirmé dans l'arrêt en réparation relatif à la même affaire : alors que l'Equateur avait abrogé les dispositions litigieuses puis légiféré de nouveau, adoptant une loi strictement identique à l'ancienne et ainsi toujours non compatible avec la C.A.D.H., la Cour ne déclara pas l'Equateur auteur d'une nouvelle violation du droit interaméricain face à l'existence de cette loi encore inappliquée⁹⁶³. D'autres règles d'habilitation seront, par leur seule existence, tenues pour des violations du droit international au jour de leur application, telle une disposition constitutionnelle chilienne permettant la censure, appliquée au film *The Last Temptation of Christ*⁹⁶⁴,

⁹⁶⁰ Cour E.D.H., arrêt du 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, Série A, n° 39, § 88, repris dans une jurisprudence constante et notamment : Cour E.D.H., arrêt du 5 novembre 1981, *X c. Royaume-Uni*, Série A, n° 46, § 41 et Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*, préc., § 36.

⁹⁶¹ En ce sens, voir l'arrêt *Adolf* dans lequel la Cour a refusé d'examiner la compatibilité d'un article du code pénal autrichien à l'article 6. 2 de la C.E.D.H. La règle interne en question permet de ne pas donner suite à une procédure pénale, lorsque les conséquences de la conduite incriminée sont insignifiantes. Elle rendait ainsi possible un constat de culpabilité en matière pénale sans procès équitable suivi d'une simple clôture de la procédure (ce qui ressortait d'une décision de première instance à l'encontre du requérant). La Cour suprême autrichienne interpréta toutefois l'article 42 et la décision de première instance qui en faisait application comme une forme d'« excuse absolutoire ». En l'espèce, le requérant n'avait ainsi pas été reconnu coupable mais seulement « soupçonné ». La règle interne ayant reçu une application en accord avec la C.E.D.H., nul besoin d'évoquer son éventuelle non-compatibilité avec cette dernière (Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*, préc., spéc. § 36 et 40. loc. cit).

⁹⁶² C.I.A.D.H., arrêt du 12 novembre 1997, *Suarez Rosero c. Equateur*, préc., § 96 : « *The Court (...) observes that, in its opinion, this law violates per se Article 2 of the American Convention, whether or not it was enforced in the instant case.* »

⁹⁶³ C.I.A.D.H., arrêt du 20 janvier 1999, *Suarez-Rosero c. Equateur (réparations)*, Série C, n°44, § 87. Elle affirma simplement que l'Equateur était en violation de son obligation secondaire de cessation de la première violation constatée. Voir *infra*, Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2.

⁹⁶⁴ C.I.A.D.H., arrêt du 5 février 2001, *The Last Temptation of Christ (Olmedo Bustos et al. v. Chile)*, Série C, n° 73. Après le constat de la violation du droit à la liberté d'expression dans un cas individuel, la Cour énonce que « *international responsibility of the State may be engaged by acts or omissions of any power or organ of the State, whatsoever its rank, that violate the American Convention. That is, any act or omission that may be attributed to the State, in violation of the norms of international human rights law engages the international responsibility of the State. In this case, it was engaged because article 19(12) of the Constitution establishes prior censorship of cinematographic films and, therefore, determines the acts of the Executive, the Legislature and the Judiciary.* », § 72.

ou une loi sur l'état d'urgence ne garantissant plus de nombreux droits au Pérou, violés dans des cas concrets⁹⁶⁵.

Il en irait de même du *tempus commissi delicti* d'une obligation seulement relative à la compatibilité des règles internes, si celle-ci demeurerait tacite et n'exigeait donc, selon nos critères, qu'un *effort* et non une obligation stricte.

Question de l'épuisement des voies de recours internes

Comme on l'a vu, un principe relatif à la compatibilité des règles internes pourrait être dégagé en droit international général ; celui-ci ne pourrait toutefois imposer davantage qu'une obligation *de s'efforcer*, dans un but de prévention du propre comportement de l'Etat, en violation de ses obligations de réalisation de situations individuelles. Dès qu'une situation contraire aura été réalisée, une règle qui imposait à l'organe un tel comportement pourrait être examinée et son existence tenue pour une violation supplémentaire. L'effet utile des dispositions expresses relatives à la compatibilité du droit serait ainsi de permettre la reconnaissance d'une telle violation avant toute application de la loi incompatible, qu'elle contribuerait à éviter. Même dans le premier cas toutefois, on ne peut douter du fait qu'une obligation de comportement normatif ne se superpose qu'aux obligations de comportement opératif *aux modalités déterminées*, dont la violation est consacrée avant épuisement des voies de recours internes. On doit conclure que la preuve de la violation de l'obligation de s'efforcer à un comportement normatif pourrait être apportée au jour de l'application de la règle incompatible, sans attente d'un épuisement des voies de recours internes. Quant à la question de l'épuisement d'éventuels recours disponibles à l'encontre de la règle incompatible ou non compatible, en elle-même, elle est commune à la violation des obligations strictes de comportement normatif, et nous l'évoquerons à ce stade⁹⁶⁶.

b. Durée

Les mêmes interrogations que soulevées précédemment, par rapport à la durée de la violation des obligations de comportement normatif dans le cadre du droit uniforme privé, s'appliquent ici. On se contentera de rappeler qu'une violation, comme on le verra constituée par l'état de règles internes, ne peut être considérée comme un fait instantané, et ce même si la preuve de cette violation n'a pu être apportée qu'ultérieurement, au jour de l'application des

⁹⁶⁵ C.I.A.D.H., arrêt du 16 août 2000, *Durand and Ugarte*, préc.

⁹⁶⁶ Voir *infra*, 2, a.

règles en question, du fait d'une autre violation, elle-même vraisemblablement instantanée, d'une obligation de comportement opératif à la charge de l'Etat.

2. *Obligations strictes*

a. Moment

(i) Question de l'issue d'un délai raisonnable

Dans le cas d'une obligation *stricte*, la violation sera consacrée par l'incompatibilité, *in abstracto*, de la règle interne, avant même application de celle-ci. Cela est, à notre sens, corroboré par les propos du Président du T.P.I.Y., qui énonce qu'une obligation de cette catégorie est violée non seulement « lorsqu'ils se heurtent à une situation spécifique ne leur permettant pas d'exécuter les mandats d'arrêt ou les ordonnances du Tribunal *mais même avant cette éventualité* »⁹⁶⁷. Quel est toutefois le moment exact de ce manquement ? En présence d'une obligation de comportement normatif, nous croyons qu'il est toujours laissé à l'Etat, dans le silence des textes, un *délai raisonnable* pour y satisfaire, à l'issue duquel il pourra être considéré comme y ayant manqué. Ce délai ne doit pas, à notre sens, être confondu avec le délai laissé à l'Etat entre la signature et la ratification d'un traité pour accomplir les formalités internes de son engagement. Bien entendu, l'Etat peut utiliser à bon escient cette période pour rendre son droit interne compatible à ses engagements. Mais un Etat peut être déjà engagé tout en disposant d'un délai pour cela. Facteur de souplesse, il nous semble être la marque des obligations de comportement normatif, exactement comme dans le cadre du droit privé uniforme. Toutefois, aucun délai précis n'est jamais imparti à l'Etat lorsque l'état de ses règles de droit public est en cause, ce qui confère une flexibilité supplémentaire à l'obligation, voire en abaisse la normativité.

⁹⁶⁷ T.P.I.Y., Décision du Président du Tribunal du 3 avril 1996, *Affaire Blaskic*, préc., p. 1153. On rappelle toutefois que le Président affirmait ici la présence d'une obligation de *pleine compatibilité* du droit interne. Ainsi, à propos de l'article 88 du Statut de Rome, Helen Duffy et Jonathan Huston estiment que l'absence de modification d'une législation incompatible constitue en elle-même, et sans attente de la survenance de la démonstration concrète de cette défaillance, un fait internationalement illicite (Helen DUFFY, Jonathan HUSTON, « Implementation of the ICC Statute... », *op. cit.*, p. 34.) *Contra*, Annalisa Ciampi considère qu'il ne peut jamais y avoir de violation de cet article avant la démonstration concrète d'une défaillance (CIAMPI, « The obligation to cooperate », *op. cit.*, p. 1625.)

(ii) Question de l'épuisement des voies de recours internes

Recours juridictionnels

La question de l'épuisement des voies de recours internes ne se pose cette fois pas par rapport à la violation de l'obligation de comportement opératif, dans le chef d'une situation individuelle : on le sait à présent, l'application de la règle incompatible peut ne pas être nécessaire à la démonstration d'une violation. En revanche, l'épuisement peut-il conditionner la violation de l'obligation de comportement normatif elle-même ? Nous ne le pensons pas. Toutes les obligations de comportement normatif doivent, par essence, être entendues comme des obligations ne visant pas le comportement global de l'ensemble de l'appareil étatique, mais le comportement global d'un seul pouvoir : le pouvoir normatif général de l'Etat. Certes, ce comportement peut englober les conduites du législateur mais aussi de l'exécutif qui, disposant également d'un pouvoir normatif, pourra amender certaines règles et les rendre compatibles avec le droit international. Il ne comprend toutefois pas les conduites du judiciaire, lequel n'aurait que la faculté d'écarter, de manière contingente, la loi interne incompatible, sauf dans de systèmes de *common law* où le précédent joue un rôle normateur⁹⁶⁸. En revanche, le pouvoir judiciaire ne pourra jamais « corriger » un comportement normatif, déjà parfait avant son intervention⁹⁶⁹. Nos propos peuvent notamment s'appuyer sur le refus constant de la Cour européenne de considérer que l'article 13, imposant de fournir un recours interne aux sujets internes victimes d'une violation de leurs droits, puisse exiger un recours par lequel on puisse dénoncer l'incompatibilité des lois d'un Etat contractant⁹⁷⁰.

Recours constitutionnels

Tout autre est la question du recours au juge constitutionnel. Ce dernier doit en effet être davantage entendu comme exerçant un pouvoir de nature législative et non juridictionnelle⁹⁷¹. Toutefois, la question de l'épuisement des recours devant le juge constitutionnel revient

⁹⁶⁸ Devant la C.E.D.H., la législation interne est entendue telle qu'interprétée par la juridiction suprême : dans un système de *common law*, la victime doit avant tout donner la possibilité aux juridictions de faire évoluer le droit par voie d'interprétation : Cour E.D.H., arrêt du 16 décembre 2010, *A, B et C. c. Irlande*, req. 25579/05, § 142. Ainsi, en Irlande, le droit en vigueur doit être entendu comme « les dispositions constitutionnelles et législatives telles qu'interprétées par les juridictions irlandaises », *ibid.*, § 144.

⁹⁶⁹ Ce raisonnement s'applique également à la question de l'épuisement des voies de recours internes comme condition de la violation des obligations de comportement normatif relatives à la conformité des règles internes à des « lois uniformes » de droit privé.

⁹⁷⁰ Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, Série A, n°98, p. 47, § 85 ; Cour E.D.H., arrêt du 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, Série A, n° 102, p. 74 § 206 ; Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1990, *Ponell et Rayner c. Royaume-Uni*, Série A, n° 172, § 36 ; Cour E.D.H., arrêt du 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, Rec., 2005-X, § 137 : « l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un Etat contractant comme contraires en tant que telles à la Convention ».

davantage à celle de la complétude de la procédure législative : la loi est-elle parfaite avant son contrôle au regard de la Constitution ? Lorsque le recours permet d'annuler une loi qui n'aurait jamais dû être en raison de sa non-conformité à la Constitution, on pourrait l'exiger afin de démontrer le fait illicite. Tout dépend évidemment de l'ordre juridique interne dont il est question, mais on peut sans doute *présumer* de la conformité de la loi à la norme suprême étatique, même si certains systèmes juridiques instituent ensuite un contrôle propre à renverser cette présomption. L'existence d'une loi incompatible réaliserait un fait internationalement illicite dès son entrée en vigueur, que le recours à un juge constitutionnel pourrait retarder.

Encore différente est la question du recours constitutionnel *a posteriori*, à l'occasion de l'application d'une loi qui a déjà toute sa force dans un litige concret. Ce contrôle de constitutionnalité pose des difficultés non négligeables en matière de sécurité juridique : considérer qu'une loi non conforme à la constitution n'existait pas remet en cause de manière démesurée l'œuvre, pourtant déjà achevée, du législateur, et les nombreuses situations individuelles potentiellement réalisées en application de celle-ci. C'est pourquoi la loi ne sera qu'abrogée pour l'avenir. Ce type de recours ne peut être entendu comme le point d'orgue de la procédure de création normative, mais seulement comme un correctif partiel apporté à un conflit de normes déjà en vigueur. Il nous semble que son épuisement ne peut être une condition de fond de la violation d'une obligation de comportement normatif, ledit comportement étant déjà parfait bien auparavant. Cela reviendrait à attendre l'application de la loi comme preuve de l'existence d'une violation du fait de son état. Une telle application pourrait toutefois être requise dans la démonstration d'une violation de l'obligation *de s'efforcer* à un comportement normatif, relatif à la compatibilité des règles internes.

b. Durée

L'état des règles internes est une situation par essence durable. Le caractère continu de tels faits internationalement illicites fut indirectement reconnu par la Cour européenne, dans les affaires *Dudgeon* et *Norris*. La législation mise en cause représentait en effet, selon ses termes, une « ingérence *permanente* dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée »⁹⁷². Bien que la Cour ne qualifie pas clairement ce fait illicite au regard de sa durée, nul doute de sa

⁹⁷¹ De la même façon, l'état du droit interne sera toujours présenté par la Cour comme englobant les décisions constitutionnelles y relatives.

⁹⁷² Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc., § 41, p. 18, cité par Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, préc., p. 17.

continuité. Cette caractéristique ne lui sera utile, comme le relève un auteur⁹⁷³, qu'au stade de la détermination de sa compétence *ratione temporis*.

Quelle que soit l'intensité normative de l'obligation, et quelle que soit son exigence précise, elle ne sera violée qu'en raison de l'état des règles d'usage des habilitations internes, et non véritablement par l'état de ces habilitations elles-mêmes ; cette violation interviendra sur le mode de l'illicéité.

B. Mode de violation

1. *Etat des normes internes*

Incompatibilité de la norme

Toute violation d'une obligation de comportement normatif est révélée par l'état des normes internes. Dans le cas des obligations relatives à la compatibilité des règles internes qui nous occupent ici, c'est ainsi l'incompatibilité, voire parfois la non-compatibilité des règles, qui constituera le fait internationalement illicite. Cela est très clairement révélé par un rapport du groupe spécial de l'O.R.D. dans l'affaire de la *Méthode de la réduction à zéro*, lequel opère un véritable contrôle d'une « norme », qui « n'est pas exprimée sous la forme d'un instrument écrit »⁹⁷⁴. Nul doute ici que seul comportement normatif de l'Etat peut alors véritablement être en cause. Les Etats-Unis contestaient fortement un tel regard porté sur son droit interne. De leur avis, cette approche « ferait que le système de règlement des différends de l'O.M.C. en viendrait à édicter des 'normes' au lieu de régler des différends concernant des mesures »⁹⁷⁵. C'est véritablement de cela qu'il s'agit : même si l'organe d'appel s'en défend⁹⁷⁶, les Accords de l'O.M.C. sont désormais interprétés comme exigeant la compatibilité des normes internes aux obligations qui en sont issues. Il doit ainsi, pour en déterminer la violation, « identifier avec précision la teneur spécifique de cette norme et le comportement futur qu'elle entraînerait »⁹⁷⁷.

Norme d'usage de l'habilitation

Le groupe spécial institué dans l'affaire dite de la *Section 301* a reconnu la violation d'une obligation de comportement normatif du simple fait de la non-compatibilité d'une règle

⁹⁷³ WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées...*, *op. cit.*, p. 235.

⁹⁷⁴ Organe d'appel, rapport du 18 avril 2006, *États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, préc., § 190 et s.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, § 57.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, § 204.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, § 200, renvoyant au rapport du groupe spécial.

d'habilitation, avant toute application de celle-ci⁹⁷⁸. Toutefois, dans cette affaire ainsi que dans toutes les affaires relevant semblait-il, d'une violation de l'obligation relative à la pleine compatibilité des règles de l'Etat, il est notable que ni le terme d'habilitation, ni même celui de « pouvoir » ne soit jamais employé⁹⁷⁹. L'important, au regard du droit international, est davantage la *permission* de l'organe d'user de son pouvoir dans un cas déterminé. Certes, le terme de permission est bien souvent employé pour désigner l'habilitation de l'organe. Loin d'une difficulté de vocabulaire, il semblerait que le droit international distingue sans le dire les deux concepts et désigne, précisément, la règle d'usage naturellement attachée à une habilitation, à savoir la permission, et non l'habilitation en elle-même⁹⁸⁰. L'étude de la jurisprudence, et de la norme spécifique dont l'existence semble être une violation du droit international, nous fait apparaître une nouvelle directive d'interprétation des obligations de comportement normatif relatives au droit public. L'article 13 de la C.E.D.H., on vient de le voir, n'impose aucune création d'institution nouvelle. De la même façon, les dispositions selon lesquelles le droit interne doit permettre le respect du droit international, ne peuvent s'interpréter comme requérant de l'Etat la création d'une nouvelle institution, une nouvelle répartition des pouvoirs entre organes de droit interne. L'obligation de comportement normatif vise ainsi, toujours, la règle d'usage du pouvoir conféré en droit interne à un organe. Lorsque cette obligation proscrie l'existence de permissions – pour qu'aucune violation de l'obligation de comportement opératif ne soit « permise » – ou la prescrit – afin de « permettre » son respect – elle requiert de l'Etat un droit public *pleinement compatible*. Plus souvent, l'obligation de comportement normatif visera de manière beaucoup moins ambiguë la règle d'usage d'habilitation, et non une « permission » de droit interne : l'Etat se voit obligé de disposer d'un droit qui *n'interdit* pas le respect de ses obligations de comportement opératif. Moins qu'une *pleine* compatibilité, c'est cette fois la simple *compatibilité* du droit interne que l'obligation de comportement normatif exige.

⁹⁷⁸ Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, préc.

⁹⁷⁹ Dans l'affaire de la Section 301, le groupe spécial mentionne tout d'abord « le pouvoir *et le droit* » de l'organe d'adopter un comportement contraire au droit de l'O.M.C. (§ 7.54, nous soulignons), puis d'un « dispositif législatif d'un Membre qui a pour effet *d'autoriser* » un tel comportement (§ 7.60, nous soulignons).

⁹⁸⁰ Sur ces distinctions : TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, *op. cit.* Pour l'auteur, les permissions, interdictions et obligations peuvent être liées à la norme d'habilitation : « Ces qualifications déontiques portent sur l'emploi de l'habilitation. Elles déterminent s'il est permis, ordonné ou interdit à un acteur de faire usage de son pouvoir dans des circonstances déterminées. Elles ne sont donc pas internes mais externes à la norme d'habilitation. », p. 347. En outre, « La permission semble la qualification déontique naturelle de l'usage d'une habilitation. » p. 348.

2. *Fait internationalement illicite*

Le droit international permet ainsi, par l'énoncé d'une obligation de comportement normatif, d'aboutir à un résultat relativement similaire à l'énoncé d'un principe de légalité faiblement défini. Il n'en emporte toutefois pas les mêmes conséquences : la violation de cette obligation sera sur le mode de l'illicéité et non de la nullité. Pas davantage qu'une règle de droit privé non conforme à un modèle internationalement déterminé, la règle interne publique incompatible ne pourra voir sa validité interne remise en cause. Une telle solution serait toutefois plus envisageable. Les obligations internationales relatives à la réalisation de situations individuelles peuvent, parfois, être directement invoquées par les sujets internes dans leur propre ordre juridique. Ainsi, en France, les règles internes incompatibles sont écartées pour leur appliquer directement le droit international. Pourrait-on envisager une nullité de ces dernières, ou au moins une annulabilité ? Davantage qu'un principe de primauté, c'est alors une véritable supériorité du droit international qui devrait être consacrée, ce qui semble être le cas en droit communautaire, lequel apparaît, une fois de plus, comme une contre-épreuve à notre raisonnement. L'ordre juridique communautaire entend obliger immédiatement les organes de droit interne. En France, pour appliquer ce droit, les organes ne renvoient plus à l'article 55 de la Constitution, mais à une disposition spécifique, qui n'indique pas un principe de primauté mais, plus généralement, une appartenance aux Communautés et à l'Union européenne⁹⁸¹. Cette attitude est conforme à ce qu'exige cet ordre qui, propre et intégré, ne souffre plus d'être appliqué par le relais des constitutions nationales. Des obligations initialement conventionnelles qui régissent le comportement opératif de l'Etat peuvent ainsi se substituer aux règles de droit interne et être immédiatement appliquées. Deux conséquences évidentes peuvent alors être tirées : la règle interne incompatible n'est plus seulement écartée de façon contingente, mais perdra bien tout effet juridique même si son annulation n'est pas formellement prononcée⁹⁸². En outre, les organes tireront leur pouvoir du droit international et non plus du droit interne, marquant la fin de l'Etat souverain n'obéissant qu'à sa propre constitution. Bien davantage en droit international, seules des obligations de comportement sont adressées aux Etats, à eux d'habiliter leurs propres

⁹⁸¹ Constitution française, article 88-1.

⁹⁸² Une loi inconstitutionnelle peut parfaitement, en droit interne, ne pas être nulle *ipso jure*, mais seulement annulable par une procédure spécifique. De même dans un système fédéral tel celui des Etats-Unis la règle de l'Etat fédéré incompatible avec la Constitution fédérale sera seulement écartée par la Cour Suprême sans être formellement annulée. Pourtant, la loi peut être considérée comme telle en raison de la règle du précédent. Certes la C.J.C.E. n'a pas le rôle d'une juridiction de dernière instance mais, par le biais de la question préjudicielle, elle joue un rôle d'unification et permet de déclarer incompatible avec le droit communautaire une règle interne, laquelle sera sans effet pour l'avenir dans l'ordre interne, et plus seulement écartée.

organes à les respecter. Les obligations de comportement normatif ne sont pas différentes, et leur violation ne se place ainsi que sur le terrain du droit de la responsabilité.

Conclusion de la partie

La raréfaction des obligations internationales laissant à l'Etat la liberté de faire appel à l'ensemble de son appareil interne pour réaliser les situations internes requises de lui permet de tenir aujourd'hui nombre de productions d'actes juridiques internes en conflit avec des obligations internationales pour des violations de ces dernières. Le caractère immédiatement exécutoire de l'acte, qui modifie ainsi en lui-même des situations individuelles, suffit à assimiler sa production à un comportement matériel de l'Etat. Il est *opératif* au regard du droit international. L'ensemble des actes individuels peut donc être à l'origine d'un fait internationalement illicite.

Les règles juridiques peuvent également, parfois, présenter un caractère immédiatement exécutoire. Cependant, leur généralité et leur abstraction rendront la réalisation d'un fait internationalement illicite par leur simple production, voire leur maintien en vigueur, plus difficile à reconnaître. Il est en effet délicat de masquer, derrière un prétendu comportement opératif, le comportement normatif de l'Etat. C'est précisément ce comportement normatif qui sera l'objet d'obligations qui ne visent cette fois pas la réalisation de situations individuelles mais tendent à définir des modèles de normes internes, auxquels l'Etat devrait se conformer. Ainsi, on a pu qualifier dans cette hypothèse le conflit entre droit interne et obligation internationale de *non-conformité*, rendant compte du fait que la règle interne n'est pas formée sur le modèle donné par le droit international. Cette institution du « droit uniforme » est bien connue des conventions de droit international privé, lesquelles ne sont, sauf exception, relatives qu'à des règles immédiatement exécutoires⁹⁸³. Ces règles auraient ainsi également pu être l'objet d'une réglementation par des obligations de comportement opératif. L'institution d'un « droit uniforme » dans le domaine du droit public, alors que les règles de l'Etat ne sont cette fois plus immédiatement exécutoires et comportent une part d'habilitation à produire des normes individuelles d'application, relève d'une logique toute différente. Ce n'est pas tant un « modèle », qui ne fait pas droit en lui-même, qui sera posé par l'obligation de comportement normatif. Celle-ci se superposera à une prescription de comportement opératif qui liait déjà l'Etat, jouant un rôle préventif des violations de cette dernière qui naîtraient du fait du droit interne de l'Etat. L'incompatibilité, voire la non-compatibilité des règles juridiques internes pourraient alors, si de telles obligations étaient reconnues, donner lieu à des faits internationalement illicites, que l'on pourrait qualifier de platoniques : l'atteinte à la légalité internationale, ni potentielle ni virtuelle, n'est pourtant pas palpable.

⁹⁸³ Voir l'hypothèse des règles de droit pénal, objet d'obligations relatives à leur conformité, *supra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

Tout fait internationalement illicite emporte la responsabilité de son auteur. Dans l'ensemble des cas où, qu'il soit entendu comme tel ou envisagé comme un comportement opératif, le comportement normatif de l'Etat est à l'origine d'un fait internationalement illicite, sa responsabilité internationale sera tout de même engagée. Il devra ainsi répondre de la production et du maintien d'actes juridiques, voire de l'état de certaines de ses normes. A fait illicite platonique, absence de conséquence ? Les conséquences exactes de ces divers faits internationalement illicites, plus ou moins abstraits selon le fait du droit interne qui y a donné lieu, autrement dit le contenu de la responsabilité engagée par l'Etat et les modalités de sa mise en œuvre, doivent à présent être envisagées.

SECONDE PARTIE

CONSEQUENCES DE LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE

Introduction

Etablir l'existence d'un fait internationalement illicite était une tâche à la croisée de deux chemins. Ce fait illicite, origine de la responsabilité de l'Etat, répond en effet à des conditions générales, règles « secondaires » posées par le droit international. Il est en outre intimement lié à l'objet précis de l'obligation à laquelle l'Etat s'est initialement engagé, autrement dit ses obligations « primaires ». La C.D.I. a pris soin d'exclure de ses travaux sur le droit de la responsabilité de l'Etat toute référence à ces dernières⁹⁸⁴, dont l'étude était jusqu'alors au centre des nôtres, nécessaire pour apporter une définition matérielle de l'illicéité, indispensable pour déterminer si *le fait du droit interne* pouvait ou non répondre à cette définition. Les obligations relatives à l'Etat du droit interne, même lorsque leur objet semblait se limiter à la prévention de la violation d'obligations de comportement opératif de l'Etat, ont été analysées comme des obligations primaires du droit international, et non comme des règles de fonctionnement de cet ordre juridique.

C'est au contraire au cœur des règles secondaires que nous allons à présent entrer, lesquelles établissent les conséquences attachées à la violation d'obligations primaires de l'Etat. Une violation *du fait du droit interne* a-t-elle une quelconque spécificité au regard de ces règles secondaires ? En effet, on s'est rendu compte que le particularisme du comportement normatif de l'Etat était parfois nié en droit international, et entendu comme un simple comportement opératif : celui de la production et, le cas échéant, du maintien en vigueur de certains actes juridiques, qui portaient en eux-mêmes atteinte à des situations individuelles. Qu'ils soient individuels ou généraux, ces actes étaient immédiatement exécutoires. Seuls les actes parfaitement abstraits, dont l'effet sur des situations individuelles n'était que potentiel car soumis à la production d'une norme individuelle subséquente, étaient véritablement considérés comme normatifs, ne pouvant être régis que par des obligations primaires idoines, dont nous avons parfois pu déceler l'existence. Le droit de la responsabilité internationale sera-t-il, de même, parfois aveugle envers le comportement normatif de l'Etat, ou bien prendra-t-il en considération ce *fait du droit interne*, en tant que tel ?

⁹⁸⁴ R. Ago a eu le mérite d'extraire les travaux de la C.D.I. d'une recherche exclusive sur la responsabilité de l'Etat du fait des dommages causés aux étrangers, autrement dit du fait de règles primaires spécifiques. Voir notamment : Sous-commission de la C.D.I. (président : R. Ago), « Rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/152, annexe à C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa quinzième session (6 mai-12 juillet 1963), *Ann. C.D.I.*, vol. II, 2^e partie, spéc. § 4-5, p. 237-238 et p. 263 ; AGO (R.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », préc., p. 327. M. Crawford a, quant à lui, définitivement ôté toute références aux obligations primaires de l'Etat, ôtant du même coup du projet tout un pan relatif à l'origine de la responsabilité, et à la définition de l'illicéité : voir CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 61.

Aucune réponse aussi tranchée ne peut être apportée, et une frontière devra être établie entre les hypothèses relevant d'une conception traditionnelle du droit international, et les hypothèses ne pouvant être perçues qu'en adoptant une vision plus ouverte des règles secondaires qui régissent le fonctionnement de cet ordre. Le point de départ général de notre travail était la distinction classique entre actes juridiques individuels et règles juridiques, qui nous permettait de ne pas anticiper la frontière établie par le droit international lui-même. La classification des actes juridiques internes entre actes immédiatement exécutoires et actes non immédiatement exécutoires a donc été déduite de nos travaux. Se superposait à elle la classification des obligations primaires selon qu'elles régissent la réalisation de situations individuelles – *obligations de comportement opératif* – ou bien l'état des règles juridiques internes – *obligations de comportement normatif*.

Rappelons ici qu'il n'y a pas de parfaite correspondance entre ces catégories. Alors que la classification des actes juridiques internes nous a conduit à la classification des obligations internationales adoptée, cette dernière ne répondait pas parfaitement à la première. Ainsi, le fait des règles non immédiatement exécutoires ne peut être perçu comme réalisant des situations individuelles, et sera nécessairement régi par des obligations de comportement normatif. En revanche, le fait des règles immédiatement exécutoires peut être appréhendé tant par des obligations de comportement normatif – bien que cela relève d'une extension de cette catégorie, voire d'une fiction – que par des obligations de comportement normatif – on pense aux obligations dites « de droit uniforme » en droit international privé. Les règles internes de droit privé *stricto sensu* sont, on l'a vu, immédiatement exécutoires en ce qu'elles régissent le statut des sujets internes ou leurs relations même hors toute intervention de la puissance publique subséquente. Leur production et leur maintien peut donc être immédiatement contraire à la réalisation de certaines situations individuelles exigées⁹⁸⁵. Leur non-conformité à des modèles internationalement établis peut en outre donner lieu à la violation d'obligations relatives à leur état⁹⁸⁶.

Quoi qu'il en soit, ces catégories d'actes internes et d'obligations internationales nous ont été essentielles à la détermination du fait internationalement illicite. Seront-elles également des pivots dans l'étude des conséquences de ce dernier ? Afin de rester attachée à notre démarche déductive, nos travaux se sont, de nouveau, articulés autour de la distinction entre actes juridiques

⁹⁸⁵ Première Partie, Titre 2, *Chapitre 1*, Section 1. On se souvient avant tout de l'affaire *Marckx*.

⁹⁸⁶ Première Partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 1.

individuels et règles juridiques de l'Etat, ce que reflète le plan des premiers chapitres de chaque titre de cette seconde partie⁹⁸⁷. La frontière entre actes immédiatement exécutoires et actes non immédiatement exécutoires apparaîtra ici plus ténue, la nature de l'obligation violée jouant en revanche un rôle tout à fait essentiel dans la détermination des conséquences de l'illicite mises à la charge de l'Etat auteur. La spécificité des obligations de comportement normatif marquera l'avènement d'une responsabilité de l'Etat d'un genre nouveau, tant en ce qui concerne son contenu que sa *mise en œuvre*.

Si tout fait internationalement illicite engage la responsabilité de l'Etat⁹⁸⁸, et emporte des obligations secondaires mises à sa charge en raison de cette conduite, ces conséquences pourraient demeurer parfaitement théoriques si nul ne pouvait en réclamer le respect. Nous suivrons ainsi la perspective de la C.D.I., laquelle a inclus les questions de « mise en œuvre de la responsabilité » dans ses travaux y relatifs⁹⁸⁹. Tant le contenu de la responsabilité de l'Etat que sa mise en œuvre, qui constitueront les deux axes de cette partie, soulèvent avec acuité des questions propres au fait internationalement illicite *du fait du droit interne*. Affirmer que le droit interne en conflit avec les obligations internationales de l'Etat peut parfois donner lieu à un fait internationalement illicite n'est pas tout. Encore faut-il pouvoir déceler si des conséquences pourront être attachées à un fait illicite si particulier. Intuitivement, on perçoit que des difficultés s'élèveront quant à la détermination d'un dommage qu'il aurait causé, difficultés qui tendraient ainsi à vider la responsabilité de l'Etat de toute notion de réparation. On perçoit également que les conditions traditionnelles de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, au premier rang desquelles figure l'intérêt pour agir, mais aussi, dans le cadre de demandes en protection diplomatique, l'épuisement des voies de recours internes, s'élèveront comme des obstacles à la reconnaissance de la responsabilité dans l'hypothèse qui est la nôtre.

L'étude de cette responsabilité de l'Etat exclut d'emblée ce qui ne relève pas du droit, et nous ne nous attarderons pas, sauf quelques cas exceptionnels⁹⁹⁰, sur les conséquences de la responsabilité que l'on peut dégager de la pratique étatique, et plus précisément de l'issue de règlements diplomatiques des différends entre Etats. Il est en effet délicat, en raison du manque

⁹⁸⁷ Voir *infra*, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 1 : Cas des actes juridiques individuels ; Section 2 : Cas des règles juridiques. Voir l'architecture identique du Titre 2, *Chapitre 1*.

⁹⁸⁸ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art 1, p. 2.

⁹⁸⁹ Voir *infra*, introduction du Titre 2.

⁹⁹⁰ L'affaire du *Rainbow Warrior*, puisqu'elle a été suivie d'une procédure juridictionnelle, est riche d'enseignements en droit de la responsabilité et ce même dans sa phase première, pourtant purement diplomatique (Sentence arbitrale du 30 avril 1990, *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)*, R.S.A., vol. XX, version française in R.G.D.I.P., 1990, p. 866-868).

de publicité propre à ces affaires, de déterminer si la responsabilité d'un Etat est réellement engagée suite à un fait internationalement illicite reconnu, ou bien si une solution au différend est trouvée dans l'équité. Ce qui apparaît comme une forme de réparation du préjudice subi peut en réalité n'être qu'une forme de compensation répondant à des considérations étrangères au droit⁹⁹¹. Il faut ainsi conclure avec J. Personnaz que, faisant prédominer le politique sur le juridique, le règlement diplomatique des différends est réfractaire à toute étude méthodique et ne doit être examiné qu'avec circonspection⁹⁹². Nous prendrons ainsi essentiellement appui sur la pratique des organes juridictionnels relative à la responsabilité de l'Etat.

Les règles secondaires du droit international sont toutefois variées, et notre étude devra à la fois tenir compte des solutions retenues en droit international général, que de celles apportées par des branches du droit spécial. La pratique d'organes quasi juridictionnels devra alors être prise en considération. Elle seule permettra de tirer des enseignements décisifs quant à l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de son droit interne. Au premier rang de ces règles spéciales, figurent en effet celles issues de mécanismes du droit international qui portaient une attention toute particulière, au niveau des obligations primaires, à l'état des règles internes de l'Etat. Des dispositifs innovants, propres à ouvrir la voie de la mise en œuvre d'une certaine responsabilité de l'Etat, ont alors été mis en place. Ils seront au centre de notre attention, dès lors qu'ils atteignent un certain degré de juridictionnalisation.

⁹⁹¹ J. Personnaz note que lorsque « le principe de la réparation aura été reconnu, et qu'elle aura été débattue librement, l'indemnité sera souvent fixée à la suite d'un véritable marchandage (fixation forfaitaire d'un chiffre global ou d'un maximum). Dans d'autres hypothèses, les réparations ne seront accordées qu'à titre de réciprocité. Dans certains cas enfin, l'arrangement diplomatique intervient après la soumission des réclamations à un arbitre, soit que le différend ait pu être résolu, soit que les transactions diplomatiques aient pour but de diminuer le chiffre de l'indemnité. » *in* PERSONNAZ (J.), *La réparation en droit international public*, Paris, Sirey, 1938, p. 28.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 29.

Titre 1. Contenu de la responsabilité de l'Etat

Selon R. Ago, la responsabilité est « la situation dans laquelle se trouve un Etat soumis au droit international lorsqu'il ne respecte pas une obligation qui lui est imposée »⁹⁹³. Cette situation se résumait initialement en un nouveau rapport juridique entre l'Etat auteur du fait illicite et l'Etat victime de cette violation, une charge de réparation du préjudice subi pesant sur le premier envers le second. La fonction de la responsabilité internationale ne s'est toutefois jamais cantonnée dans une stricte réparation et a toujours inclus une restauration de la légalité internationale. Loin de constituer une évolution, cette dimension est propre à toute responsabilité de type civiliste. Cessation de l'illicite et réparation du préjudice forment un couple inséparable qui doit être considéré comme l'effet traditionnel de la responsabilité internationale, d'ordre essentiellement *rétrospectif*. Ces conséquences rétrospectives attachées à un fait internationalement illicite né du conflit entre droit interne et obligations de l'Etat – quelles qu'elles soient – seront examinées dans un premier temps. On se demandera si les conséquences de la violation des obligations de comportements opératif et normatif se trouvent toujours inscrites en droit de la responsabilité *stricto sensu*, et quel est l'exact contenu de cette responsabilité. On s'apercevra alors qu'au fur et à mesure que le droit interne franchit des degrés d'abstraction – d'acte individuel vers règle, de règle immédiatement exécutoire vers règle non immédiatement exécutoire – la réparation à proprement parler deviendra plus difficile à déceler, voire totalement effacée. La frontière entre violation des obligations de comportement opératif et normatif se fera plus ténue dans le cadre de l'examen du contenu de la responsabilité de l'Etat. Il apparaîtra toutefois clairement que la violation des obligations de comportement normatif n'est pas de nature à engager une responsabilité au contenu rétrospectif (Chapitre 1).

La responsabilité remplit cependant aujourd'hui un rôle plus étendu en droit international. Dans un ordre juridique donné, à chaque violation du droit doit être attachée une conséquence juridiquement déterminée. Le droit international, afin de s'approcher davantage d'un véritable système juridique⁹⁹⁴, tend ainsi à utiliser le mécanisme de la responsabilité aux fins d'assurer une

⁹⁹³ Sous-commission de la C.D.I. (président : R. Ago), « Rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.* p. 242.

⁹⁹⁴ Sur la question controversée du statut d'ordre juridique du droit international, voir COMBACAU (J.), « Le droit international : bric à brac ou système ? », *A.D.P.*, n°31, 1986, p.85-105.

telle rétribution pour chaque violation des normes qui le constituent. Ainsi, on considère désormais que toute violation du droit entraîne la responsabilité de son auteur. Mais les effets de cette responsabilité ne seront plus nécessairement d'ordre rétrospectif, et peuvent désormais tendre à un but *prospectif*: la garantie de la légalité future. De telles conséquences seront parfaitement adaptées à la violation des obligations de *comportement normatif*, qui seules seront l'objet de ce second temps de notre raisonnement (Chapitre 2).

Le débat relatif au dommage en droit de la responsabilité doit dès lors être définitivement déplacé. Il n'importe plus de savoir si son existence est ou non une condition d'engagement de la responsabilité de l'Etat dès lors qu'on en adopte une conception à ce point extensive. Le fait illicite est le fait-condition, nécessaire et suffisant, qui déclenche la responsabilité de son auteur. Les effets n'en seront toutefois pas déterminés, et le dommage aura à ce stade sa fonction propre. Il conditionne l'obligation de réparer, dimension rétrospective d'une responsabilité qui, sans lui, jouera un pur rôle de garantie de la légalité. Ces deux aspects se retrouvent ainsi très clairement dans les effets engendrés par la violation des obligations internationales du fait du droit interne.

Chapitre 1. Contenu rétrospectif : responsabilité stricto sensu de l'Etat pour violation de ses obligations internationales

L'obligation de réparer, obligation secondaire tournée vers l'effacement du fait illicite passé au-delà de sa cessation immédiate, est subordonnée à l'existence d'un préjudice réparable. Cessation et réparation ne sont pas seulement des obligations de l'Etat auteur de la violation, mais aussi et surtout des droits de l'Etat lésé⁹⁹⁵. Elles ne peuvent donc être imposées qu'à la condition de pouvoir déterminer cette victime et le dommage qu'elle a subi. Or une question demeure en suspens : quel dommage la production d'un acte interne contraire au droit international, voire l'existence d'une règle non conforme ou incompatible avec celui-ci, sont-elles susceptibles de causer ?

Plusieurs classifications des dommages internationaux peuvent être suivies. Selon leur nature même, on a pu constater l'existence de deux catégories distinctes : « le préjudice d'ordre politique et public », qui affecterait l'Etat en tant que puissance publique, porterait atteinte à ses intérêts primordiaux, ainsi que « le préjudice d'ordre privé et économique », qui toucherait davantage ses intérêts secondaires⁹⁹⁶. Cette présentation ne permet pas une démarcation nette, et doctrine et jurisprudence s'accordent sur une classification selon la nature des préjudices, matériel ou moral. Une première difficulté s'élève alors dans le cadre de notre étude : une violation d'une obligation internationale du fait du droit interne de l'Etat peut-elle causer un dommage entrant dans l'une de ces deux catégories ? On est en effet tenté d'avoir recours à la notion de « préjudice juridique », lequel serait automatiquement causé par un manquement à une obligation. Toutefois, nous récusons un emploi trop large de cette notion : toute violation d'une obligation ne peut causer un dommage proprement dit, ou, en d'autres termes, un dommage pris en compte par tout mécanisme de responsabilité civile aux fins de réparation. Dès lors, c'est une classification selon l'origine et la victime du dommage, et non seulement la nature de celui-ci, qui sera pertinente pour notre étude. Elle permettra de distinguer entre atteintes subjectives, objectives et généralisées, causées directement à l'Etat ou médiatement par le biais de ses ressortissants, et

⁹⁹⁵ Ce concept d' « Etat lésé » se retrouve en troisième partie du projet de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats, articles 42 et suivants. Voir CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 314-315.

⁹⁹⁶ Classification autour de laquelle J. Personnaz articule sa thèse consacrée à la réparation : PERSONNAZ (J.), *La réparation en droit international public*, *op. cit.*, p.16-17.

nous permettra de découvrir que seules les atteintes subjectives peuvent être qualifiées de « dommages » à proprement parler, car eux seuls sont réparables. La notion de « préjudice juridique », causé par la simple violation d'une obligation sans effet concret, telle celle née du fait du droit interne, ne peut s'appliquer qu'à eux.

Le fait du droit interne – production d'actes juridiques ou état des règles internes – internationalement illicite est ainsi susceptible de générer un dommage international qu'il nous appartient de définir. La production d'un acte juridique individuel contraire à une obligation internationale de l'Etat cause un dommage, autrement dit une atteinte réparable, entraînant ainsi obligation secondaire à la charge de l'Etat auteur de revenir sur ce comportement, tenu pour opératif par le droit international, d'une manière qu'il nous appartiendra de préciser (Section 1). En revanche, les cas de violations d'obligations internationales nées du conflit avec des règles internes ont des conséquences plus équivoques. Se mêlent en effet à la détermination du dommage et de sa réparation des considérations relatives à la règle interne à l'origine du fait illicite – immédiatement exécutoire ou non – et à l'obligation violée – obligation de comportement opératif ou normatif (Section 2).

Section 1. Cas des actes juridiques individuels

Seuls peuvent être réparables, et méritent ainsi la qualification de « dommages », les effets de faits internationalement illicites heurtant les droits subjectifs d'autres Etats. Entrent dans cette catégorie les effets de la production d'actes juridiques internes individuels. Cette production emporte des effets qui, bien qu'essentiellement juridiques puisqu'aucune exécution matérielle de l'acte n'est ici prise en considération, touchent le droit propre d'un Etat déterminé en raison du caractère individuel de cet acte. En ce sens, le dommage causé a pour particularité d'être à la fois *juridique* et *subjectif* (§ 1). Les conséquences de ce fait illicite pourront donc être rétropectives, autrement dit d'ordre réparatoire (§ 2).

§ 1. *Caractéristiques du dommage causé*

Le dommage causé par un acte juridique individuel, sans prise en compte de son exécution matérielle, ne pourra être que d'ordre moral ou, plus précisément, *juridique* (A). Individuel, l'acte en question porte atteinte à un Etat déterminé, directement ou par le biais d'un de ses ressortissants ; en cela, il est *subjectif*, caractéristique nécessaire à la reconnaissance d'un dommage juridique réparable (B).

A. Dommage juridique

Absence de dommage matériel

Nul besoin de longs développements pour affirmer que la violation issue de la production d'un acte juridique individuel ne peut causer de dommage *matériel*. Certes, on l'a vu, l'acte en question, individuel et exécutoire, modifie une situation individuelle. Le droit international assimile donc ce comportement juridique à un comportement matériel, et tous deux seront entendus comme *opératifs*, susceptibles de violer une obligation relative à la réalisation de situations individuelles. Cette assimilation trouve-t-elle ici ses limites ? Le comportement de production d'un acte juridique individuel, qui plus est normateur, et sans mesure d'exécution subséquente, demeure abstrait dans ses effets à la différence d'un comportement matériel de l'Etat, aux effets concrets. Ces deux conduites engendrent des dommages de différente nature, et la production d'un acte juridique interne ne peut être à l'origine d'un dommage matériel. Il faut

toutefois noter une tendance certaine à considérer, au niveau de la réparation, que les effets juridiques d'un acte individuel sont équivalents aux effets matériels de son exécution⁹⁹⁷, rendant la distinction entre préjudice juridique et matériel assez floue.

Moral pour la seule violation du droit : un dommage juridique.

En présence d'un acte individuel interne, on doit en tout état de cause considérer que sa seule violation cause un dommage à l'Etat qui en est la cible, retenant une acception large de ce concept, à savoir la « lésion d'un intérêt de la victime »⁹⁹⁸. Le dommage est considéré comme moral par fiction, se confondant avec un préjudice dit « juridique ». Pour le professeur Stern, « (l)'absence de distinction entre les deux notions s'explique aisément par le fait que l'État attache autant d'importance au respect de son droit, de son ordre juridique, qu'à celui de sa souveraineté. »⁹⁹⁹ Ainsi, la violation du droit d'un Etat pourra être assimilée à une atteinte à ladite souveraineté. L'auteur en conclut ainsi fermement que « l'État possède un intérêt juridique à voir le droit international respecté à son égard ; la moindre atteinte à cet intérêt constitue un préjudice juridique qui en l'état actuel du droit est assimilé au préjudice moral en ce qui concerne ses conséquences sur le plan de la réparation. »¹⁰⁰⁰

Ce raisonnement est-il toutefois applicable à toute violation du droit international, sans distinction selon la nature de celle-ci ni l'obligation en présence ? Nous ne le croyons pas. Le préjudice moral qui vient d'être présenté n'intervient qu'en cas de lésion d'un intérêt *subjectif* de l'Etat. Seul un préjudice ressenti par un Etat déterminé, même si ce n'est pas de manière tangible, peut à notre sens entrer dans cette catégorie toute spécifique de dommage, réparable. La notion de préjudice juridique était initialement destinée à élargir le champ de la responsabilité internationale à un contrôle de la légalité, tout en la laissant formellement ancrée dans une dimension civiliste. Ainsi Mme Stern « considère qu'un préjudice juridique, ou préjudice légal, est inhérent à toute violation du droit international, mais surtout que ce préjudice juridique peut exister indépendamment d'un dommage matériel. »¹⁰⁰¹ Dans cette conception « où la violation du

⁹⁹⁷ On verra en effet que la réparation, et plus précisément l'indemnisation de ce préjudice juridique peut se rapprocher fortement de l'indemnisation d'un préjudice matériel lorsqu'une dépossession ou mesure équivalente, même encore inexécutée, est en cause (*infra*, §2, B, 2, b)

⁹⁹⁸ PORCHY-SIMON (S.), « Dommage », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 414.

⁹⁹⁹ BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p., p. 49.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁰¹ STERN (B.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats », *A.F.D.I.*, 2001, p. 3-34, p. 12.

droit est suffisante pour faire naître la responsabilité, où la violation du droit est elle-même considérée comme un dommage suffisant, la responsabilité jouera alors le rôle de garantie de l'ordre juridique international. »¹⁰⁰² Quelle est toutefois l'utilité d'une telle notion si, en fin de compte, aucune réparation ne peut intervenir ? Dans certains cas en effet, ledit dommage serait parfaitement fictif, indémontrable. Idée simple certes, mais trompeuse puisqu'elle vise en réalité non à reconnaître une responsabilité élargie en conséquence de dommages moins tangibles, mais à l'élargissement de sa mise en œuvre. Cette idée n'a pas été reçue par la C.D.I. qui, ainsi que nous l'estimons également, cantonne le dommage juridique dans les dommages qui certes ne sont ni matériels ni moraux au sens premier du terme, mais qui ne constituent pas « de simples préoccupations abstraites ou les intérêts généraux d'un Etat qui n'est pas individuellement atteint par la violation. »¹⁰⁰³ Bien qu'ils ne soient pas lésés, ces Etats pourraient se voir ouvrir un droit d'action en responsabilité aux termes de la troisième partie du projet d'articles. On le voit, c'est par l'élargissement de l'intérêt pour agir et non par la perte de toute notion de dommage que l'on élargit la fonction de la responsabilité. Le préjudice juridique ne doit pas s'éloigner de ce qui fait son essence, en d'autres termes il doit demeurer un dommage réparable. Sans cela, le dommage disparaît et la notion se confond totalement avec celle d'intérêt pour agir. Le dommage juridique est, pour nous, un dommage moral entendu au sens large, mais causé par la seule violation *du droit d'un Etat déterminé*, autrement dit d'un *droit subjectif*. Il permet encore de rester ancré dans une responsabilité dont le contenu est d'ordre réparatoire et ne résout pas « (l)e dilemme du contrôle de légalité par le biais de la responsabilité »¹⁰⁰⁴.

Le dommage causé par la production d'un acte individuel, juridique, est toujours de cette nature, touchant immédiatement à l'Etat ou bien l'un de ses ressortissants, et ce quelle que soit l'obligation violée.

B. Dommage subjectif

Toute violation d'une obligation internationale par la production d'un acte juridique individuel interne cause un dommage subjectif à un Etat déterminé, immédiatement ou par l'intermédiaire d'un de ses ressortissants (1), et quelle que soit la réciprocité de l'obligation violée (2).

¹⁰⁰² *Ibid.*, p. 13.

¹⁰⁰³ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁰⁴ STERN (B.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ?... », *op. cit.*, p. 12.

1. *Causé immédiatement à l'Etat, ou par l'intermédiaire d'un de ses ressortissants*

a. Dommage subjectif immédiat

Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, un préjudice moral est fermement allégué par le Congo pour violation de la règle de l'immunité des représentants de l'Etat à l'étranger par la Belgique. Son mémoire insiste sur les conséquences concrètes que l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt, visant individuellement son Ministre des affaires étrangères alors en exercice, ont pu avoir. Il détaille en quoi, pendant toute la durée de validité de cet acte, le Ministre était empêché de remplir convenablement ses fonctions¹⁰⁰⁵, donnant ainsi la mesure du préjudice causé à l'Etat congolais. La Cour semble tout d'abord ne pas admettre clairement l'existence d'un tel dommage, qu'elle dissocie nettement de la réalisation du fait illicite engageant la responsabilité de l'Etat. De même à propos de la seconde branche du fait illicite constituée par la diffusion internationale du mandat d'arrêt, une dissociation est opérée entre illicite et préjudice : cette diffusion porte atteinte à la règle internationale de l'immunité des ministres des affaires étrangères, et est « *de surcroît* susceptible d'affecter la conduite par le Congo de ses relations internationales »¹⁰⁰⁶ : un comportement considéré comme illicite peut en outre être potentiellement dommageable. Mais que ce dommage soit concrètement avéré, entravant effectivement l'activité diplomatique du Congo, n'importerait pas au jugement sur l'illicéité¹⁰⁰⁷. La Cour rejette ainsi implicitement le préjudice comme élément constitutif de l'illicéité.

La question centrale du droit de la responsabilité est cependant inverse, et l'on doit en réalité se demander si l'illicéité entraîne automatiquement un préjudice, que l'engagement de la responsabilité de l'Etat aurait pour finalité de réparer. En l'espèce la position de la Cour est quelque peu ambivalente. En précisant que l'émission du mandat n'avait fait l'objet d'aucune mesure d'exécution, elle semblerait subordonner le préjudice à la survenance d'un comportement matériel de l'Etat, clairement distingué du fait illicite pouvant, lui, survenir par la simple production d'un acte juridique¹⁰⁰⁸. L'activité juridique de l'Etat ne serait donc pas, en soi,

¹⁰⁰⁵ C.I.J., Mémoire de la République démocratique du Congo du 15 mai 2001, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 53 p. 33

¹⁰⁰⁶ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., § 71, p. 30, nous soulignons.

¹⁰⁰⁷ « la Cour conclut que la diffusion dudit mandat, *qu'elle ait ou non entravé en fait l'activité diplomatique* de M. Yerodia, a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo (...) » *ibid.*, § 71, p. 30.

¹⁰⁰⁸ « La Cour observe certes que le cas de visite officielle de M. Yerodia en Belgique a été réservé dans le cadre dudit mandat, et que *M. Yerodia n'a fait l'objet d'aucune arrestation* en Belgique. Elle doit toutefois constater que, compte tenu de la nature et de l'objet du mandat, *la seule émission de celui-ci portait atteinte à l'immunité de M. Yerodia* en sa qualité de ministre des affaires étrangères en exercice du Congo. La Cour en conclut que l'émission dudit mandat a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, en ce qu'elle a méconnu l'immunité de ce

dommageable ? Il a été avancé qu'aucun préjudice ne naissait d'une telle conduite en l'absence de mesure d'exécution¹⁰⁰⁹. En effet, l'on pourrait se demander en quoi l'activité d'un diplomate est restreinte par la production d'un acte certes individuel, mais qui ne l'atteint pas concrètement puisque ne déployant ses effets juridiques – et pas encore matériels en l'absence d'exécution – que dans l'ordre de l'Etat Belge¹⁰¹⁰. Comment un Etat pourrait-il être heurté dans sa dignité par la production d'un acte juridique dans l'ordre national d'un Etat étranger ? Le préjudice de caractère moral et politique est pour certains auteurs fondamentalement lié à la violation de la règle du respect de la dignité de l'Etat¹⁰¹¹, et dont la forme la plus caractéristique est l'outrage au drapeau ou à l'emblème national. Cette atteinte peut certes être portée par la production d'un acte juridique, mais intervenant dans l'ordre international.

Cependant d'autres formes d'atteinte à la dignité de l'Etat ont lieu, par nature, dans l'ordre juridique d'un Etat étranger : toute atteinte aux sièges des missions diplomatiques et postes consulaires, à la correspondance ou aux archives diplomatiques et consulaires, et, comme c'est le cas dans l'affaire qui nous occupe, toute atteinte contre la personne des représentants de l'Etat qui jouissent d'une immunité. Une production d'acte juridique de droit interne pourrait donc porter atteinte à la dignité de l'Etat. Les opinions sceptiques auxquelles nous venons de faire écho doivent être considérées comme dissidentes par rapport à celle de la Cour, qui reconnaît l'existence d'un dommage causé par la production d'un acte individuel. Sa décision permettra en effet « de réparer le dommage moral dont se plaint le Congo »¹⁰¹². Il est à notre sens évident qu'un dommage existe du fait de l'émission d'un acte de puissance publique visant nommément le représentant de cet Etat étranger : ce dernier est empêché de remplir convenablement ses fonctions par un acte de contrainte pesant sur lui. Une mesure concrète d'exécution de ce mandat par l'arrestation de M. Yérodi ne serait que l'aggravation de ce préjudice et non son commencement. Le jugement de la Cour manque toutefois de clarté alors que les faits n'en sont pas dépourvus. Elle aurait pu donner davantage de crédit à la plainte congolaise, allant au-delà de l'unique référence au dommage subi par cet Etat sans détermination de son contenu. Cela aurait notamment pu permettre de le qualifier : le préjudice en question est-il réellement moral,

ministre et, plus particulièrement, violé l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouissait alors en vertu du droit international. », *ibid.*, § 70, nous soulignons.

¹⁰⁰⁹ Le juge Oda déclare ainsi : « *I do not believe that Belgium caused any injury to the Congo because no action was ever taken against Mr Yérodi pursuant the warrant.* » C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, opinion dissidente du juge Oda, § 15.

¹⁰¹⁰ La diffusion internationale du mandat ne donne pas effet extraterritorial à cet acte juridique ; il s'agit simplement d'une demande adressée aux autres Etats, aux fins qu'ils donnent eux-mêmes au mandat effet dans leur propre ordre juridique.

¹⁰¹¹ PRZETACZNIK (F.), « La responsabilité internationale de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat », *R.G.D.I.P.*, 1974, p. 923-924.

¹⁰¹² C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., p. 32, § 75.

constitue-t-il une atteinte à l'honneur et à la dignité du Congo ? Il est, bien davantage à notre sens, juridique. Si le représentant de l'Etat est lésé, ce n'est que par l'effet d'une norme qui, bien qu'individuelle, demeure abstraite. Le droit de l'Etat à ce que ses diplomates ne soient pas empêchés dans leurs fonctions est ainsi abstraitement heurté ; le préjudice est juridique, pour la simple violation de la règle de l'immunité. Cette conclusion est valable pour toute violation d'obligation interétatique par la production d'un acte juridique individuel encore inexécuté. Elle l'est également en cas de violation d'obligation transétatique, lorsque le dommage causé est cette fois *médiat*.

b. Dommage subjectif médiate

Dommage médiate, traditionnellement lié à l'épuisement des voies de recours internes

Le dommage médiate, ou indirect, est celui qui se réalise dans le chef de sujets internes, causé par la violation d'une obligation internationale visant la réalisation de situations individuelles. Dans l'hypothèse classique, la réparation de ce dommage est réclamée par la voie d'une action en protection diplomatique, par laquelle l'Etat prend fait et cause pour son ressortissant lorsque ce dernier a épuisé les voies internes qui lui auraient permis de faire redresser son tort initial. Par ce mécanisme d'endossement, ce n'est pas du préjudice interne de son ressortissant que l'Etat cherche la réparation, mais d'un préjudice international qui lui est indirectement causé. Toutefois, le préjudice du sujet interne constituera la *mesure* du préjudice international indirectement causé à son Etat national. Ce n'est qu'au jour de l'épuisement des voies de recours internes que le préjudice interne-référence devient définitif et peut être précisément évalué. Les deux préjudices peuvent être différenciés : alors que le sujet interne est systématiquement heurté par le comportement initial d'un organe étatique incompatible avec le droit international, que les tribunaux laissent intact, le préjudice de l'Etat est constitué par l'atteinte morale que constitue l'ensemble du comportement étatique contraire au droit international dont le sujet interne est l'objet. L'Etat n'est atteint dans son droit subjectif que lorsque l'un de ses pairs a définitivement refusé d'accorder le traitement dû à son ressortissant. Le préjudice est alors moral. On peut en effet lire, en droit international, le refus des tribunaux internes de redresser la situation comme un refus persistant opposé par un Etat à un autre Etat souverain de respecter le droit international en la personne de ses ressortissants. Traditionnellement, on considère l'Etat comme moralement atteint par la violation du droit international en la personne de son ressortissant principalement car la protection diplomatique, transitant par l'épuisement des voies de recours internes, suppose un refus de l'ensemble de l'appareil étatique de traiter convenablement le sujet interne, alors même que l'Etat aura

commencé à en réclamer le respect à son homologue. La confirmation en dernière instance de ce traitement, voire l'absence de recours, constitue pour l'Etat une forme de refus de respecter les obligations qu'il commençait à violer, refus parfois expressément opposé à un autre Etat si ce dernier a déjà entamé des réclamations diplomatiques. Pour Vattel, la gloire de la Nation est alors atteinte¹⁰¹³ et l'Etat serait en droit d'exiger une juste réparation.

Question du dommage médiat causé par la production d'un acte juridique individuel, avant épuisement.

La production d'un acte juridique interne, individuel, ne peut-elle donc pas être la source d'un dommage de l'Etat, avant cet épuisement ? On ne peut en effet plus considérer que l'honneur de l'Etat soit atteint par la persistance de l'Etat auteur dans son refus de traitement conforme de l'étranger au droit international. La difficulté spécifique vient ici du fait que la production d'un acte interne, destiné à un sujet interne, ne peut heurter en tant que telle la souveraineté d'un Etat étranger, quel qu'il soit. Pourtant, nous pouvons aujourd'hui admettre que l'Etat subit un préjudice du simple fait de la violation de son droit en la personne de son ressortissant, par la seule production d'un acte juridique individuel contraire au droit international. Ceci est confirmé par l'assouplissement de la condition de l'épuisement des voies de recours internes.

Un mouvement en ce sens vient de l'affaire *ELSI*, où la Cour ramène cette règle à de « sages limites »¹⁰¹⁴. Cette affaire permet un premier pas vers la reconnaissance d'un préjudice médiat de l'Etat dès la violation du droit de son ressortissant. Elle opère une dissociation plus nette entre le préjudice du sujet interne et son éventuelle réparation interne, et celui de l'Etat. De cette dissociation, nous pouvons conclure que le préjudice de l'Etat est, dans le cadre des actions en protection diplomatique, aujourd'hui davantage causé par la seule violation du droit international dans le chef de son ressortissant que par une atteinte à l'honneur que constituerait le refus définitif de l'Etat de redresser ce tort en droit interne. Il peut ainsi être causé par la simple production d'un acte individuel. Une telle solution serait en adéquation avec l'évolution des obligations internationales, aujourd'hui en grande majorité interprétées comme exigeant de l'Etat un comportement aux modalités déterminées, heurtées avant tout épuisement des voies de recours internes.

¹⁰¹³ VATTEL (E. de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Livre I, Carnegie Institution of Washington, 1916 (reproduction de : Londres (texte imprimé), 1758), LIX-541p., § 191.

¹⁰¹⁴ C.I.J., arrêt du 20 Juillet 1989, *Affaire de l'Eletronica Sicula (ELSI)*, États-Unis c. Italie, opinion dissidente du juge S. M. Schwebel, *Rec.*, p. 94. Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 1.

L'affaire *Avena* constitue un second volet de cette extension, qui pourrait permettre de conclure que le préjudice de l'Etat est aujourd'hui constitué par la simple violation du droit international dans le chef d'un sujet interne de sa nationalité. La Cour reconnaît clairement que le dommage allégué par le Mexique, bien que causé en la personne de ses ressortissants, naît envers l'Etat du simple « fait de la violation par les États-Unis des obligations qui leur incombent à son égard »¹⁰¹⁵.

Cette solution est pleinement en accord avec le principe selon lequel, en matière de protection diplomatique, seul le préjudice moral de l'Etat est pris en compte. L'évaluation de ce dernier sur la base de celui de son ressortissant n'est absolument pas automatique ni même logique. Selon les termes de D. Anzilotti, la réparation du préjudice de l'individu ne serait qu'un « effet indirect de responsabilité ». Elle constituait toutefois la règle, à tel point que le professeur Stern considère que cette prise en compte du dommage du sujet interne « est devenue une véritable obligation internationale coutumière »¹⁰¹⁶. Par le choix de prendre en compte le dommage immédiat de l'Etat, la Cour se rapproche donc paradoxalement de sa logique initiale, laquelle entend que l'Etat n'agisse qu'en réparation de son préjudice propre subi du simple fait de la violation du droit international en la personne de ses ressortissants.

De ce fait, la voie est désormais plus largement ouverte à la réparation d'un dommage subjectif de l'Etat en la personne de ses ressortissants causé dès la production d'un acte juridique individuel avec le droit international. Il n'est alors question que d'un dommage moral *lato sensu*, non pour atteinte à l'honneur mais au seul droit subjectif de l'Etat. La simple violation du droit international en la personne de son ressortissant cause un dommage juridique, que l'on considère comme moral par fiction. Un tel dommage subjectif est aisément identifiable, que l'obligation violée soit réciproque ou non.

¹⁰¹⁵ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 40. Notons que cette solution est avant tout admise en raison de « l'interdépendance » des obligations transétatiques et interétatiques en cause. Une brèche est toutefois ouverte.

¹⁰¹⁶ BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 98.

2. *Dompage subjectif, que l'obligation soit ou non réciproque*

a. Pour la violation d'obligations réciproques

En principe, les obligations internationales jouent, matériellement, à la manière des obligations synallagmatiques des contrats de droit interne : elles obéissent dans leur exécution au mécanisme de réciprocité, « la cause de l'obligation de chaque partie est liée à la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation de l'autre partie. »¹⁰¹⁷ Ce principe est, maladroitement certes, rappelé dans l'ordre juridique interne français par l'article 55 de la Constitution selon lequel les traités ne sont supérieurs aux lois que sous réserve de réciprocité. Cette formulation signifie que les traités dont les obligations sont de nature réciproque seront considérés comme supérieurs aux lois uniquement sous réserve de leur application par l'autre partie. Ce type de traité peut alors être divisé en de multiples relations bilatérales ou en un faisceau de relations « intersubjectives ». Ces règles créent encore, pour le professeur Perrin, des « régimes dissociables »¹⁰¹⁸. La violation d'une obligation de ce type par la production d'un acte individuel atteindra ainsi un Etat de manière déterminée et non l'ensemble des Etats liés à ladite obligation¹⁰¹⁹. Cet Etat sera ainsi en droit de suspendre l'exécution de son obligation à l'égard de l'Etat auteur de l'illicite¹⁰²⁰. Il pourra également se prétendre « lésé » par cette violation, ainsi que l'énonce l'article 42 du Projet d'articles de la C.D.I.¹⁰²¹ Dans son commentaire, le professeur Crawford précise qu'un Etat sera automatiquement lésé à la condition qu'il ait un « droit individuel à l'exécution d'une obligation », autrement dit que l'obligation soit d'exécution réciproque. « Cela sera nécessairement vrai d'une obligation découlant d'un traité bilatéral entre les deux Etats parties, mais il en sera de même dans d'autres cas, par exemple dans le cadre d'un engagement unilatéral pris par un Etat vis-à-vis d'un autre. »¹⁰²² Le dommage est *toujours* subjectif, et donc réparable.

Il doit être isolé dans cette catégorie doctrinale du « préjudice juridique », puisque cette dernière inclut toute forme d'atteinte au droit, même non subjective. Très généralement, ce

¹⁰¹⁷ COULEE (F.), *Droit des traités et non-réciprocité...* recherche sur l'obligation intégrale en droit international public, Thèse de doctorat, Paris II, 1999, 620 p., p. 181.

¹⁰¹⁸ PERRIN (G.) « La détermination de l'Etat lésé. Les régimes dissociables et les régimes indissociables », *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honor of Krystof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 243.

¹⁰¹⁹ Pour G. Perrin, les « régimes dissociables » sont « constitués par un faisceau de rapports bilatéraux indépendants les uns des autres. » Dès lors, la « violation de la règle porte(ra) (...) atteinte à l'un de ces rapports » et celui-ci seulement. Ces « règles multilatérales dont découlent des régimes dissociables demeurent de loin les plus nombreuses. », *ibidem*. On comprend dès lors que le droit de la responsabilité internationale a été initialement forgé au regard de la situation existant en cas de violation de ces règles uniquement.

¹⁰²⁰ Convention sur le droit des traités, Vienne, préc., article 60.

¹⁰²¹ C.D.I., *Projet d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 42, p 10.

¹⁰²² CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 319.

dommage juridique subjectif est dès lors assimilé à un dommage moral, afin de marquer son caractère réparable. L'école positiviste française considère depuis longtemps que chaque violation du droit d'un Etat entraîne dommage moral pour cet Etat¹⁰²³. Cette solution n'est bien entendu admissible qu'en vertu de la nature réciproque de l'obligation en cause. Dans le cadre de notre sujet, c'est encore l'affaire du *Mandat d'arrêt*, dans laquelle le dommage était qualifié par la Cour de « moral »¹⁰²⁴, qui mérite d'être citée. Rappelons qu'ici, la règle sur l'immunité fonctionnelle des représentants d'un Etat n'est respectée que dans l'attente de son exécution réciproque par un autre Etat déterminé. La diplomatie est par excellence le terrain d'élection d'obligations réciproques, donnant naissance à une relation bilatérale entre Etat accréditant et Etat accréditaire. La simple violation de ce type d'obligation rompt l'équilibre existant entre les deux parties, l'Etat auteur du fait illicite portant atteinte à la confiance que lui donnait son partenaire. Par la seule violation d'une obligation réciproque issue de l'activité normative de l'Etat, on peut donc considérer qu'une forme de dommage moral, *lato sensu*, est générée ; ce dommage moral pour la seule violation du droit est en réalité un dommage juridique subjectif, et il est à regretter que la Cour n'apporte pas les éclairages propres à isoler cette catégorie.

b. Pour la violation d'obligations « intégrales »

Les obligations dites « intégrales », telles celles qui régissent la protection internationale des droits de l'homme, ont pour caractéristique de ne pas répondre à une telle réciprocité bilatérale. Les Etats doivent respecter le droit non plus envers leurs cocontractants, et afin que ces derniers le respectent en retour, mais pour un intérêt général qui les dépasse. L'exception d'inexécution est alors inapplicable : aucun Etat ne pourrait cesser de protéger les droits garantis aux sujets internes au motif qu'un autre Etat partie à l'instrument conventionnel en cause a lui-même manqué à ses obligations¹⁰²⁵. La violation du droit emporte une atteinte *objective*, causée à cet intérêt général que la Cour européenne des droits de l'homme nomme « ordre public

¹⁰²³ Cette doctrine s'est clairement illustrée dans les affaires du *Carthage* et du *Manouba* : si le gouvernement demanda une réparation d'un franc symbolique pour le préjudice « moral et politique » causé par l'atteinte au pavillon français, qui peut en effet représenter une forme d'outrage concret à l'honneur de la Nation, il demanda également réparation d'un préjudice somme toute abstrait, né automatiquement de la violation du droit international général et conventionnel par l'Italie envers la France, sentences du 6 mai 1913, R.S.A., vol. XI, p. 449 et s. et p. 463 et s., spéc. p. 460 et p. 475. Le tribunal arbitral reconnaît ce type de dommage, tout en considérant que seule une réparation symbolique peut s'y appliquer.

¹⁰²⁴ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, préc., p. 32, § 75.

¹⁰²⁵ Convention sur le droit des traités, Vienne, préc., art. 60. 5, selon lequel la violation d'un traité n'autorise pas la suspension de son application en cas de « dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des instruments de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités ». Sur ces obligations, voir COULEE (F.), *Droit des traités et non-réciprocité... op. cit.*

européen»¹⁰²⁶. Peut-on dès lors dégager de la production d'un acte individuel contraire aux garanties prescrites un quelconque dommage subjectif, et réparable, causé à un Etat ? La réponse s'avère à première vue négative, si l'on en croit la nature principalement déclaratoire des décisions de la juridiction européenne de protection des droits fondamentaux. Les recours étatiques devant la Cour de Strasbourg ne donnent en effet pas lieu au prononcé d'une obligation secondaire de réparation du préjudice international¹⁰²⁷. Toutefois, cette attitude en retrait signifie simplement que le dommage subjectif de l'Etat requérant n'est pas pris en considération, seule l'atteinte objective à l'ordre public étant prise en compte. Celle-ci donnera lieu à une *restitutio in integrum*, que l'Etat devra de lui-même effectuer, qui vise le retour à la légalité davantage qu'à la réparation d'un quelconque préjudice subjectif.

Ces propos doivent toutefois être nuancés. Les Etats agissent toujours, on le verra¹⁰²⁸, dans leur propre intérêt. Si celui-ci n'est pas pris en considération par la Cour, l'Etat qui exerce le recours le poursuit sans nul doute. Certes, jamais un Etat n'agit en pratique pour la violation du droit de son ressortissant, par la production d'un acte individuel contraire aux droits garantis. Mais, s'il se borne à attaquer des mesures générales, c'est tout simplement parce qu'un sujet interne atteint par un acte individuel se voit ouvrir un recours qui fait perdre toute utilité à l'action en protection diplomatique de l'Etat, en recherche de la réparation du dommage international – en réalité évaluée à la hauteur du dommage interne. Dans le cadre des recours individuels, si la Cour européenne émet de même des arrêts déclaratoires quant aux conséquences de la violation du droit international¹⁰²⁹, l'auteur de la violation peut toutefois se voir imposer une indemnisation du dommage causé au sujet interne. Cette exigence découle de l'article 41, selon lequel la Cour accorde à la victime une « satisfaction équitable » lorsque le droit interne de l'Etat n'a pas permis d'effacer parfaitement les conséquences de la violation. La Convention américaine, quant à elle, dispose d'un pouvoir plus étendu : « (e)lle ordonnera, le cas échéant, la réparation des conséquences » du fait illicite, et, comme son homologue européenne, « le paiement d'une

¹⁰²⁶ Cour E.D.H., arrêt du 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, préc., § 93.

¹⁰²⁷ Ne fixant pas de réparation à proprement parler, ils n'en sont pas moins obligatoires. L'Etat devra en tirer les conséquences, par des mesures parfois nécessairement rétrospectives. Cela ressort de l'article 46 de la C.E.D.H., qui prescrit aux Etats de se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties. A la différence de l'engagement de la responsabilité par une juridiction de droit international général, ces mesures de réparation sont laissées à la discrétion de l'Etat, lequel conserve « le choix des moyens ». Cette distinction doit toutefois être relativisée, ce choix n'étant parfois que purement théorique. Une *restitutio in integrum* devra être effectuée.

¹⁰²⁸ Voir *infra*, Titre 2.

¹⁰²⁹ Cette affirmation est aujourd'hui à nuancer au vu de la réforme de la procédure de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour, entrée en vigueur en juin 2010. Voir *infra*, Titre 2.

juste indemnité à la partie lésée. »¹⁰³⁰ La victime interne qui exerce un recours – devant la Cour européenne – ou qui est à l'origine du recours exercé par la Commission interaméricaine devant la Cour homonyme, n'intervient pas tel un Procureur, en défense de l'intérêt général, mais bien pour la réparation de *son propre préjudice*. Ce préjudice aurait constitué, en droit international général, la mesure du dommage international de l'Etat dont il est le ressortissant. Certes il est nécessaire qu'une personne privée précise soit touchée, afin de savoir quel est l'Etat lésé dans son ombre, victime de ce dommage subjectif. Mais un acte juridique individuel a toujours pour cible un sujet interne déterminé. Un dommage juridique subjectif est ainsi causé à l'Etat dont il est le ressortissant. La violation est en effet tout particulièrement ressentie par ce dernier, malgré le caractère également objectif de l'atteinte. Son droit subjectif à voir ses ressortissants traités selon le standard établi par la convention ne disparaît pas derrière la nature intégrale de l'obligation. Bien sûr, les recours individuels ouverts aux sujets internes font perdre toute pertinence à l'éventuelle action d'un Etat suite à la violation du droit d'un de ses nationaux. Le dommage interne qui aurait constitué la mesure du sien, international et médiateur, étant déjà réparé, l'Etat n'a plus vraiment intérêt à exercer une action. Il n'en demeure pas moins qu'un dommage subjectif se surajoute toujours à l'atteinte objective causée, même si le mécanisme ne le prend pas en considération. Il est *systématique* dès lors que la violation trouve sa source dans la production d'un acte juridique individuel, dont un sujet interne déterminé est la cible.

Dès lors qu'un dommage de l'individu est pris en compte et réparé dans le cadre d'un recours international dont il dispose, l'Etat aurait également pu prétendre à une réparation pour son dommage propre, juridique et subjectif, dans un autre mécanisme. Il n'aurait pas nécessairement la même substance, mais dans le cadre de notre étude nous pouvons prendre en considération les obligations secondaires à la charge de l'Etat pour la violation d'obligations intégrales par la production d'actes individuels comme la réparation d'un dommage subjectif subi. Il en ira de même des conséquences de la violation d'obligations « interdépendantes ».

c. Pour la violation d'obligations « interdépendantes »

D'une toute autre façon, ce type d'obligation ne répond pas à une réciprocité bilatérale. Mais cette caractéristique empêche de même de pouvoir reconnaître systématiquement un dommage subjectif causé par sa seule violation.

¹⁰³⁰ C.A.D.H., préc., art. 63.1. Elle apparaît ainsi dotée d'un pouvoir bien plus large que son homologue européenne. En ce sens : PASQUALUCCI (J. M.), *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, University Press, 2003, 488 p., ici p. 233-234.

Les obligations « interdépendantes » ne sont pas respectées, à la manière des obligations « intégrales », en vertu d'un intérêt qui dépasse la somme des Etats liés, mais dans un intérêt commun à chacun de ces derniers. Leur violation ne porte atteinte ni à un Etat déterminé, ni à l'intérêt général, mais à tous, pris individuellement et de manière équivalente. La réciprocité n'est pas absente du mécanisme mais, au contraire, ultra développée : ces obligations obéissent à une *ultra-réciprocité*¹⁰³¹. Ceci engendre des spécificités notables. Les dites obligations ne répondent pas au principe de l'exception d'inexécution selon lequel la violation d'un traité autorise « une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation »¹⁰³². Il est justement impossible de déterminer quelle est la « partie spécialement atteinte », et, dès lors, chaque violation autorise « (t)oute partie autre que l'Etat auteur de la violation » à suspendre l'exécution de ses obligations. Ce genre de traités est en effet « d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions modifie radicalement la situation de chacune des parties »¹⁰³³. Cette logique est transposable à la notion de dommage. Chaque Etat est atteint par la violation : l'atteinte est *généralisée*, causée à tous les Etats parties. Aucun Etat n'est toutefois *particulièrement* atteint, par principe, par la violation de l'obligation, et nul ne peut démontrer qu'il est victime d'un dommage *subjectif*. C'est pourquoi les conventions portant obligations interdépendantes ne comprennent généralement pas de mécanisme de règlement des différends aboutissant à une réelle réparation des préjudices individuels. Les traités de désarmement par exemple, ne comprennent même pas de mécanisme de règlement des différends obligatoires. Leur violation ne donne dès lors jamais lieu à l'imposition d'une quelconque obligation de réparation. Certains autres traités, à l'instar de ceux de protection de l'environnement ou de réglementation d'activités dangereuses, préfèrent ouvrir un fonds d'indemnisation afin de réparer les préjudices de manière généralisée et non individuelle. L'O.R.D. de l'O.M.C. enfin est fréquemment considéré comme un mécanisme de règlement des différends se soustrayant à toute notion de réparation, ainsi que le démontre l'absence d'intérêt pour agir comme condition de mise en œuvre de la responsabilité par un autre Etat membre¹⁰³⁴.

¹⁰³¹ Nous utiliserons souvent ce terme pour désigner les obligations « interdépendantes », ce dernier qualificatif ayant également été employé par la C.I.J. dans l'affaire *Avena* dans un autre sens, pour désigner des obligations liées entre elles, car le respect de l'une implique le respect de l'autre, et *vice-versa*. Il n'est alors pas question de leur réciprocité.

¹⁰³² Convention sur le droit des traités, Vienne, *op. cit.*, art. 60. 2 b). Nous soulignons.

¹⁰³³ *Ibid.*, art. 60. 2 b) et c). Nous soulignons.

¹⁰³⁴ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2.

Il faut toutefois se garder d'une analyse trop rapide. Un Etat partie à une obligation *ultra réciproque* peut en effet être considéré comme un Etat lésé, s'il peut démontrer une *atteinte spéciale*. C'est en effet ce qu'énonce l'article 42 du Projet d'articles de la C.D.I., selon lequel un Etat est dit lésé lorsque l'obligation violée est due à « un groupe d'Etat dont il fait partie » et que cette violation « atteint spécialement cet Etat »¹⁰³⁵. Seule cette disposition mérite d'être retenue. La C.D.I. énonce également, à l'alinéa suivant, qu'un Etat est 'lésé' si l'obligation est due à un groupe d'Etats dont il fait partie et que sa violation « (e)st de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres Etats auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation. ». Ces deux propositions ne sont, à notre sens, pas compatibles et auraient du être formulées comme suit : lorsqu'une obligation interdépendante, ou due à un groupe d'Etat, est en cause, sa violation porte atteinte à tous les Etats parties de ce groupe. Cette atteinte leur confère le droit de recourir au mécanisme de l'exception d'inexécution. Généralisée, elle ne fait toutefois pas de chacun d'entre eux un Etat *individuellement lésé*, ayant droit à une réparation *spécifique*. Pour cela, il faudrait qu'ils puissent démontrer une atteinte spéciale. Certains systèmes acceptent ainsi de réparer le préjudice causé aux Etats, à condition que ce dernier soit anormal, ou bien particulièrement grave. En droit de l'O.M.C., l'éventuel préjudice anormal subi par un des membres suite à une mesure contraire aux règles du commerce international ne fera pas l'objet d'une réparation mais d'une compensation¹⁰³⁶. Ce cas de figure n'est bien entendu ouvert que si un Etat justifie d'un préjudice spécifique par rapport au préjudice généralisé causé à l'ensemble des membres de l'organisation. Dès lors, la compensation du dommage subi sera être temporaire et, en dernier recours, la suspension de concessions ou d'autres obligations pourra être autorisée par l'O.R.D.¹⁰³⁷. En effet, il est de pratique bien établie que les recommandations de l'O.R.D. visent davantage la restauration de la légalité que la réparation du préjudice au sens strict. Ces compensations, contre-mesures autorisées par le mécanisme multilatéral, remplissent toutefois le rôle d'une satisfaction – l'O.R.D. lui-même les qualifie de « rétorsions »¹⁰³⁸. La compensation est ainsi une forme de réparation adaptée à un dommage généralisé ressenti de manière plus prégnante par un Etat en particulier. La compensation permet en même temps de garantir aux autres Etats juridiquement lésés une cessation plus rapide de l'illicéité. Si aucun dommage subjectif ne peut être reconnu pour la violation d'une obligation *ultra réciproque*, celui-ci ne peut donc être totalement exclu, à condition qu'il soit *démontrable*. C'est évidemment le cas lorsque

¹⁰³⁵ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc.

¹⁰³⁶ Voir *infra*, Titre 2, l'analyse de ces compensations au titre des contre-mesures.

¹⁰³⁷ Groupe spécial, rapport du 17 juillet 2000, *Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R, § 6.23.

¹⁰³⁸ *Ibidem*.

ladite violation est issue de la production d'un acte juridique interne individuel, lequel vise spécifiquement un Etat ou l'un de ses ressortissants.

L'atteinte juridique est donc, quelle que soit l'obligation violée, subjective dès lors que la production d'un acte individuel est en cause : il s'agit ainsi d'une atteinte réparable, que l'on peut qualifier de « dommage ». Tout dommage causé par un fait internationalement illicite devant être réparé, il s'agit à présent d'en envisager les modalités.

§ 2. *Formes de la réparation du dommage causé*

Il est de principe en droit international, énoncé par la C.I.J. dans l'affaire de *l'Usine de Chorçow* et constamment réaffirmé par la suite¹⁰³⁹ que toute violation du droit international entraîne obligation de réparer intégralement le préjudice qui en découle. Cette réparation doit, en principe, « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »¹⁰⁴⁰. Pour cela, la *restitutio in integrum*, ou restauration de la situation antérieure, constitue la première forme de réparation en droit international¹⁰⁴¹. Elle s'avère en outre particulièrement adaptée à la réparation du préjudice causé par la production d'actes juridiques internes et sera ainsi examinée en premier lieu (A). Toutefois, elle apparaît parfois impossible, disproportionnée, ou inadaptée à certains dommages. Une réparation par équivalent lui sera alors substituée, dont il nous appartient de déterminer la forme exacte dans le cas qui nous occupe (B).

A. Réparation en nature : le principe de la *restitutio in integrum*

« Réparer, c'est avant tout faire disparaître le dommage ; il n'est pas de réparation plus parfaite que celle qui atteint le mal dans sa source »¹⁰⁴². La restauration de la situation antérieure à la violation, ou *restitutio in integrum*, est ainsi le principal mode de réparation d'un dommage causé. Elle vise traditionnellement la restitution matérielle : on rend un bien, un territoire, lorsque sa

¹⁰³⁹ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., article 31. 1, p. 8 : « L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ».

¹⁰⁴⁰ C.P.J.I., arrêt du 13 septembre 1928, *Usine de Chorçow (réparations)*, Allemagne c. Pologne, *Série A*, n° 17, p. 3 et s., p. 47.

¹⁰⁴¹ Elle est citée en première place des formes de réparation envisagées par la C.D.I., article 34 du projet, et examinée en premier lieu, article 35 (C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., p. 8).

¹⁰⁴² MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome II, Paris, Monchrestien, 6^e éd., p. 637.

confiscation, son appropriation était illicite. Elle ne s'y résume toutefois pas, et peut prendre une forme juridique lorsque la nature du fait illicite et du dommage causé y conduit. Dommages subis par l'Etat uniquement, ou par l'Etat par la médiation de l'atteinte à son ressortissant sont de même nature : moral par fiction, pour la seule violation du droit. Seule l'annulation de l'acte juridique en question constitue la réparation parfaite du préjudice international causé par sa production. Clarifions bien l'emploi de ce terme : l'annulation, procédé d'énonciation, ne doit pas être confondue avec la nullité de l'acte interne, vertu d'un acte incompatible avec l'acte hiérarchiquement supérieur qui en détermine la validité. Nous avons précisément déterminé que la production de l'acte juridique était en soi un comportement illicite ; nulle question ici de sa validité. Seul en cause sera le comportement exigé de l'Etat au titre de son obligation secondaire. J. Personnaz note bien qu'une restitution qui « vise les actes juridiques proprement dits »¹⁰⁴³ peut s'appliquer lorsque la violation provient de la production d'un tel acte. Elle « consistera dans le retrait ou l'annulation de l'acte juridique lésif »¹⁰⁴⁴. M. Crawford relève également l'emploi de l'expression de « restitution juridique » à ce sujet¹⁰⁴⁵. Cette annulation ne peut être opérée par la juridiction internationale elle-même (1). La *restitutio in integrum* consistera donc en une annulation de l'acte juridique contraire effectuée par l'Etat lui-même (2).

1. Annulation impossible de l'acte juridique interne par la juridiction internationale.

L'annulation de l'acte produit, comme mesure de restauration de la situation qui existait avant la production de celui-ci, peut-elle être ordonnée par un tribunal international comme mesure de réparation de la violation du droit international qu'il a pour mission de constater ? Dans l'affaire *LaGrand*, l'Allemagne demandait initialement à la Cour de dire et juger que « toute responsabilité pénale qui ait été attribuée à Karl et Walter LaGrand en violation d'obligations internationales est nulle »¹⁰⁴⁶. En ce sens, un tribunal arbitral avait déjà tranché dans la sentence *Martini* : « les parties de l'arrêt du 4 décembre 1905, qui sont entachées d'injustice patente, imposent à la Maison Martini certaines obligations de paiement. Bien que ce paiement n'ait jamais été effectué (...) les obligations existent en droit. Ces obligations doivent être annulées, à titre de réparation. *En prononçant leur annulation*, le Tribunal Arbitral souligne qu'un acte illicite a été

¹⁰⁴³ PERSONNAZ (J.), *La réparation en droit international public*, Paris, Sirey, 1938, p. 77.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 78.

¹⁰⁴⁵ Entre dans cette catégorie l'obligation par l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour procéder à l'annulation d'un traité dont la conclusion aurait constitué la violation d'une obligation internationale (CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 259).

¹⁰⁴⁶ C.I.J., requête introductive d'instance du 2 mars 1999, *LaGrand*, Allemagne c. Etats-Unis, <www.icj-cij.org> § 15.

commis et applique le principe que les conséquences de l'acte illicite doivent être réparées. »¹⁰⁴⁷ Il est choquant que le tribunal arbitral s'arroge la compétence de déclarer nulle la décision interne incompatible avec l'obligation internationale. On est en réalité en face d'un abus de langage, et jamais la C.I.J. n'a admis pouvoir déclarer elle-même la nullité d'un acte juridique interne. Elle s'y refuse, cette mission n'entrant pas dans sa fonction juridictionnelle internationale. En ce sens, on se trouve autant devant un motif d'irrecevabilité de la demande que d'une impossibilité d'y donner suite : la Cour, comme toute juridiction internationale, ne peut jouer le rôle d'une juridiction supérieure aux juridictions internes. En outre elle ne le pourrait matériellement pas, ne disposant d'aucun pouvoir d'exécution forcée de ses décisions. De la même façon, la juridiction interaméricaine a déjà pu énoncer au stade des réparations que l'ensemble d'un procès de droit interne était nul du fait de sa contradiction avec les exigences fondamentales du procès équitable¹⁰⁴⁸. Elle refuse tout de même de prononcer elle-même la relaxe des accusés, démontrant par-là qu'elle n'entend bien évidemment pas annuler par l'effet de sa décision un acte juridique interne¹⁰⁴⁹. Ce problème n'est cette fois pas spécifique à l'annulation des actes juridiques internes et englobe toute mesure de réparation : elle n'est imposée qu'à titre d'obligation secondaire de l'Etat, à charge pour lui d'en assurer l'exécution. Jamais un tribunal international ne dispose du pouvoir de la faire exécuter d'office¹⁰⁵⁰. Cet abus est toutefois compréhensible : l'annulation est ici la seule mesure de réparation envisageable, et l'Etat ne dispose pas d'une faculté de choix entre diverses mesures de réparation appropriées. Prononcer l'annulation n'est qu'un raccourci pour indiquer à l'Etat qu'il n'a d'autre solution que de procéder à la mise en néant de l'acte dont la production a constitué une violation d'une obligation internationale. La requête allemande précitée poursuivait ainsi : la décision américaine « est nulle et *doit être considérée comme nulle par les autorités légales des Etats-Unis* ». Nul doute toutefois que l'Allemagne ne demandait pas à la Cour d'annuler un acte interne à la place des organes américains qu'elle cite aussitôt. J. Dumas relève l'exemple d'une Commission mixte, constituée par compromis entre la France et le Royaume de Siam suite à l'assassinat d'un inspecteur français sur le territoire du dernier Etat et son acquittement par ses tribunaux. Cette commission a cassé le jugement et condamné elle-même

¹⁰⁴⁷ Sentence du 3 mai 1930, *Martini*, Italie c. Vénézuéla, préc., p. 1002

¹⁰⁴⁸ C.I.A.D.H., arrêt du 27 novembre 1998, *Loayza Tamayo c. Pérou (réparations)*, Série C, n°42, : « *all the respecting proceedings and records are null and void* », § 122.

¹⁰⁴⁹ Au stade de l'examen de l'affaire au fond, la Cour avait seulement prononcé que le procès constituait un fait illicite et qu'en conséquence le Pérou devait prononcer la relaxe de l'accusée, C.I.A.D.H., arrêt du 17 septembre 1997, *Loayza Tamayo c. Pérou (fond)*, Série C, n° 33 : « *As a consequence of the violation of the rights enshrined in the Convention, (...) the Court considers that the State of Peru must, in accordance with its domestic legislation, order the release of Ms. María Elena Loayza-Tamayo within a reasonable time.* » § 84.

¹⁰⁵⁰ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 et 2 sur le pouvoir du juge dans le contentieux international.

l'assassin à une peine de travaux forcés¹⁰⁵¹. De même, il faut comprendre dans cette sentence un ordre donné à l'Etat et non une mesure exécutoire d'une instance internationale. Toujours est-il que ces cas nous fournissent de parfaits exemples de « restitutions juridiques ».

2. *Obligation d'annuler l'acte interne contraire à la charge de l'Etat qui en est l'auteur*

Un cas fréquent

Les cas précités doivent donc être lus comme autant d'exemples de « restitutions juridiques » ordonnées à l'Etat. Ils ont trait à des actes individuels, fréquemment des décisions de justice internes contraires aux obligations internationales de l'Etat. Ainsi, si l'Etat commet un fait internationalement illicite sous la forme d'un déni de justice, J. Personnaz note que « (l)a *restitutio* consistera en ce cas dans l'annulation ou l'amendement du jugement ». C'est ce que confirme l'étude de la jurisprudence de la Cour européenne : aucune « satisfaction » ne sera accordée si le droit interne de l'Etat défendeur permet de réparer le préjudice en annulant l'acte litigieux, et le prononcé de l'arrêt constituera en soi une satisfaction équitable¹⁰⁵². Il n'en demeure pas moins que l'acte illicitement produit devra être annulé. Si la Cour européenne n'a pas le pouvoir d'ordonner des mesures de *restitutio in integrum*, les Etats n'en sont pas moins obligés, en vertu de l'article 46, de recourir à la mesure de leur choix propre à revenir sur l'état antérieur à la violation, en exécution de l'arrêt de la Cour, sous la surveillance du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁰⁵³. Par exemple, le Comité des Ministres a estimé satisfaisante l'attitude des Pays-Bas dans l'hypothèse suivante : une décision d'expulsion qui prenait la forme d'un refus définitif d'octroi de permis de séjour, dont la production était illicite, a été annulée par l'octroi d'un permis de séjour *retroactif* à la requérante¹⁰⁵⁴. La Cour interaméricaine a quant à elle le pouvoir de prononcer les mesures de réparation à la charge de l'Etat, issu de l'article 63. 1 de la C.A.D.H.¹⁰⁵⁵,

¹⁰⁵¹ DUMAS (J.), *La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers*, Paris, Sirey, 1930, XVII-477 p., p. 40.

¹⁰⁵² Dans l'affaire *Soering*, ainsi, bien que l'article 50 ait été considéré comme applicable, le constat de l'illicéité de la production d'une décision ministérielle d'extradition suffit à constituer une satisfaction équitable : Cour E.D.H., arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, préc., § 127.

¹⁰⁵³ Cette *restitutio* juridique est, depuis quelques années, en voie de renforcement au sein du droit européen de protection des droits de l'homme. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n°14 à la Convention, il dispose de moyens accrus en la matière. La Cour est également amenée à suggérer des moyens de réparation, au-delà de la seule satisfaction. Voir Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 4^e rapport annuel, 2010, <www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2010_fr.pdf>, 209 p., et *infra*, Titre 2.

¹⁰⁵⁴ Comité des Ministres, résolution finale suite à l'arrêt du 31 janvier 2006, *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, req. n°50435/99, CM/ResDH(2010)60).

¹⁰⁵⁵ C.A.D.H., art. 63. 1 : « Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée. »

qu'elle a utilisé en prononçant l'obligation secondaire à la charge d'Etat d'annuler l'acte juridique produit en violation de ses obligations internationales. Ainsi, dans l'affaire *Cantoral Benavides*, la Cour a ordonné au Pérou qu'il annule l'arrêt d'une juridiction suprême constituant en lui-même un traitement violant la C.A.D.H.¹⁰⁵⁶. La Cour européenne ne s'octroie jamais, à la manière de son homologue américaine, le pouvoir de déclarer l'invalidité de l'acte incompatible mais se limite à constater le manquement qui en est issu, à charge pour l'Etat d'y remédier. Souvent cette confusion terminologique est opérée, même en doctrine. Le professeur Sudre énonce ainsi que « (l) a déclaration d'incompatibilité que prononce la Cour n'entraîne pas *ipso facto* l'invalidité de l'acte illicite : il appartient à l'ordre interne de remédier à la violation constatée »¹⁰⁵⁷. Il n'est bien entendu pas question que l'arrêt « entraîne » l'invalidité d'un acte interne¹⁰⁵⁸ ; la Cour ne pourrait pas davantage la prononcer efficacement. Seul l'Etat est en mesure d'annuler un acte juridique interne illicitement produit, à titre de réparation.

Une réelle mesure de réparation

La forme de réparation qui semble la plus appropriée est ainsi l'annulation de l'acte individuel contraire. Mais dans cette hypothèse la *restitutio* se confond avec la seule restauration de la légalité, et on peut peiner à y voir un quelconque aspect réparatoire. Elle constitue toutefois une réelle mesure de réparation car elle vise à effacer des conséquences passées, revenir sur un état antérieur. Elle ne se contente pas d'ordonner une cessation de l'illicéité qui, elle, ne jouerait un rôle de restauration de la légalité que dans le présent et pour l'avenir. L'affaire *Yérodia* démontre sans nul doute que l'annulation constitue une réelle mesure de réparation. La demande de la République démocratique du Congo tendant à l'annulation du mandat d'arrêt émis par la Belgique en violation de la règle sur les immunités de l'Etat et du personnel diplomatique était d'interprétation ambivalente. Commencant par une demande de satisfaction de son préjudice moral, la demande relative à la mise à néant du mandat n'y apparaissait qu'en dernier lieu, comme s'il ne s'agissait pas d'une réelle forme de réparation. En outre, le Congo affirmait l'existence d'un fait illicite continu. De ces deux éléments, il était possible de conclure que cette demande d'annulation du mandat d'arrêt relevait de la simple cessation de l'illicite et non de la réparation du préjudice subi, cette dernière prenant la forme d'une satisfaction. Or, le fait illicite issu de la production d'un acte individuel est, ainsi que nous l'avons démontré¹⁰⁵⁹, par nature instantané et seuls ses effets peuvent être durables. L'annulation de l'acte ordonnée par la Cour ne peut ainsi passer pour une mesure de cessation de l'illicite, mais uniquement comme une réparation de ses

¹⁰⁵⁶ C.I.A.D.H., arrêt du 3 décembre 2001, *Cantoral Benavides v. Peru (réparations)*, Série C., n° 88.

¹⁰⁵⁷ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 560-561.

¹⁰⁵⁸ Voir *infra*, sur la non-conformité.

¹⁰⁵⁹ Voir *supra*, Partie 1. Titre 2.

effets qui perdurent. Le fait internationalement illicite dont la Belgique était l'auteur avait, en raison de la perte par M. Yerodia des fonctions auxquelles l'immunité de juridiction était attachée, cessé d'être illicite ; ses effets n'en étaient pas pour autant réparés. Son annulation ordonnée par la Cour remplit assurément cette fonction.

Dans certains cas toutefois, la « restitution juridique » laissera place à une réparation par équivalent.

B. Réparation par équivalent : l'exception.

1. Raisons présidant à ce choix.

La *restitutio in integrum* est ordonnée dès lors qu'elle n'est pas « matériellement impossible »¹⁰⁶⁰ ; cette première condition ne semble à première vue concerner que la restitution matérielle d'un bien, d'un territoire, et non son pendant juridique. Pourtant, un acte juridique peut lui aussi avoir déjà disparu, auquel cas la restitution juridique n'aura plus lieu d'être (a). Son annulation peut en outre représenter pour l'Etat une charge excessive (b).

a. Une impossibilité juridique.

L'impossibilité de procéder à la *restitutio in integrum*, qui permettrait de se soustraire à cette forme de réparation, est, selon l'article 35. a du Projet d'articles de la C.D.I., une impossibilité « matérielle », ce qui est notamment le cas si l'objet à restituer a disparu. On pourrait assimiler cette hypothèse à celle qui se présente lorsqu'un acte individuel dont la production est illicite a déjà reçu une exécution matérielle. Le propre de l'acte individuel étant d'épuiser ses effets en une fois, alors l'acte n'existerait plus dans l'environnement juridique, et l'Etat n'aurait plus rien à restituer. Il faut en effet prendre conscience que si la plupart des violations d'obligations internationales visant la réalisation de situations individuelles prennent leur source dans la production d'un acte juridique exécutoire, le préjudice tangible est majoritairement causé par ses conséquences, *i.e.* la mesure d'exécution. Dès lors que ce préjudice, né des suites de l'illicite et non du fait illicite en lui-même, est réparé, nul besoin de revenir sur l'acte et de l'annuler : il a épuisé tous ses effets. L'acte constitue la substance de l'illicite, mais il n'existe plus ; si sa

¹⁰⁶⁰ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 35. a), p. 8 : « L'Etat responsable (...) a l'obligation de procéder à la restitution (...) dès lors et pour autant qu'une telle restitution (...) n'est pas matériellement impossible. » Nous soulignons.

production a causé un préjudice, ce dernier n'est que juridique alors qu'un préjudice moral et matériel peut avoir été engendré par son exécution subséquente. Il faudra dès lors réparer par équivalent ce qui ne peut plus être rendu, et allouer à l'Etat des dommages et intérêts pour son préjudice concret, directement subi ou à la hauteur du préjudice subi par son ressortissant. Peut-on toutefois envisager cette hypothèse comme une impossibilité « matérielle », étant donné la nature de l'objet disparu ? Il nous semble que l'impossibilité soit ainsi *juridique*.

Très certainement juridique cette fois serait l'impossibilité de procéder à une restitution tirée de l'absence, dans l'ordre juridique interne, de recours en annulation contre un acte dont la production était illicite. Un Etat peut en effet se voir en peine d'annuler un jugement rendu par une juridiction de dernière instance, ou encore un acte de gouvernement. De même, bien qu'une loi individuelle puisse constituer par sa seule production une violation, son annulation peut être juridiquement impossible dans un ordre interne ne disposant d'aucun recours contre les actes législatifs. De prime abord, il semble exclu qu'une telle excuse puisse permettre à l'Etat de se soustraire à son obligation de restitution. Il est admis qu'un Etat ne peut se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement à ses obligations, qu'elles soient primaires¹⁰⁶¹ ou secondaires¹⁰⁶². Ces propos semblent toutefois devoir être nuancés. D. Anzilotti note que bien que la seule impossibilité *juridique* à la *restitutio* est, en principe, issue d'un obstacle du droit international. C'est le cas d'une réparation qui conduirait à violer une autre règle de droit internationale, opposable à l'Etat demandeur. Une impossibilité due au droit interne serait, au contraire, inadmissible. L'auteur tempère toutefois ces propos, lorsque le droit international lui-même prévoit une telle hypothèse : « il n'est pas exclu, en effet, qu'il y ait des obstacles de normes internes que les Etats soient disposés à prendre en considération pour convertir la restitution en nature en une indemnité »¹⁰⁶³. En effet, de nombreuses clauses conventionnelles relatives à un mode de règlement des différends internationaux, énoncent, à propos de la *restitutio in integrum*, une exception issue de l'ordre juridique interne¹⁰⁶⁴, qui pourrait éventuellement être

¹⁰⁶¹ Convention sur le droit des traités, Vienne, préc., art. 27 : « Une Partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant de la non-exécution d'un traité ».

¹⁰⁶² C.D.I., *Projet définitif d'articles sur la responsabilité de l'Etat*, préc., art. 32, p. 8 : « L'Etat responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie. »

¹⁰⁶³ ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 526.

¹⁰⁶⁴ Convention sur l'établissement d'une Cour des prises, La Haye, 18 octobre 1907, art. 8. 2 : « (...) Si la nullité de la capture avait été prononcée par la juridiction nationale, la Cour n'est appelée à statuer que sur les dommages et intérêts ». ; Traité d'arbitrage et de conciliation entre la Confédération suisse et le Reich allemand, Berne, 3 décembre 1921, art. 10. 2 : « Si, dans une sentence arbitrale, il est établi qu'une décision ou mesure d'une instance judiciaire ou d'une autre autorité d'une Partie se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec le droit des gens et si le droit constitutionnel de cette Partie ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer par des mesures administratives les conséquences de la décision ou mesure dont il s'agit, la sentence arbitrale accordera à la Partie lésée une satisfaction équitable d'un autre ordre. » ; Acte général pour le règlement pacifique des

invoquée en cas d'impossibilité constitutionnelle d'annuler un acte juridique donné¹⁰⁶⁵. Précisons également qu'il ne s'agit pas, pour un Etat qui invoquerait ici un argument issu de son organisation interne, de se soustraire à son obligation générale de réparation, mais uniquement à l'une de ses modalités : la *restitutio in integrum*. L'impossibilité issue du droit interne d'annuler un certain acte juridique produit en violation du droit international pourrait donc être considérée comme une circonstance exceptionnelle permettant à l'Etat de déroger à la forme principale de réparation du préjudice causé, lui laissant l'opportunité de réparer par équivalent.

Au regard du droit interne, même si la restitution n'est pas juridiquement impossible, elle peut apparaître comme une charge disproportionnée.

b. Une charge excessivement lourde

Il est admis qu'une *restitutio in integrum* représentant pour l'Etat responsable une charge excessivement lourde puisse également être exclue comme mesure adéquate de réparation¹⁰⁶⁶. L'annulation d'un acte juridique interne peut aisément être jugée comme une demande excessive. Elle porte en effet atteinte à la sécurité juridique existant dans l'ordre interne de l'Etat auteur de la violation. En toute hypothèse, les Etats s'insurgent contre une telle obligation d'annulation, qu'ils semblent percevoir comme une forme d'ingérence¹⁰⁶⁷. Le juge international est ainsi souvent réticent à imposer une obligation d'annulation d'actes juridiques internes à titre de réparation, révélant une certaine protection dont ils bénéficient. D'ordinaire regardée par le droit international comme un comportement opératif « banal » de l'Etat au niveau de la réalisation du fait illicite, la production d'un acte juridique, qui peut être normateur, retrouve une certaine spécificité. On le voit : au niveau de l'obligation secondaire de réparation, la nature normative de ce comportement transparait alors qu'elle était jusqu'ici imperceptible. Il peut ainsi donner lieu à une réparation par équivalent dont il nous appartient d'envisager les modalités.

différends internationaux, 28 septembre 1928, art. 32 : « Si la sentence judiciaire ou arbitrale déclarait qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité de l'une des parties en litige se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec le droit international, et si le droit constitutionnel de ladite partie ne permettait pas ou ne permettait qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, les parties conviennent qu'il devra être accordé par la sentence judiciaire ou arbitrale, à la partie lésée, une satisfaction équitable » (exemples cités par WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées...*, *op. cit.*). Enfin et surtout, C.E.D.H., préc., art. 41 : « si le droit interne de la partie ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de (la) violation, la Cour accorde (...) une satisfaction équitable », nous soulignons.

¹⁰⁶⁵ En ce sens, WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées...*, *op. cit.*, p. 261-262.

¹⁰⁶⁶ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., article 35 b), p. 8.

¹⁰⁶⁷ C.I.J., Contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique du 27 mars 2000, *LaGrand*, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8554.pdf>>, § 51-54. Leur défense est fondée, comme on le verra ultérieurement, sur l'irrecevabilité de ce moyen. Voir également, dans une moindre mesure : C.I.J., Mémoire du Royaume de Belgique du 28 septembre 2001, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8303.pdf>>, § 1. 46.

2. *Consistance de la réparation par équivalent*

La première branche de la réparation par équivalent est, bien entendu, celle qui permet à l'Etat de priver d'effet juridique, dans son ordre interne, un acte individuel sans toutefois l'annuler formellement (a). Succédané d'une annulation, elle peut être quasiment assimilée à une *restitutio* juridique. Il est toutefois des cas de figure dans lesquels elle sera encore inappropriée. Se substituera alors une satisfaction de l'Etat lésé couplée à la reconnaissance de l'illicite (b).

a. Priver d'effet l'acte juridique sans l'annuler

Facteur de souplesse, l'admission de ce procédé s'illustre particulièrement dans le droit européen de protection des droits de l'homme, où l'Etat ne se voit pas ordonné par la Cour son obligation secondaire de réparation, et devra choisir le moyen propre à y parvenir, sous le contrôle du Comité des Ministres. La Cour européenne affirme ainsi que l'Etat doit « choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, (...) les mesures individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer *autant que possible* les conséquences »¹⁰⁶⁸. On le voit : l'annulation d'un acte juridique illicitement produit n'est donc pas impérative et son extinction pour l'avenir, par une abrogation ou modification de ce dernier, semble s'avérer suffisante si aucune conséquence matérielle n'a été engendrée. Ainsi, « la révocation d'une mesure d'éloignement prise à l'encontre d'étrangers » en violation de la C.E.D.H. constituera une réparation adéquate selon le Conseil des Ministres¹⁰⁶⁹.

Cette position s'avère contestable, et doit être mise sur le compte de la faible étendue des pouvoirs de la Cour dans le prononcé d'obligations secondaires à la charge des Etats. Le Comité des Ministres s'est en effet estimé satisfait, au titre de l'exécution des arrêts, de simples mesures pour l'avenir, voire non définitives¹⁰⁷⁰. De manière encore plus laxiste, ledit Comité a adopté des résolutions finales suite à de simples suspensions d'actes individuels illicitement produits, ou de promesses de laisser ces derniers inexécutés¹⁰⁷¹. Ces divers moyens qui semblent satisfaire à

¹⁰⁶⁸ Cour E.D.H., arrêt du 13 juillet 2000, *Scorzari et Giunta c. Italie*, Rec. 2000-VIII, § 249, nous soulignons.

¹⁰⁶⁹ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 4^e rapport annuel, 2010, préc., p. 18.

¹⁰⁷⁰ Par exemple, au lieu de conférer un titre de séjour rétroactif en réparation d'une décision d'expulsion illicitement produite, les Pays-Bas ont, dans une autre affaire, simplement accordé un permis de séjour temporaire au requérant : Comité des Ministres, résolution finale suite à l'arrêt du 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, req. 1948/04, CM/ResDH(2010)10.

¹⁰⁷¹ Par exemple, Comité des Ministres, résolution finale suite à l'arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, req. 12083/86, CM/ResDH(2005)26, adoptée après que les autorités françaises se sont engagées à ne pas exécuter

L'exigence d'exécution des arrêts de la Cour ne peuvent toutefois être entendus comme équivalents à une *restitutio in integrum*, et ne présentent pas les caractéristiques nécessaires d'actes dont l'annulation serait impossible ou constituerait une charge disproportionnée pour l'Etat. Cette tolérance est toutefois propre au mécanisme européen et s'avère en voie de disparition : la Cour suggère en effet de plus en plus aux Etats les moyens de la réparation¹⁰⁷². Reste à attendre qu'elle exige expressément des Etats l'annulation des actes juridiques individuels produits en violation de la C.E.D.H.

Marquante est en outre la réouverture des procédures judiciaires nationales, voire des mesures administratives du type grâce ou pardon¹⁰⁷³, qui ne permettent pas une réelle annulation de la décision de justice, mais la réformation globale du procès. Le Comité des Ministres plaide en ce sens en cas de violation du droit au procès équitable¹⁰⁷⁴. Toutefois, on ne peut entendre l'obligation de révision des procès comme une mesure équivalente à la *restitutio in integrum* dans le cas de la violation du droit international par la production d'un acte juridictionnel déterminé. L'obligation de révision ne fait suite qu'à la violation d'une obligation de comportement *global*, par l'ensemble du pouvoir interne et en particulier le pouvoir judiciaire, et non par la production d'un acte juridique déterminé. On comprend donc aisément cette forme de réparation¹⁰⁷⁵, qui ne peut en revanche s'appliquer si une décision de justice a été produite en violation d'une obligation de comportement aux modalités déterminées, ainsi qu'on l'a vu dans l'affaire *Martini*. L'acte devra alors, purement et simplement, être annulé.

b. L'indemnisation et la satisfaction.

Le Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité de la C.D.I. prévoit que si la *restitutio* n'est pas envisageable, d'autres modes de réparation subsidiaires, tels l'indemnisation et la satisfaction, peuvent être utilisés¹⁰⁷⁶.

l'arrêté d'expulsion illicitement produit. Pour un panorama d'ensemble, voir : Comité des Ministres, Liste des Mesures individuelles adoptées pour réparer les conséquences de la violation pour le requérant, communiquées au Comité des Ministres lors de son contrôle de l'exécution des arrêts et des décisions en vertu de la Convention (Application des anciens articles 32 et 54 et de l'article 46), H-Exec(2006)2.

¹⁰⁷² Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 4^e rapport annuel, 2010, préc., p. 19. Voir, sur ce point, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2.

¹⁰⁷³ Comité des Ministres, Liste des Mesures individuelles..., préc.

¹⁰⁷⁴ Comité des Ministres, recommandation du 19 janvier 2000, *Réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, REC(2000)2.

¹⁰⁷⁵ Forme de *restitutio in integrum* qui a également été retenue par la C.I.J. dans les affaires de protection consulaire *LaGrand* et *Avena*.

¹⁰⁷⁶ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 34, 36 et 37, p. 8-9.

(i) L'indemnisation

Dans le cas d'un préjudice moral issu de la seule violation du droit en effet, si on ne peut recourir à la *restitutio*, l'indemnisation ne semble pas, de prime abord, être une solution de rechange, étant davantage adaptée à la réparation d'un dommage matériel. Toutefois, le Projet définitif de la C.D.I mentionne bien, reflétant le droit international coutumier, qu'une indemnisation couvre tout dommage matériel susceptible d'être évalué, mais aussi le « manque à gagner » causé par le fait internationalement illicite¹⁰⁷⁷. Cette indemnisation du *lucrum cessans*, principe général du droit civil¹⁰⁷⁸, était reconnue par la C.P.J.I. dans son attendu de principe en l'affaire de l'*Usine de Chorzon*¹⁰⁷⁹. La production d'un acte juridique individuel, si elle ne peut causer de dommage matériel, peut ainsi causer une perte de profits attendus, et donner ainsi lieu à une réparation par indemnisation¹⁰⁸⁰. Dans le cadre de dépossessions par la production d'actes juridiques individuels, le préjudice juridique peut ainsi donner lieu à une indemnisation dont la valeur s'approcherait de celle du bien perdu en droit. Les tribunaux du CIRDI sont familiers des demandes en indemnisation¹⁰⁸¹, mais il est toutefois difficile de déterminer si les sommes accordées interviennent en réparation du seul préjudice moral pour violation du droit du fait de la production d'un acte individuel de dépossession ou équivalent à une dépossession, ou bien du préjudice matériel causé par l'exécution concrète de cet acte juridique. Les Tribunaux du Centre, qui semblent aller dans le sens d'une indemnisation du *lucrum cessans*¹⁰⁸², accorderaient certainement des dommages et intérêts alors même qu'aucune perte matérielle ne serait avancée.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, art. 36. 2.

¹⁰⁷⁸ Principe reconnu comme transposable en droit international depuis longtemps, ainsi que l'atteste, par exemple, cette sentence de 1902 : « le principe général du droit civil, d'après lequel les dommages-intérêts doivent contenir une indemnité non seulement pour le dommage qu'on a souffert, mais aussi pour le gain dont on a été privé, est également applicable aux litiges internationaux et que, pour pouvoir l'appliquer, il n'est pas nécessaire que le montant du gain dont on se voit privé puisse être fixé avec certitude, mais qu'il suffit de démontrer que dans l'ordre naturel des choses on aurait pu faire un gain dont on se voit privé par le fait qui donne lieu à la réclamation ». Le tribunal ajoute « qu'il n'est pas question en ce cas d'un dommage *indirect*, mais d'un dommage *direct* ». Sentence arbitrale rendue par M. T.-M.-C. Asser du 29 novembre 1902, *Navires Capté Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White et Kate and Anna*, Etats-Unis/Russie, R.S.A., vol. IX, p. 63 et s., ici p. 65.

¹⁰⁷⁹ C.P.J.I., arrêt du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzon (fond-réparations)*, Série A, n° 17, p. 47 : « le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite, et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ».

¹⁰⁸⁰ Notons que l'indemnisation peut également être partie intégrante de la *restitutio in integrum* puisque l'annulation d'un acte juridique ne viendrait pas réparer l'intégralité du préjudice subi par l'Etat, mesuré à hauteur du préjudice de son ressortissant victime d'un manque à gagner.

¹⁰⁸¹ L'indemnisation éventuelle de l'investisseur est ici envisagée non en tant que telle, puisqu'elle répare un préjudice interne subi par ce dernier, mais en ce qu'elle aurait pu, hors du mécanisme du CIRDI, constituer la mesure de l'indemnisation accordée à l'Etat dont il est le ressortissant, pour son préjudice médiat.

¹⁰⁸² Un tribunal CIRDI refuse l'indemnisation d'un préjudice qui n'est pas démontré : Tal CIRDI, sentence du 23 septembre 2003 (indemnisation), *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. Venezuela*, n°ARB/00/5, <<http://icsid.worldbank.org>>. Il est toutefois, on le verra, peu probable que la jurisprudence du CIRDI aille dans le sens d'un refus général d'indemnisation du *lucrum cessans*. Selon D. Carreau et P. Juillard, « on constate une nette

(ii) La satisfaction

La satisfaction est le mode le plus adapté de réparation du préjudice moral. *A fortiori*, elle sera adaptée à la réparation du préjudice juridique. L'article 37 du projet de la C.D.I. pose la satisfaction comme une des conséquences de l'engagement de la responsabilité de l'Etat. Elle reste toujours ancrée dans une dimension réparatoire, puisqu'elle se calque sur le dommage subi par l'Etat et doit, selon le paragraphe 3, y être proportionnelle. Elle est adéquate pour les dommages insusceptibles d'évaluation financière. « Ces préjudices sont souvent de nature symbolique, et découlent du simple fait de la violation de l'obligation, indépendamment des conséquences matérielles de cette violation pour l'Etat concerné. »¹⁰⁸³ La satisfaction a été de façon éclatante utilisée comme mesure de réparation dans l'affaire du *Rainbow Warrior* opposant la France à la Nouvelle-Zélande¹⁰⁸⁴, conformément à ce que le tribunal qualifie « d'habitude de longue date des Etats et des cours et tribunaux internationaux », qui « s'applique particulièrement aux cas de dommages moraux ou légaux du fait direct d'un Etat, à l'inverse des cas de dommages aux personnes impliquant des responsabilités internationales. »¹⁰⁸⁵

La réparation par équivalent susceptible d'être octroyée permet de rester attaché à une conception traditionnelle de la responsabilité, dont les effets sont tournés vers l'effacement du passé – la réparation au sens strict – et visent en même temps à restaurer la légalité présente – réparation au sens large, dès lors qu'elle vise à revenir sur le préjudice subi. Quelle forme la satisfaction peut-elle prendre afin de revenir sur la production d'un acte juridique individuel ?

Forme de la satisfaction.

La satisfaction prend le plus souvent la forme d'excuses formelles, d'expression de regrets lorsqu'elle vient réparer une atteinte à l'honneur de l'Etat. Elle peut également prendre la forme d'une reconnaissance d'illicéité, et constitue une mesure de réparation puisqu'elle vise un fait

tendance, dans la pratique récente, à indemniser le *lucrum cessans*, même lorsque la mesure d'expropriation ou de nationalisation n'est pas regardée comme contraire aux principes du droit international. » Cette indemnisation n'ira pas jusqu'à la hauteur de la valeur du bien perdu, « mais une juste appréciation des intérêts en puissance amène l'attribution d'une fraction équitable du *lucrum cessans* à l'investisseur exproprié ou nationalisé. », CARREAU (D), JULLARD (P.), *Droit international économique*, *op. cit.*, p. 542. Voir également *infra*, Section 2, §1, B, 2, b. à propos de l'indemnisation du *lucrum cessans* suite à une mesure générale de dépossession.

¹⁰⁸³ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 284-285.

¹⁰⁸⁴ Sentence arbitrale du 30 avril 1990, *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)*, R.G.D.I.P., 1990, p. 866-868.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 876 (texte original anglais : R.S.A. XX, p. 272-273, § 122)

révolu qui n'a eu d'autres conséquences dommageables que purement morales. La reconnaissance de l'illicite par l'Etat auteur de ce comportement constitue un repentir solennel par rapport à une action passée. Sa dimension temporelle l'intègre parfaitement parmi les mesures de réparation *stricto sensu*, et la doctrine est unanime sur son caractère réparatoire. Cette déclaration d'illicéité est particulièrement adaptée au dommage qui nous occupe. Comme Mme Stern l'énonce, il y a deux façons de réparer un « préjudice juridique » : l'annulation de l'acte, ou, au moins, la déclaration de son caractère illicite – on devrait dire : la déclaration du caractère illicite de sa production¹⁰⁸⁶.

Il n'a jamais été contesté que la reconnaissance formelle du fait illicite par son auteur puisse constituer une mesure de réparation satisfaisante. Plus délicate est en revanche l'interprétation d'une déclaration d'illicéité prononcée par un tribunal comme une forme de satisfaction. M. Crawford le reconnaît : « bien que les déclarations faites par une cour ou un tribunal compétent puissent être considérées comme une forme de satisfaction dans certaines affaires, de telles déclarations ne sont pas intrinsèquement associées à la satisfaction. »¹⁰⁸⁷ La déclaration d'illicéité peut en effet être la finalité du jugement déclaratoire, qui n'a pas pour but d'accorder une quelconque réparation. Toutefois, elle peut également « être le prélude à une décision portant sur une forme quelconque de réparation ou peut constituer en soi la satisfaction demandée. »¹⁰⁸⁸ Plusieurs décisions, arbitrales¹⁰⁸⁹ et judiciaire¹⁰⁹⁰ vont en ce sens.

¹⁰⁸⁶ BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁸⁷ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁰⁸⁸ *Ibidem*, p. 288. Nous soulignons.

¹⁰⁸⁹ C.P.A., sentences du 6 mai 1913, *Affaires du Carthage et du Manouba*, préc., p. 460 : « pour le cas où une Puissance aurait manqué à remplir ses obligations, soit générales, soit spéciales, vis-à-vis d'une autre Puissance, la constatation de ce fait, surtout dans une sentence arbitrale, constituée déjà une sanction sérieuse ; que cette sanction est renforcée, le cas échéant, par le paiement des dommages-intérêts pour les pertes matérielles ; que, en thèse générale et abstraction faite de situations particulières, ces sanctions paraissent suffisantes ; que, également en thèse générale, l'introduction d'une autre sanction pécuniaire paraît être superflue et dépasser le but de la juridiction internationale » ; Sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis/France*, R.S.A., vol. XVIII, p. 464 : « la France insiste sur le fait qu'elle réclame la réparation du dommage moral qui lui a été infligé, que la réparation réclamée consiste en une déclaration » ; Sentence du 30 avril 1990, *Rainbow Warrior*, Préc., § 121-123, p. 875-876, et dispositif p. 878 : dans cette sentence, la satisfaction consistait précisément en une déclaration d'illicéité du comportement français. Nul doute en l'espèce que cette déclaration soit une mesure à proprement parler réparatoire : la violation avait pris fin par l'extinction de l'obligation à la charge de l'Etat français de maintenir les agents responsables de l'attentat en détention (voir : MIGLIORINO (L.) « Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction : à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior », R.G.D.I.P., 1992, p. 71).

¹⁰⁹⁰ C.I.J., arrêt du 15 décembre 1949, *Détroit de Corfou (réparations)*, Royaume-Uni c. Albanie, *Rec.*, p. 244 et s. L'Albanie demandait l'unique sanction de la Cour du point de vue du droit (*ibid.*, p. 26). La Cour, acceptant de rendre un jugement déclaratoire, dit ainsi que « par les actions de sa marine de guerre dans les eaux albanaises au cours de l'opération des 12-13 novembre 1946, le Royaume-Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie cette constatation par la Cour constituant en elle-même une satisfaction appropriée » (*ibid.*, p. 36). Dans son opinion individuelle, le juge Azevedo souligne que désormais « (t)out choix laissé à l'avenir serait impossible, car la sanction se trouvera *re ipsa* dans le jugement même. » (*ibid.*, p. 114).

Ainsi, dans le cas d'une production d'un acte juridique individuel en violation du droit international, la satisfaction sera tout à fait appropriée si l'acte en question a déjà été exécuté. Si l'Etat auteur a en outre retiré l'acte juridique, ajouter à cette action pour l'avenir une déclaration de reconnaissance de la violation issue de sa production est le seul moyen de lui donner le caractère d'une réelle mesure de réparation, rétrospective.

Conclusion de la section

Un dommage juridique subjectif, systématiquement engendré par la production d'un acte individuel en violation d'une obligation internationale de comportement opératif de l'Etat, doit nécessairement être réparé. L'unique mesure pleinement satisfaisante s'avère être l'annulation dudit acte mais, ainsi que nous venons de le voir, au niveau des obligations secondaires de l'Etat, la nature normative de son comportement semble refaire surface alors qu'elle n'était auparavant pas prise en considération par le droit international. Ainsi, une certaine tolérance semble avoir cours, bien que celle-ci soit assez contestable. Dans le cas de production de règles juridiques internes cette fois, la nature normative du comportement de l'Etat devra cette fois nécessairement être regardée en face afin de déterminer une mesure de réparation appropriée.

Section 2. Cas des règles juridiques

Les règles juridiques internes ne sont susceptibles de donner naissance qu'à un dommage difficilement réparable. Les conséquences attachées à la violation qu'elles réalisent s'écartent alors sensiblement de la stricte réparation pour se rapprocher d'une simple cessation de l'illicite. On perçoit, au niveau des obligations secondaires, que l'ensemble des règles internes a une place très particulière au regard du droit international : la spécificité, au regard des obligations primaires de l'Etat, des règles immédiatement exécutoires, dont la production pouvait encore être considérée en violation des obligations de comportement opératif de l'Etat, tend à s'effacer. Le fait qu'une règle, par essence générale, soit en question rend en effet délicate l'entreprise de détermination de la victime du dommage causé, et donc de la réparation due (§ 1). De manière encore plus flagrante, lorsque la violation d'une obligation de comportement normatif est cette fois clairement en cause, la responsabilité qui en découle est totalement réfractaire à tout contenu rétrospectif (§ 2).

§ 1. *Violation d'une obligation de comportement opératif*

La production de certaines règles juridiques internes, dont les effets seront automatiquement ressentis sans besoin de norme individuelle d'application subséquente – ces règles que nous avons qualifiées d'*immédiatement exécutoires* – peut être tenue pour un comportement *opératif* de l'Etat. Leur production et leur maintien réaliserait une situation individuelle contraire à celle internationalement exigée, et donnant ainsi lieu à un fait internationalement illicite sans que leur caractère normateur soit véritablement pris en compte. Au stade des obligations secondaires, on verra toutefois ressortir cette dimension normative de la conduite de l'Etat, laquelle ne peut véritablement être effacée en raison de la généralité de la norme produite. A la différence de la production d'actes juridiques individuels, la production et le maintien de règles internes, même immédiatement exécutoires, ne causent pas toujours de dommage réparable (A). La mesure réparatoire à la charge de l'Etat auteur de l'illicite sera ainsi plus difficile à cerner (B).

A. Identification du dommage causé

Le dommage causé par une règle immédiatement exécutoire est nécessairement juridique, de la même façon qu'un acte individuel. Hors de toute exécution, il n'agit pas matériellement et ne peut donc causer de dommage d'un autre type que moral pour la seule violation du droit. En outre, l'Etat lésé n'est cette fois pas toujours identifiable, rendant alors l'atteinte irréparable. Le propre de la règle est en effet son caractère général, qui exclut qu'elle puisse viser un individu ou un Etat déterminé. Immédiatement exécutoire, elle peut toutefois affecter, de manière objective, des situations individuelles, et être ainsi susceptible de donner lieu à la violation d'une obligation de comportement opératif. Un préjudice juridique sera donc causé. Il n'est toutefois pas toujours possible de déterminer l'Etat subjectivement atteint, selon la réciprocité à laquelle l'obligation heurtée obéit. De cette réciprocité dépend donc l'identification du dommage causé et de sa victime.

1. Dommage juridique subjectif établi par principe : la violation d'obligations réciproques issues de conventions bilatérales.

Si l'obligation en cause est de nature réciproque, le cocontractant de l'Etat auteur de cette règle peut s'estimer lésé, directement ou non, dans son droit subjectif. C'est notamment le cas dans l'affaire *Ressortissants des Etats-Unis au Maroc*¹⁰⁹¹ dans laquelle un dahir marocain posait une taxe discriminatoire en faveur des marchandises françaises. Cette règle, immédiatement exécutoire, affectait par sa seule production les marchandises importées, notamment américaines. Elle était donc « contrair(e) aux droits que les États-Unis ont acquis en vertu de l'acte d'Algésiras »¹⁰⁹², accord franco-américain dans lequel était incluse la clause de la nation la plus favorisée. Sans que les Etats-Unis soient d'une quelconque manière visés par la règle en elle-même, et ainsi sans pouvoir avancer un éventuel dommage moral, ces derniers auraient, éventuellement, pu justifier d'un dommage juridique pour violation de leur droit à bénéficier du meilleur traitement, suite à une discrimination positive faite en faveur de la France¹⁰⁹³.

¹⁰⁹¹ C.I.J., arrêt du 27 août 1952, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, France c. États-Unis, *Rec.*, p. 176 et s.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 185.

¹⁰⁹³ Il est toutefois impossible de s'en assurer en l'espèce. La France était demanderesse, et les Etats-Unis demandaient essentiellement la reconnaissance de leur droit de s'opposer à l'application de ladite loi envers leurs ressortissants. En outre, en l'espèce, le dahir avait été effectivement appliqué à des ressortissants américains, ce qui faisait passer la production législative au second plan de l'analyse. Voir également en ce sens la jurisprudence du CIRDI, en cas de violation d'un traité bilatéral d'investissement par la production d'une loi de nationalisation.

Lorsque l'obligation n'est pas issue d'une convention bilatérale ou, au-delà, non réciproque, la simple production d'une règle immédiatement exécutoire constitue certes une violation du droit, mais cette atteinte ne pourra pas être considérée de façon systématique comme engendrant un dommage subjectif et donc réparable.

2. Dommage juridique subjectif à démontrer dans tous les autres cas

On perçoit aisément la spécificité des règles juridiques internes lorsque leur production intervient en violation d'une obligation liant plus de deux Etats, de manière réciproque. Certes, ce lien multilatéral est divisible en de multiples relations bilatérales, mais l'acte étant général, il est impossible d'établir que tel Etat est spécifiquement victime d'un préjudice juridique du fait de sa production. Il faudra donc apporter la preuve que certains sujets internes voient leur situation individuelle modifiée par la règle en question, pour que leur Etat national puisse se dire victime médiate de sa production. Tout Etat partie est juridiquement atteint par la production d'une règle contraire à l'accord, mais tout préjudice subjectif doit être spécialement démontré. Cette remarque vient renforcer l'impression selon laquelle la violation du droit international par la production de règles immédiatement exécutoires était, bien souvent, peu ou prou équivalente à la violation d'obligations de comportement normatif, relatives à la *conformité* des règles internes. Ceci est également valable lorsque les obligations violées n'étaient pas réciproques mais intégrales, ce que nous envisagerons (a) avant de passer à l'examen des obligations interdépendantes ou *ultra réciproques* (b).

a. Pour la violation d'obligations « intégrales »

La règle immédiatement exécutoire contraire à une obligation intégrale telle une norme de protection des droits fondamentaux de la personne humaine peut éventuellement causer un préjudice à un sujet interne, ou une catégorie de sujets internes, dans des cas concrets et démontrables. Si la règle est générale, elle modifie également des situations individuelles en elle-même. Sa production relève du comportement opératif au regard du droit international. Prenons par exemple les règles relatives au statut de l'individu. Ces dernières touchent toutes les situations individuelles qui entrent dans leur champ d'application. Dans l'affaire *Marckx*, la Cour européenne note que son examen ne consiste pas en une analyse abstraite du droit belge relatif au statut des enfants naturels en matière successorale, mais bien en un examen de la situation

individuelle des requérantes¹⁰⁹⁴. L'arrêt montre bien qu'en l'espèce, les requérantes sont victimes des articles du code civil en dehors de tout cas concret puisqu'il détermine le régime juridique qui leur est applicable. M. Santulli relève à ce titre qu'il n'y a ici pas à faire appel à la notion de victime potentielle¹⁰⁹⁵. L'affaire du *Régime linguistique belge* fournit également une parfaite illustration de violation d'une obligation non réciproque, ou *intégrale*, par une règle contraire, en l'espèce les dispositions législatives belges qui empêchaient tout enseignement dans un établissement autre que celui du lieu de résidence des parents, causant automatiquement une discrimination aux requérants de langue française dont les enfants ne pouvaient être scolarisés dans des établissements francophones¹⁰⁹⁶. On perçoit bien que les requérants sont ceux justement visés par ladite loi. Ils sont les victimes, concrètes, de la règle dans le champ d'application de laquelle ils entrent et qui modifie automatiquement leur situation individuelle¹⁰⁹⁷. Toutefois, le dommage ne sera que juridique et non matériel. Un raisonnement par analogie peut toutefois être opéré, afin de reconnaître, au-delà de l'atteinte objective à l'ordre public européen, un dommage subjectif dans le dommage reconnu aux individus requérants. Même si ce dommage n'est pas pris en compte dans le cadre de la responsabilité pour violation d'une obligation intégrale, il peut rester en filigrane de la violation de ce type d'obligation, dès lors qu'un individu déterminé en est la victime, comme c'est le cas suite à la production de règles immédiatement exécutoires. Toutefois, il est très délicat de démontrer qu'un sujet interne, et donc, médiatement, un Etat dont il est le ressortissant, est *subjectivement* atteint. Une large catégorie de sujets internes, et donc, médiatement, d'Etats, peuvent se prétendre victimes de règles immédiatement exécutoires¹⁰⁹⁸. La situation est ainsi identique à la violation d'obligations « interdépendantes ».

b. Pour la violation d'obligations « interdépendantes »

Ainsi qu'on l'a déjà évoqué, la violation des obligations « interdépendantes » n'ouvre généralement pas de droit à réparation. Ne causant d'atteinte à aucun Etat partie en particulier, mais à tous de façon généralisée, les branches du droit international telle l'O.M.C. éloignent leurs mécanismes de règlement des différends de toute fonction réparatoire. Pourtant, un dommage subjectif n'est pas inenvisageable, et se verra réparé dès lors qu'il sera spécifique à un Etat

¹⁰⁹⁴ Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., §27.

¹⁰⁹⁵ SANTULLI (C.), « Observations et propositions sur l'« extension » du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », in *Liberté, justice, tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, vol. II, Paris, Bruylant, p. 1371-1397, p. 1374.

¹⁰⁹⁶ Cour E.D.H., arrêt du 23 juillet 1968, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (principal)*, préc.

¹⁰⁹⁷ Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 2.

¹⁰⁹⁸ Voir *infra*, Titre 2 à propos de l'intérêt pour agir.

déterminé. Il se superpose donc à l'atteinte généralisée. Ainsi l'O.R.D. accorde une éventuelle compensation – si tant est qu'on puisse entendre ce mécanisme comme une forme de réparation¹⁰⁹⁹ – à des Etats spécifiquement atteints par une mesure contraire aux règles du commerce international. Ce fonctionnement est loin d'être systématique, mais il démontre qu'un préjudice peut être démontré en cas de règle immédiatement exécutoire contraire aux obligations de l'Etat. Toutefois, il ne s'agira jamais que de la compensation des effets concrets de la législation en question. Sa seule production, son seul maintien n'affectent en revanche les Etats que *juridiquement*, sans qu'aucun d'entre eux soit *particulièrement* lésé. Seule l'exécution de la règle pourra donner lieu à la démonstration d'un préjudice spécifique, disproportionné par rapport à l'atteinte généralisée causée à l'ensemble du groupe d'Etats parties.

Dans l'hypothèse d'une règle immédiatement exécutoire contraire au droit international, il est ainsi très délicat d'isoler un dommage subjectif. Les mesures d'exécution des arrêts de juridictions ne prononçant d'ordinaire pas de mesures réparatoires au sens strict pourront ainsi être perçues telle une forme de réparation de ce dommage, qu'il nous appartient à présent d'étudier.

B. Formes de la réparation du dommage causé

En matière de règles immédiatement exécutoires, contraires au droit international, si l'obligation secondaire reste en principe une obligation de réparation, les formes de celle-ci diffèrent par rapport au droit international général. Certes, la *restitutio in integrum* est envisageable : l'annulation d'une règle juridique dont la production et le maintien étaient illicites semble propre à restaurer l'état antérieur à la survenance de la violation. Cette réparation en nature comporte toutefois des inconvénients insurmontables dans l'hypothèse qui nous occupe, et ne sera plus le principe mais l'exception (1), se voyant supplantée par une réparation par équivalent (2).

1. Réparation en nature : l'exception

La *restitutio in integrum* adaptée à un fait illicite comme la production d'un acte général et abstrait semblerait, de même que pour un acte individuel, être une *restitutio* juridique, consistant

¹⁰⁹⁹ Le mécanisme des « compensations » de l'O.M.C. s'assimile toutefois davantage à un mécanisme de contre-mesures qu'à une véritable réparation : il n'est mis en œuvre que si l'Etat faillit à son obligation, secondaire, de « mise en conformité » (selon l'expression utilisée en droit de l'O.M.C.) de son droit interne en fonction du rapport de l'O.R.D. c'est pourquoi il sera étudié au titre de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2, § 2, A.

en une annulation de l'acte en question. Cette annulation ne peut être prononcée par une juridiction internationale (a) ; peut-elle être imposée à l'Etat, par principe (b) ?

a. Impossibilité d'une annulation de la règle par la juridiction

Le principe, identique à celui qui préside la réparation de tout dommage en droit international, est le suivant : l'Etat reste maître de son exécution qui n'est jamais opérée par la juridiction internationale. Ainsi, une éventuelle annulation de la règle contraire qui constituerait une *restitutio in integrum* ne pourrait jamais être prononcée par le juge mais bien par l'Etat, dans son ordre juridique interne. La Cour de Strasbourg le rappelle dans l'arrêt *Marckx* : mettant bien en valeur le fait que, la violation ayant sa « source immédiate » dans les règles internes, sa décision les affectera nécessairement. Elle se défend toutefois d'une quelconque décision exécutoire : « elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 »¹¹⁰⁰ (ex-article 46). De manière tout à fait exceptionnelle, la Cour interaméricaine considérant les lois d'amnistie contraires à l'instrument conventionnel qu'elle protège, aurait prononcé une telle annulation. Cette règle interne comporte une dimension exécutoire et s'avère ainsi en violation du droit à un procès équitable et à la protection judiciaire des victimes des responsables amnistiés¹¹⁰¹. La Cour a dès lors considéré que

« (c)ompte tenu de l'incompatibilité manifeste des lois d'amnistie et de la Convention sur les droits de l'homme, lesdites lois *sont dépourvues d'effet légal* et ne devraient pas continuer à obstruer l'investigation des faits sur le fondement desquels l'affaire est basée ou l'identification et la punition des coupables, ni ne peuvent avoir un impact identique ou similaire sur les autres cas survenus au Pérou, dans lesquels les droits établis dans la Convention américaine ont été violés. »¹¹⁰²

Largement soutenue par le juge Cançado Trindade, cette décision a de quoi étonner et révèle l'audace de la juridiction interaméricaine. Loin de constituer une exception, elle fait jurisprudence et semble être réitérée lorsqu'une loi d'amnistie vient gracier les coupables de crimes, privant

¹¹⁰⁰ Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., § 58.

¹¹⁰¹ C.I.A.D.H., arrêt du 14 mars 2001, *Barrios Altos Case*, préc., § 39 : « *the State is responsible for violating Article 8 (Right to a Fair Trial) and Article 25 (Judicial Protection) of the American Convention as a result of the promulgation and application of Amnesty Laws n° 26479 and n° 26492.* » Voir *supra*, Titre 2.

¹¹⁰² *Ibid.*, § 44, notre traduction, nous soulignons. Version originale : « *Owing to the manifest incompatibility of self-amnesty laws and the American Convention on Human Rights, the said laws lack legal effect and may not continue to obstruct the investigation of the grounds on which this case is based or the identification and punishment of those responsible, nor can they have the same or a similar impact with regard to other cases that have occurred in Peru, where the rights established in the American Convention have been violated.* »

automatiquement les victimes ou leurs ayants droit de toute réparation. Ainsi, un décret d'amnistie chilien considéré comme contraire à la convention est déclaré par la Cour comme dépourvu d'effet légal¹¹⁰³. Elle ne peut selon nous qu'être interprétée de manière restrictive. Comme on l'a déjà démontré, cette violation du droit international par la production d'une règle juridique n'intervient pas sur le mode de la nullité mais de l'illicéité¹¹⁰⁴. En outre, la Cour n'ayant pas le pouvoir d'annuler une loi interne, cette affirmation peut tout au plus être interprétée comme ordonnant à l'Etat de priver la règle d'effet légal dans son ordre interne. Une telle annulation constituerait ainsi la mesure de réparation propre à revenir sur le comportement illicite de l'Etat issu de la production et du maintien d'une loi :

L'Etat est-il toutefois obligé, à titre de réparation, d'annuler la règle interne produite ou maintenue de manière illicite ?

b. Question de l'obligation d'annulation de la règle à la charge de l'Etat

Au stade de la réparation, la Cour interaméricaine estime que l'Etat doit faire en sorte que le décret n'empêche pas la poursuite du criminel de l'affaire en cause, *ainsi que dans les affaires similaires*¹¹⁰⁵, ce qui démontre bien la dimension générale de la mesure ordonnée par la Cour. La mesure de réparation ne peut se limiter au cas d'espèce dans lequel la règle a été exécutée puisque le fait illicite réside en sa production et son maintien mêmes. Elle est également rétrospective : l'Etat doit ôter tout effet légal à ce décret, de manière rétroactive, puisqu'il devra permettre de revenir sur les jugements rendus en exécution automatique de l'amnistie, sans qu'il lui soit permis d'invoquer la non rétroactivité de la loi pénale ou le principe *non bis in idem*¹¹⁰⁶. La restitution juridique est claire : l'Etat doit revenir à l'état antérieur à l'acte illicitement produit. Et la Cour

¹¹⁰³ C.I.A.D.H., arrêt du 26 septembre 2006, *Almonacid-Arellano et autres c. Chili*, préc : « *when expecting to grant an amnesty to those responsible for crimes against humanity, decree law No. 2191 is incompatible with the American Convention and, therefore, lacks legal effects under said treaty* » dispositif, § 3; « the respondent Government must guarantee that the above mentioned amnesty decree-law of the Pinochet regime, does not continue representing an obstacle for the investigation, prosecution and punishment of those who were responsible for violations of human rights in the *cas d'espèce* », dispositif, § 5-6.

¹¹⁰⁴ Voir *supra*, Partie 1. Titre 2. Chapitre 1. Section 1. § 2.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, arrêt § 145 : « *the Court finds that, inasmuch as it seeks to grant amnesty to persons responsible for crimes against humanity, Decree Law No. 2.191 is inconsistent with the American Convention and, therefore, has no legal effects; consequently, the State must: i) ensure that it does not continue to hinder the investigation of Mr. Almonacid-Arellano's extra-legal execution and the identification and, as appropriate, punishment of those responsible, and ii) ensure that Decree Law No. 2.191 does not continue to hinder the investigation, prosecution and, as appropriate, punishment of those responsible for similar violations perpetrated in Chile.* ». Voir également dispositif, § 5.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, arrêt § 151 : « *The State may not invoke any domestic law or provision to exonerate itself from the Court's order to have a criminal court investigate and punish those responsible for Mr. Almonacid-Arellano's death. The Chilean State may not apply Decree Law No. 2.191 again, on account of all the considerations presented in this Judgment, especially those included in paragraph 145. Additionally, the State may not invoke the statute of limitations, the non-retroactivity of criminal law or the ne bis in idem principle to decline its duty to investigate and punish those responsible.* »

aura plus tard l'occasion de relever le manquement de l'Etat à cette obligation de réparation : il devait prendre toutes les mesures propres à éliminer les effets passés des lois d'amnisties, et non seulement les retirer pour l'avenir¹¹⁰⁷. Le procédé d'annulation est le moyen le plus efficace d'y parvenir, mais il est envisageable que l'Etat recoure à des succédanés, tant que l'acte est retiré de l'ordre juridique pour l'avenir, et que les effets qu'il a déjà produits et qui ont donné naissance à un préjudice subjectif et concret sont eux aussi effacés. Si en revanche aucune plainte n'est formulée quant à l'exécution de la règle dans un cas déterminé, on peut se demander si l'effacement rétrospectif de celle-ci, autrement dit son annulation, serait bien exigé au titre de *restitutio*.

Cette intuition doit être confirmée : il est rarissime qu'un acte général fasse ainsi l'objet d'une restitution juridique, consistant en une obligation d'annulation. Une telle réparation n'intervient en réalité que dans des cas relativement limités, entrant dans deux circonstances exceptionnelles : une impossibilité juridique ainsi qu'une charge disproportionnée¹¹⁰⁸.

(i) Une impossibilité juridique

On a déjà établi qu'une impossibilité « juridique » de procéder à la restitution pourrait, malgré la restriction de l'exception par la C.D.I. aux seules impossibilités « matérielles », être acceptable s'il s'agissait notamment d'un obstacle issu du droit constitutionnel¹¹⁰⁹. En droit

¹¹⁰⁷ C.I.A.D.H., arrêt du 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Pérou*, Série C, n°162 : « *the Court concludes that, during the time in which the amnesty laws were applied in the instant case (...), the State breached its obligation to adjust its domestic law to the Convention pursuant to Article 2 thereof, in relation with Articles 4, 5, 7, 8.1, 25 and 1(1) of the Convention, to the detriment of the victims' relatives. In addition, the Court is not satisfied that the State has ever since breached the obligations set forth in Article 2 of the Convention by adopting appropriate measures to eliminate the effects that at some times the amnesty laws —which were declared incompatible ab initio with the Convention in the case of Barrios Altos— might have had. However, as discussed earlier (...), such decision had general effects. Therefore, such "laws" have not been capable of having effects, nor will it have them in the future.* » § 189. Si la Cour semble considérer qu'il y a violation de l'article 2, c'est du fait d'un raisonnement en deux temps qui n'est ici pas apparent : tacitement, elle admet la violation de l'obligation de réparation, du fait de ne pas avoir effacé tous les effets des lois d'amnistie, et constate en même temps la violation de l'article 2, du fait de l'incompatibilité de ses règles de compétence qui ne lui permettent pas de juger les coupables et offrir une protection judiciaire suffisante aux victimes. Les deux étapes de ce raisonnement apparaissent § 172. Pour la Cour, adapter son droit interne implique ainsi deux séries de mesures : « *repealing rules and practices of any nature involving violations to the guarantees provided for in the Convention or disregarding the right enshrined therein or hamper the exercise or such rights* » et « *issuing rules and developing practices aimed at effectively observing said guarantees* ». La Cour précise ensuite ce qu'elle attend des Etats en matière de réparation : « *The Court takes the view that the first set of duties is breached while the rule or practice running counter to the Convention remains part of the legal system, and is therefore satisfied by modifying, repealing, or otherwise annulling, or amending, such rules or practices, as appropriate.* », *ibid.*, § 172. L'article 2 vise ainsi, à la fois, les actes contraires aux obligations de l'Etat, que ce dernier est dans l'obligation d'annuler, et les actes incompatibles, qu'il doit adapter, ou plus précisément dont il devra modifier l'état normatif.

¹¹⁰⁸ On rappelle que la C.D.I. n'a pas retenu, comme circonstance permettant d'écarter la restitution, l'impossibilité juridique mais seulement l'impossibilité « matérielle » ainsi que la « charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation », C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 35 a) et c), p. 8.

¹¹⁰⁹ Voir *supra*, Section 1, § 2, B, 1., a.

interne, il peut apparaître impossible au regard de ce droit constitutionnel d'annuler une règle déjà en vigueur. Même en cas de non-conformité à la Constitution, révélée lors d'un contrôle *a posteriori*, aucune sortie rétroactive de l'ordre juridique ne sera prévue pour la règle en question, dont les effets passés seront ainsi préservés. La règle ne sera qu'abrogée, pour l'avenir¹¹¹⁰. *A fortiori* lorsqu'une règle n'est pas nulle, mais que seule est en question l'illicéité de sa production, au regard du droit international, l'annulation est d'autant plus inenvisageable dans l'ordre juridique interne des Etats. On perçoit aisément que, si le droit international tentait de mettre de côté la nature normative du comportement de l'Etat au niveau de la reconnaissance de la violation du droit international, il est, au niveau des obligations secondaires, totalement impossible d'en faire abstraction lorsqu'une règle juridique en est le produit.

L'annulation de la règle interne contraire aux obligations internationales de l'Etat semble, outre juridiquement impossible, excessivement contraignante.

(ii) Une charge excessivement lourde

Si la réparation du préjudice automatiquement causé par l'atteinte à un droit subjectif soulève des difficultés en raison de l'ingérence que constitue une obligation d'annulation d'un acte individuel dans le ressenti des Etats, la réparation du même préjudice est d'autant plus délicate en présence d'une règle juridique, même immédiatement exécutoire. Elle pose, en outre, d'autres difficultés. En raison de la généralité de l'acte à annuler, une telle *restitutio* porterait atteinte à la sécurité juridique interne et constituerait, au regard du droit international, une mesure de réparation dépassant le cas d'espèce.

L'annulation d'une règle juridique interne au titre de la *restitutio in integrum* obligera l'Etat à remettre en cause toute une catégorie de situations individuelles constituées sur son fondement. Une réparation tournée vers l'effacement rétroactif de l'illicite poserait ainsi des difficultés d'ordre interne qui doivent être prises en compte. La Cour interaméricaine, qui a ordonné l'annulation de lois d'amnisties à titre de réparation, précise que cette décision a un effet général¹¹¹¹. Un arrêt en interprétation a été nécessaire pour clarifier ce point : il est en effet marquant et tout à fait hors

¹¹¹⁰ Constitution de la Ve République, telle que modifiée par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (J.O.R.F n°0171 du 24 juillet 2008), art. 62. 2

¹¹¹¹ C.I.A.D.H., arrêt du 3 septembre 2001, *Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al. vs. Peru)* (interprétation de l'arrêt au fond), Série C, n° 83 : « The Court therefore considers that given the nature of the violation that amnesty laws n° 26479 and n° 26492 constitute, the effects of the decision in the judgment on the merits of the Barrios Altos Cases are general in nature » § 18 ; La cour décide : « (t)hat given the nature of the violation that amnesty laws (...) constitute, the decision in the judgment on the merits in the Barrios Altos Case has generic effects. », dispositif § 2.

de la fonction juridictionnelle qu'une décision dépasse le cas d'espèce. Or l'ordre d'annuler un acte général interne aura nécessairement une portée qui dépassera les seules parties au litige, ou, comme en matière de droits de l'homme, les individus victimes des violations. Cette obligation d'annulation d'une règle interne reste ainsi, et il ne faut pas le déplorer, marginale et cantonnée à des cas bien spécifiques. La loi d'amnistie, toute générale qu'elle soit en apparence, vise fréquemment des cas en réalité bien déterminés. Tout Etat de droit admet également qu'elle comporte une exception en cas de comportement contraire à l'honneur et à la probité, qui ne pourrait bénéficier de cet oubli. La Cour interaméricaine ne condamne que des lois qui visent des comportements identifiables, dont l'oubli du caractère criminel semble particulièrement contraire à toute forme de justice. L'effet général de la décision de la Cour signifie certes qu'il dépasse le cas des victimes individualisées, mais n'ira pas au-delà des comportements illicites isolés par la Cour. Cette solution ne peut être élargie à toute règle interne. Pour des raisons de sécurité juridique évidentes, il serait disproportionné de demander une annulation de la règle sur le fondement de laquelle des situations individuelles ont pu légalement se constituer en droit interne. L'Etat ne pourrait se voir obligé de les annuler sans que découle pour lui une charge excessive, dépassant la réparation du préjudice proprement international. Or les règles coutumières de la responsabilité n'admettent pas cette solution : la réparation trop lourde prendrait des aspects punitifs tout d'abord ; qu'elle touche à la production normative de l'Etat irait en outre à l'encontre de la réserve traditionnellement gardée face aux lois internes. Par exemple, la Belgique justifie son attitude relative aux lois discriminatoires des enfants naturels en matière de filiation, lesquelles auraient dû, selon toute logique, être annulées. Le législateur s'est ainsi

« longuement interrogé sur la portée temporelle à donner aux nouvelles dispositions ; en définitive, le souci de la sécurité juridique à préserver dans l'intérêt des familles, des tiers et de l'État, joint à la crainte de voir se multiplier les procès, l'aurait amené à priver de toute rétroactivité la loi (nouvelle) »¹¹¹²,

abrogeant seulement la loi ancienne. Par souci de sécurité juridique, la portée rétroactive d'une mesure de réparation touchant à une règle juridique interne est ainsi difficilement concevable.

La Cour de Strasbourg énonce sans ambages l'ambiguïté des arrêts sur requête individuelle qu'elle prononce, due au fait que « sa décision produira (...) fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source

¹¹¹² Cour E.D.H., arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, *op. cit.*, § 24.

immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution»¹¹¹³. Une décision individuelle révélant la violation d'une obligation internationale par la production et le maintien d'un acte juridique général et abstrait, aura nécessairement des effets dépassant la stricte résolution du litige en cause. Le préjudice est juridique, et celui-ci doit être réparé. Nul problème en cas d'acte individuel. La réparation du préjudice causé par une règle interne fait en revanche entrer la responsabilité dans une dimension de restauration de la légalité *générale* évidente. Une difficulté majeure est la multiplication des contentieux relatifs à la règle en question. Si une règle immédiatement exécutoire peut porter atteinte à des situations individuelles, ces dernières peuvent être nombreuses. Notons par exemple que les victimes dans l'affaire du *Régime linguistique belge* étaient plus de huit cents¹¹¹⁴. Dans les affaires relatives au statut des enfants nés hors mariage, quel que soit l'Etat mis en cause devant la Cour européenne, tous les individus entrant dans ce champ d'application auraient pu agir. Car, loin de désigner *un* sujet interne, une règle immédiatement exécutoire agit sur une *catégorie* qui dans son ensemble pourrait se prévaloir d'un dommage subjectif.

Qu'en conclure quant à l'opportunité d'une réparation par annulation de ladite règle ? Cela pourrait accroître la protection de la légalité internationale de manière opportune dans les cas d'obligations intégrales ou ultra réciproques. On réparerait, en même temps qu'un éventuel dommage subjectivement ressenti, l'atteinte générale à l'intérêt commun ou généralisée à l'intérêt collectif des Etats parties. Une telle voie pourrait toutefois poser des difficultés en cas de violation d'obligations réciproques, qui, dans cette circonstance, verraient les relations intersubjectives qui les composent soudainement « solidaires » les unes des autres. En effet, la violation d'une obligation réciproque laisse toujours à chaque Etat débiteur de cette obligation, indépendamment, l'opportunité de protester mais aussi d'acquiescer¹¹¹⁵ à un tel comportement, les laissant seuls juges d'une telle conduite puisque seuls interprètes de leur propre engagement. Un acquiescement pourrait éventuellement conduire à la modification de l'obligation, entre les deux Etats concernés seulement, par accord tacite, démontrant bien le caractère détachable des relations intersubjectives composant l'obligation multilatérale réciproque. Or, si la règle contraire, à la production ou au maintien de laquelle un Etat a pourtant consenti, était annulée, cette solution ne serait plus ouverte, liant les multiples relations bilatérales entre elles. On tendrait vers

¹¹¹³ Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., § 58.

¹¹¹⁴ Cour E.D.H., arrêt du 9 février 1967, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (exceptions préliminaires)*, Série A, n°5, § 2.

¹¹¹⁵ Le consentement d'un Etat à la violation de ses obligations par un autre Etat est reconnu par la C.D.I. comme une « circonstance excluant l'illicéité ». C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 20, p. 5.

une interprétation unique des obligations et de la reconnaissance des cas de violations de ces dernières. La garantie accrue d'une légalité internationale va ainsi à l'encontre de la souplesse propre à cet ordre juridique.

Ces obstacles montrent que la *restitutio* juridique ne semble pas une mesure de réparation adaptée en cas de violation par la production d'une règle juridique. La voie est ainsi ouverte à une mesure de réparation, certes, mais qui ne relèverait pas d'une réparation en « nature ».

2. Réparation par équivalent : le principe

Dans tous les cas où une obligation d'annulation n'est pas prononcée, l'Etat qui a produit un acte juridique en violation de ses obligations internationales est tenu de le retirer immédiatement si celui-ci est toujours en vigueur : en réponse à la continuité du fait illicite, une *obligation de cessation* est en effet à sa charge. La production d'une règle interne, acte qui ne s'épuise pas en une exécution individuelle, réalise en effet, on s'en souvient¹¹¹⁶, un fait internationalement illicite qui s'avère continu tant qu'elle est maintenue en vigueur. P. Guggenheim considère que l'abrogation d'une loi incompatible avec une obligation internationale, par la production d'une loi nouvelle permettant cette fois à l'Etat d'exécuter son obligation, constitue une forme de réparation¹¹¹⁷. L'acte nouveau remplace l'acte précédent dont le maintien était illicite, « avec cette conséquence essentielle qu'il n'engendre pas des effets *ex tunc*, mais seulement *ex nunc*. »¹¹¹⁸ La mesure de cessation est nettement perçue comme une forme de réparation. Elle entre, à notre sens, dans le contenu de la responsabilité *stricto sensu* tant qu'elle a pour but de remédier aussitôt et totalement au fait internationalement illicite (a). Certes, il est délicat d'y percevoir une quelconque dimension rétrospective. Mais la mesure de cessation sera, de plus, couplée à une indemnisation ou satisfaction (b). La réparation par équivalent du dommage causé par la production et le maintien d'une règle immédiatement exécutoire est donc réalisée par cette association.

¹¹¹⁶ Voir Première partie, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 1, § 2.

¹¹¹⁷ L'auteur emploie d'ailleurs le terme, impropre selon nous dans ce contexte, de « *restitutio in integrum* ». La réparation dont il est ici question n'est qu'une réparation par équivalent. GUGGENHEIM (P.), « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1949-I, vol. 74, p. 239.

¹¹¹⁸ *Ibidem*. Au stade de la détermination du mode de violation du droit international du fait du droit interne en conflit avec celui-ci, P. Guggenheim considère toutefois l'acte contraire à une obligation internationale de l'Etat comme un « acte illicite » qui viole une « règle hiérarchiquement superposée ». Cet acte est donc, de son point de vue, nul. La conséquence de cette nullité revient toutefois à une forme de réparation, autrement dit s'intègre dans une logique de responsabilité. Pour cela, nous nous permettons d'utiliser ses propos, qui nous donnent un indice quant à la nature de la mesure de cessation.

a. Obligation de cessation immédiate et totale du fait illicite continu

On sait que le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. s'écarte, de lui-même, d'un mécanisme d'engagement d'une responsabilité classique des Etats membres. Toutefois, l'étude des conséquences d'un fait illicite suite à la production de règles « dispositives », autrement dit immédiatement exécutoires, montre que toute idée de réparation n'est pas absente en pratique. L'O.R.D. se borne à recommander aux Etats, selon les limites que pose l'article 19 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, de « rendre conforme » les mesures déclarées incompatibles¹¹¹⁹. La formule, constamment reprise par la suite, est énoncée par l'Organe d'appel dans son premier rapport, en l'affaire *Etats-Unis – Essence* : il « recommande que l'Organe de règlement des différends demande aux Etats-Unis de mettre les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Partie 80 du Titre 40 du Code de réglementations fédérales en conformité avec leurs obligations au titre de l'Accord général. »¹¹²⁰ Les membres ne se voient ainsi pas imposer une *restitutio* qui passerait par l'annulation de la mesure, avec une dimension rétroactive. Toutefois, ils se voient obligés de procéder à une cessation de l'illicite, seule et unique fin du mécanisme¹¹²¹, mais dont les caractéristiques et modalités font écho à une mesure d'ordre réparatoire. Un auteur note fort justement que la liberté de choix est loin d'être absolue, et que l'Etat devra toujours retirer la règle en question¹¹²². La « mise en conformité » prescrite dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends implique donc l'abrogation de la règle éventuellement contraire aux obligations de l'Etat en matière de droit du commerce international¹¹²³. Cette cessation de l'illicite ordonnée à l'Etat peut-elle être envisagée comme une mesure de réparation ? Pour M. Lesaffre, il est exclu qu'on puisse parler ici de réparation au sens strict¹¹²⁴ : il s'agit d'un retour à la situation exigée par le droit et non d'un retour à la situation antérieure. La responsabilité en droit de l'O.M.C. serait entendue d'une toute autre manière bien qu'en droit commun, limitée à un contenu prospectif et

¹¹¹⁹ Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, préc., art. 19 : « Dans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord. Outre les recommandations qu'il fera, le groupe spécial ou l'Organe d'appel pourra suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre ces recommandations. »

¹¹²⁰ Rapport préc., p. 33.

¹¹²¹ PAUWELYN (J.), « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules – Toward a more Collective Approach », *A.J.I.L.*, 2000, vol. 94, n°2, p. 337 ; PETERSMANN (E.-U.), *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Londres/La Haye/Boston, Kluwer Law International, 1997, XIV-399 p., p. 77.

¹¹²² H. Lesaffre remarque en effet que « l'alternative au retrait ne pourra être que la modification de la norme en question », ; cela ne constitue toutefois pas une « alternative », les deux conduites ne se plaçant pas sur le même plan : la modification d'une *norme* implique, dans le cas qui nous occupe, nécessairement le retrait d'un *acte*. LESAFFRE (H.), *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 222-223.

¹¹²³ *Ibidem*.

¹¹²⁴ LESAFFRE (H.), *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 215-216.

non rétroactif¹¹²⁵. Faut-il nuancer ces propos ? L'exclusion d'une réparation *stricto sensu* doit être confirmée, si on l'entend par réparation une *restitutio in integrum* qui n'est jamais demandée. Toutefois, l'abrogation de la règle contraire aux obligations de l'Etat constitue une mesure de cessation totale de l'illicite, que l'Etat devra prendre au plus tôt. Par principe donc, l'article 21. 1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends s'applique, et il est alors « (...) indispensable de donner suite *dans les moindres délais* aux recommandations ou décisions de l'ORD. »¹¹²⁶ Elle ne vise pas seulement à la restauration *future* de la légalité, mais avant tout à une cessation immédiate, et donc *présente*, de toute violation. Toutefois, il est vrai, un « délai raisonnable » dans la mise en œuvre des rapports peut être accordé en vertu de l'article 21. 3 du Mémoire. Et, en pratique, on constate qu'il l'est toujours lorsqu'une législation, même immédiatement exécutoire, est en cause¹¹²⁷. Les conséquences de la violation des dispositions substantielles des accords par la production et du maintien de lois « impératives », sont alors très proches des conséquences de la violation de l'article XVI. 4 de l'Accord O.M.C. du fait de l'existence de règles incompatibles. Dans son ensemble, le mécanisme s'extrait ainsi plutôt du contenu classique et rétroactif de la responsabilité, faisant figure d'exception en droit international.

Une obligation de cessation immédiate et totale ressort des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. L'Etat ne peut les exécuter, et respecter ainsi l'article 46 de la C.E.D.H., sans abroger formellement une règle immédiatement exécutoire jugée contraire à ses obligations internationales. Ainsi que l'affirme la Cour, l'Etat ne peut prétexter un remaniement global de sa législation en matière de filiation pour continuer à exécuter les précédentes dispositions contraires à l'interdiction de discrimination¹¹²⁸. L'Etat doit aussitôt cesser l'illicite et abroger la norme interne et, sans attendre, les tribunaux internes doivent exécuter les conclusions de l'arrêt *Marckx*¹¹²⁹. C'est clairement ce qu'indique la Cour de Strasbourg qui, dans son arrêt *Vermeire*,

« ne discerne pas ce qui aurait pu empêcher la Cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de cassation de se conformer aux conclusions de l'arrêt *Marckx* à l'instar du tribunal de première instance : n'était ni imprécise ni incomplète la règle qui

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 216.

¹¹²⁶ Mémoire d'accord sur le règlement des différends, préc.

¹¹²⁷ Voir, notamment, le délai raisonnable sur lequel les Etats-Unis et les C.E. se sont accordées dans l'affaire : Organe d'appel, rapport du 2 janvier 2002, *Etats-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, *op. cit.*, <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds176_f.htm> (12 mois au maximum, puis prorogé). Et, pour un délai de 12 mois fixé par arbitrage, un exemple précité : Arbitrage au titre de l'article 21. 3 c), rapport du 15 janvier 2001, *Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*.

¹¹²⁸ Cour E.D.H., arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, (principal), *op. cit.*, § 26.

¹¹²⁹ *Ibid.*, § 25.

interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins (...),
une discrimination fondée sur le caractère naturel du lien de parenté l'unissant au
de cuius. »¹¹³⁰

Le principe est donc posé : lorsqu'une règle *contraire* à une obligation de comportement opératif est en cause, la loi devra être formellement retirée¹¹³¹ et, même si ce retrait prenait du temps, l'exécution de l'obligation de cessation ne devra souffrir d'aucune attente. L'Etat doit faire en sorte de s'y soumettre immédiatement. Une *restitutio in integrum* était, de façon flagrante, impossible à réaliser dans l'affaire *Matthews*. La règle contraire à l'interdiction de discrimination dans l'organisation des élections des corps législatifs n'était pas un acte juridique purement interne de la Grande-Bretagne, mais un acte communautaire puisqu'il découlait de l'Acte Unique européen. Son maintien en vigueur, après l'entrée en vigueur du Protocole n°1 à la C.E.D.H. constituait un fait illicite continu dont la cessation a été réclamée par le Comité des Ministres¹¹³². La Grande-Bretagne ne pouvait bien évidemment, seule, annuler un traité multilatéral communautaire. Tout au plus pouvait-elle tenter d'en abroger les dispositions contraires à la Convention, ce qu'elle a tenté de faire sans succès¹¹³³. Une réparation par équivalent de la traditionnelle *restitutio* a donc eu lieu : la Grande-Bretagne a adopté une nouvelle législation reconnaissant le droit de vote aux ressortissants de Gibraltar. Le Comité se satisfait de cette situation¹¹³⁴ pourtant bancal – cette reconnaissance est contraire aux obligations communautaires de l'Etat – après avoir noté « la complexité des questions soulevées »¹¹³⁵ par l'arrêt au principal. Cette solution est en effet la seule possible au regard de la construction communautaire : nul doute que, bien que la Communauté ne puisse être tenue pour responsable devant la Cour européenne de la violation du Protocole, le fait illicite lui était ici bien imputable, et que la Grande-Bretagne n'a fait que pallier cette carence, réparant par une mesure législative ce que la Communauté n'a abrogé qu'ultérieurement. Mais cette affaire nous montre, malgré une souplesse relative de l'appréciation du Comité des Ministres, l'immédiateté et l'inconditionnalité de la mesure d'exécution de l'arrêt de la Cour incombant à la Grande-Bretagne. Un dernier exemple sera tiré de l'affaire *X et Y* relative à la violation de la vie privée d'une jeune handicapée, du fait des règles relatives à son statut d'incapable qui l'empêchaient d'agir en justice ou de se

¹¹³⁰ Cour E.D.H., arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, (principal), *op. cit.*, § 25.

¹¹³¹ *Ibid.*, § 26.

¹¹³² Comité des Ministres, résolution intérimaire du 26 juin 2001, *relative à l'arrêt de la Cour E.D.H. du 18 février 1999 dans l'affaire Matthews contre le Royaume-Uni*, ResDH(2001)79.

¹¹³³ Informations fournies par la Grande Bretagne au Comité des Ministres, en annexe à la résolution de ce dernier : Comité des Ministres, résolution finale du 2 novembre 2006, *relative à l'arrêt de la Cour E.D.H. du 18 février 1999 dans l'affaire Matthews contre le Royaume-Uni*, ResDH(2006)57. La Grande-Bretagne précise qu'un amendement à l'Acte de 1976 a été proposé sans toutefois recueillir l'unanimité nécessaire.

¹¹³⁴ *Ibidem*.

¹¹³⁵ Comité des Ministres, résolution intérimaire du 26 juin 2001, *relative à l'arrêt de la Cour E.D.H. du 18 février 1999 dans l'affaire Matthews contre le Royaume-Uni*, préc.

faire représenter au pénal. Les Pays-Bas n'avaient, de même, d'autre choix que d'abroger les dispositions du Code pénal néerlandais y relatives. Le Comité des Ministres note que l'Etat s'est conformé à l'arrêt de la Cour, par une loi amendant les dispositions du code pénal néerlandais relatives au dépôt de plaintes¹¹³⁶. Le représentant légal de la victime a désormais le pouvoir de déposer une plainte si la victime est incapable¹¹³⁷.

La Cour européenne a, par la jurisprudence *Bronionski*, initié une procédure nouvelle, révélant les cas de violation causés par la production et le maintien de règles contraires à la garantie des droits reconnus par la Convention. Elle énonce que l'Etat défendeur doit cesser les expropriations engendrées par la législation polonaise, qui, comme on l'a déjà vu¹¹³⁸, « a touché, et peut encore toucher à l'avenir, un grand nombre de personnes. »¹¹³⁹ Le dispositif de l'arrêt le montre clairement : la Pologne doit immédiatement revenir sur ses règles contraires à la C.E.D.H.¹¹⁴⁰ Cette affaire balaie du même coup toutes les difficultés liées à la reconnaissance d'une violation prenant sa source dans un acte général ou, selon ses propres termes, dans un « dysfonctionnement de la législation et de la pratique internes »¹¹⁴¹. Dans l'attente de la mise en œuvre de ces mesures générales, la Cour ajourne son examen des requêtes résultant de la même cause. C'est l'avènement de la procédure dite d' « arrêt pilote », pas encore désignée ici, qui sera décrite dans l'arrêt en radiation : tant que la mesure générale propre à résoudre le problème systémique n'a pas été prise par l'Etat, la Cour ne raye pas l'affaire du rôle¹¹⁴². Elle identifie un problème structurel et, pour la première fois, se base sur l'article 46 de la C.E.D.H.¹¹⁴³, pour déterminer de façon précise les obligations de la Pologne, dérogeant ainsi au caractère purement déclaratoire de ses arrêts¹¹⁴⁴. Des mesures générales s'imposent et, entre temps, la Cour suspend pour la première fois cent soixante-sept affaires répétitives dans l'attente de la mise en œuvre de

¹¹³⁶ Loi du 27 février 1985, entrée en vigueur le 1er avril 1985, examinée par le Comité des Ministres, résolution du 18 janvier 1989, *relative à l'arrêt du 26 mars 1985 X c. Pays-Bas*, req. 8978/80, ResDH(1989)54.

¹¹³⁷ Le Comité estime que ce nouvel article 65 du code pénal « a comblé la lacune de la législation néerlandaise relevée dans l'affaire *X et Y contre les Pays-Bas*. », donc constitue une mesure de réparation appropriée, *ibidem*.

¹¹³⁸ Voir, sur le caractère continu de ce fait illicite, *supra* Première partie, Titre 2, *Chapitre 1*, Section 2.

¹¹³⁹ Cour E.D.H., arrêt du 22 juin 2004, *Bronionski c. Pologne (principal)*, *op. cit.*, § 189.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, Dispositif, § 4.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, § 3.

¹¹⁴² Cour E.D.H., arrêt du 28 septembre 2005, *Bronionski c. Pologne (radiation du rôle)*, *Rec.* 2005-IX.

¹¹⁴³ Cet article n'avait pourtant pas encore été modifié par le Protocole n°14 à la Convention, entré en vigueur en juin 2010, qui renforce la procédure de contrôle d'exécution du Comité des Ministres. Voir *infra*, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2.

¹¹⁴⁴ COHEN-JONATHAN (G.), « Propos introductifs », p. 9-52, in COHEN-JONATHAN (G.), FLAUS (J.-F.) (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme – Le Protocole n°14 et les Recommandations et Résolutions du Comité des Ministres*, Actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004 par l'Institut international des droits de l'homme (Institut René Cassin), Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2005, 256 p., p. 37.

cet arrêt. Cela met fortement l'accent sur le caractère immédiat de l'obligation de cessation de l'illicite qui est à sa charge.

L'abrogation de la règle contraire permet, dans la plupart des cas de violation d'une obligation internationale par la production et le maintien d'une règle immédiatement exécutoire, une cessation parfaite de l'illicite. L'Etat n'a pas à prendre de mesure supplémentaire, le seul retrait de ce qui constituait un comportement opératif contraire à l'obligation étant suffisant. Toutefois, certains cas révèlent une forte ambiguïté, que nous avons précédemment relevée¹¹⁴⁵, due à la proximité entre la matière visée par une obligation de comportement opératif, relative à une situation individuelle *objective*, et une obligation de comportement normatif, relative à l'état de règles de droit privé. Cette ambiguïté se révèle particulièrement dans les affaires de discrimination en matière successorale précitées, portées devant la Cour européenne. Le fait que la C.E.D.H. demeure un instrument matériellement public empêche de l'interpréter exactement comme une loi uniforme en matière de droit privé. Les obligations qu'elle énonce ont pour objet le *comportement opératif* de l'Etat, et c'est ainsi le *traitement des sujets internes* par la production et le maintien d'une règle de dévolution successorale, immédiatement exécutoire dans leur chef, qui était considéré comme un fait illicite continu dans l'affaire *Marckx* et devait ainsi *cesser immédiatement* selon l'arrêt *Vermeire*. Comme nous l'avons déjà remarqué, une règle de droit privé est ici considérée comme contraire à une obligation matériellement publique, ce qui révèle l'interprétation particulièrement extensive de cette dernière retenue par la Cour. La difficulté d'analyse de ce cas ambivalent se prolonge lors de l'étude de la question de la cessation de l'illicite qui nous occupe à présent. La Cour estime en effet que, pour respecter son obligation de cesser immédiatement l'illicite, l'Etat doit directement appliquer le standard de traitement des sujets internes établi par la C.E.D.H. en attendant l'abrogation de la règle contraire. Or cette règle relative à la dévolution successorale n'a pas à être « appliquée » par les tribunaux, qui ne procéderont qu'à son exécution matérielle sans création d'une norme individuelle d'application. En amont d'un éventuel jugement, la règle régissait déjà les rapports des sujets internes entre eux, ou plutôt ici réglait leur statut personnel. Autrement dit, la décision de la Cour dans l'arrêt *Vermeire* n'implique pas seulement, au titre des obligations secondaires, *l'invocabilité directe* du droit international par les sujets internes devant les tribunaux, primant sur la règle à abroger, mais également une *opposabilité directe*, qui implique une forme d'*immédiateté* du droit européen des droits de l'homme, tendant ainsi à se substituer au droit interne. On perçoit que la Cour est sans doute allée trop loin. On voit mal comment le droit européen pourrait prétendre régir des situations de

¹¹⁴⁵ Voir *supra*, Première partie, Titre 1, *Chapitre 1*. Voir également l'introduction de ce Titre.

droit privé, et ici exiger l'application des articles 8 et 14 la C.E.D.H. en lieu et place du droit des successions¹¹⁴⁶. La cessation de l'illicite par abrogation de la règle interne, couplée à l'effet direct de la norme internationale devant les tribunaux pose ainsi des difficultés lorsque la règle interne en question relève du droit privé. Le cas se rapproche terriblement de la cessation d'une violation d'obligation de comportement normatif, que nous étudierons dans un prochain développement.

L'obligation de cesser un fait internationalement illicite continu, lorsque ce dernier est la production et le maintien d'une règle juridique, est ainsi délicate à interpréter. Plus claire en revanche sera son association avec une mesure d'indemnisation ou de satisfaction. La cessation fera alors partie intégrante du processus de réparation de l'illicite et ne pourra définitivement plus être envisagée comme une simple réitération de l'obligation primaire violée.

b. Indemnisation et satisfaction couplées à la mesure de cessation

L'indemnisation

Dans le cas d'une dépossession causée par la seule production d'une règle ayant pour effet de priver automatiquement un investisseur de son bien, le préjudice de ce dernier sera bel et bien réparé, même si aucune perte matérielle ne peut être constatée. Devant le CIRDI, l'expropriation prend bien entendu en compte l'éventuel dommage subi du fait d'une mesure d'exécution. Mais, même en l'unique présence d'une règle qui modifie la situation juridique de l'investisseur, celui-ci est considéré comme victime d'une réelle dépossession¹¹⁴⁷. S'il s'avérait que ladite mesure privative était contraire aux engagements internationaux de l'Etat¹¹⁴⁸, un dommage serait reconnu et il devrait en réparer les conséquences. Celles-ci, purement juridiques, pourraient être réparées par la simple constatation de l'illicéité. Les tribunaux du CIRDI admettent également qu'un dommage moral – ou bien juridique, autrement dit moral pour la seule violation du droit – puisse donner lieu à des dommages et intérêts. La difficulté d'évaluation de ce préjudice ne peut

¹¹⁴⁶ Tel était le sens de l'argument de la Belgique, laquelle estimait que « (i)nsuffisamment précis et complets sur les points controversés en l'espèce, les articles 8 et 14 ne se seraient pas prêtés à une application directe par les tribunaux nationaux. », *ibid.*, § 24. Suffisamment précis pour bénéficier de l'effet direct dans le cadre du traitement par l'Etat des sujets internes, ces articles ne le sont en effet pas pour supplanter le droit régissant les relations des personnes privées avant toute intervention de la puissance publique et ne peuvent, à la manière d'une directive communautaire, habiliter le pouvoir exécutif à adopter des mesures réglementaires d'exécution sur son seul fondement.

¹¹⁴⁷ Voir entre autres : Tal CIRDI, sentence du 10 février 1999, *Goetz c. Burundi*, préc. p. 512-516, et *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 1*, Section 1, § 2.

¹¹⁴⁸ Tirés du contrat d'Etat ou d'un T.B.I., ce qui n'était pas le cas dans la sentence précitée.

constituer un obstacle insurmontable à une telle réparation¹¹⁴⁹. La voie d'une réparation de la perte d'un « bénéfice escompté » ou *lucrum cessans* est ainsi ouverte, même si les arbitres refusent catégoriquement toute spéculation, autrement dit toute indemnisation d'un dommage qui ne serait pas démontré par le requérant¹¹⁵⁰. La sentence *Metalclad* va en ce sens, octroyant diverses indemnités à l'investisseur suite à une mesure générale qui portait, en elle-même, atteinte à ses biens¹¹⁵¹. Il en va de même dans le cadre de la protection du droit de propriété par la C.E.D.H. : la Cour européenne a reconnu que l'Etat auteur d'une législation expropriant *de facto* des personnes privées devait « fournir aux intéressés en lieu et place un redressement équivalent, conformément aux principes de la protection des droits patrimoniaux énoncés à l'article 1 du Protocole n° 1 »¹¹⁵², dès que la législation a atteint des cas individuels – sans besoin d'une quelconque mesure d'application ou d'exécution pour cela¹¹⁵³.

Les mesures de « satisfaction » prononcées par la Cour européenne peuvent également être entendues comme des formes d'indemnisation du préjudice subi, si tant est qu'on analyse cette somme accordée à la personne privée comme la mesure de l'indemnisation qui aurait pu être octroyée à un Etat dans un cas classique de protection diplomatique. Elles ont pu être prononcées suite à la violation de la C.E.D.H. par la production et le maintien de règles juridiques contraires. Ainsi, dans l'affaire *X et Y*, il est impossible de distinguer entre le maintien de la loi – son impact immédiat sur la requérante – et le cas d'espèce. La question de l'exécution dans le chef d'une personne privée n'a en effet pas de grand intérêt puisqu'elle ne nécessite aucune production normative subséquente. Seule la survenance d'un événement a donné une dimension concrète à une atteinte déjà réalisée par le maintien d'une loi qui empêche toute action ou représentation au pénal de jeunes handicapés. Pour le Gouvernement, aucune réparation ne devrait être accordée, le dommage étant dû au traitement subi du fait d'un autre sujet interne, et pas de son fait, ni même du fait de sa négligence. Mais cet aspect du statut juridique, pour la

¹¹⁴⁹ Tal CIRDI, sentence du 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*, n° ARB/05/17, § 289.

¹¹⁵⁰ Tal CIRDI, sentence du 8 mai 2008, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, n° ARB/98/2, *ICSID Rep.*, 2004, p. 375 et s. Voir, en doctrine, JIMENEZ DE ARECHAGA (M.), *International law in the past third century*, *op. cit.*, p. 307 ; MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *op. cit.*, lequel affirme qu'en cas de nationalisation contraire à la protection promise à un investisseur, « (l)es dommages-intérêts alloués doivent compenser l'intégralité du dommage causé, y compris le *lucrum cessans* », p. 51. Egalement en ce sens :

¹¹⁵¹ Tal CIRDI (mécanisme supplémentaire en vertu du Chap. 11 de l'ALENA), sentence du 30 août 2000, *Metalclad Corp c. Mexique*, n° ARB (AF)/97/1, *ICSID Rev.*, 2001, p. 168 et s.

¹¹⁵² Cour E.D.H., arrêt du 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne* (arrêt au principal), préc., dispositif, § 4.

¹¹⁵³ La législation polonaise en cause faisait en l'occurrence perdre à des personnes privées auparavant expropriées tout droit à indemnisation. Elle touchait donc *déjà* les personnes expropriées, qui devaient ainsi être indemnisées, et pouvait à l'avenir porter préjudice à des personnes se trouvant dans des cas similaires (*ibid.*, notamment dispositif § 1. Voir également *supra*, Première partie, Titre 1, *Chapitre 1*).

Cour, entraîne en lui-même un dommage moral dans le chef de la requérante. Elle décide alors d'octroyer une indemnisation, appréciée en équité, pour la part de responsabilité qu'avaient les Pays-Bas dans cette affaire, autrement dit non pour le dommage subi initialement du fait d'une autre personne privée, mais du fait de l'impossibilité pour la jeune fille de faire respecter sa vie privée, violation automatiquement causée par les diverses dispositions législatives relatives à la capacité des handicapés¹¹⁵⁴. Un dommage moral pouvait être prouvé ici, par un cas concret ; il est ainsi réparé par la Cour. Démontrant qu'il est uniquement causé par le maintien de la législation néerlandaise, la Cour note que le dommage soulevé par la requérante est moral et non physique, et affirme qu'il « ne se prête pas à un calcul, même approximatif. »¹¹⁵⁵ Trois mille florins seront versés à la requérante à titre de réparation par équivalent¹¹⁵⁶. La Cour a sur ce point une jurisprudence constante : lorsque l'acte immédiatement exécutoire a eu des conséquences concrètes dans la situation individuelle d'un requérant, ces dernières seront réparées¹¹⁵⁷.

Dans le cas où aucune indemnisation ne pourrait être accordée, la violation d'une obligation par la production et le maintien d'une règle juridique contraire pourrait donner lieu à une satisfaction par déclaration de leur illicéité.

La satisfaction par la déclaration d'illicéité

Le préjudice tiré de la seule violation du droit peut ainsi donner lieu à une réparation *stricto sensu*. Ce régime suit ainsi la responsabilité de l'Etat du fait des lois en droit interne : lorsque la loi cause un préjudice spécial et disproportionné à une catégorie d'individus, ces derniers peuvent se voir octroyer une réparation. Cette hypothèse est toutefois très rare. Dans l'affaire du *Régime linguistique belge*, la Cour choisit de réserver le droit des requérants de demander une satisfaction équitable¹¹⁵⁸, ce qui implique l'éventualité d'une mesure réparatoire. On regarde si, éventuellement, les requérants n'auraient pas été particulièrement affectés par la règle immédiatement exécutoire. La réparation est donc envisagée puisqu'il est question d'une violation par la seule production d'une loi, contraire à une situation objective demandée à l'Etat – ce qui est le cas de l'article 14 de la C.E.D.H. Il est en revanche peu probable qu'elle soit accordée, et qu'elle dépasse la simple satisfaction par la déclaration d'illicéité déjà fournie par l'arrêt au fond :

¹¹⁵⁴ Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, préc., § 40.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹¹⁵⁶ Comité des Ministres, Résolution du 18 janvier 1989, préc.

¹¹⁵⁷ Cour E.D.H., arrêt du 4 octobre 1993, *Vermeire c. Belgique (satisfaction équitable)*, Série A, n°270 ; Cour E.D.H., arrêt du 23 juillet 1968, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique, (principal)*, préc.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, dispositif, § 1.

on voit en effet dans cette affaire une difficulté se soulever, relative au nombre d'individus victimes de la règle en question. Cette thèse est confirmée par l'arrêt *Marckx*, dans lequel les requérantes ne peuvent se prétendre particulièrement lésées par la législation belge successorale, qui établit un régime discriminatoire envers tous les enfants naturels. La Cour « estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder à Paula et Alexandra Marckx une satisfaction équitable autre que celle résultant de la constatation de plusieurs lésions de leurs droits. »¹¹⁵⁹ Une telle satisfaction par reconnaissance ou déclaration d'illicéité constitue la mesure de réparation par équivalent d'un dommage juridique la plus appropriée¹¹⁶⁰. Il est délicat de les isoler en droit de l'O.M.C., mais on peut tout de même considérer que la déclaration d'incompatibilité, cumulée à la recommandation de « mise en conformité », pourrait constituer ici un succédané de réparation. Ces mesures ne peuvent être assimilées à une obligation de cessation couplée à une satisfaction par déclaration d'illicéité de la production et du maintien de la règle interne. On rappelle toutefois que le mécanisme, *ultra réciproque*, se soustrait à toute idée de dommage et donc de véritable réparation.

La réparation par équivalent susceptible d'être octroyée permet de rester attaché à une conception traditionnelle de la responsabilité, dont les effets sont tournés vers l'effacement du passé – la réparation au sens strict – et visent en même temps à restaurer la légalité présente – réparation au sens large. Ces mesures visent à revenir sur un préjudice subi, si évanescant soit-il. On le voit : si le principe de la réparation demeure, les formes de celles-ci deviennent exceptionnelles. Cette réparation se distingue difficilement d'une simple restauration de la légalité. La dimension rétrospective de la responsabilité est donc largement atténuée dès lors qu'une règle juridique interne est en cause. Elle sera parfaitement effacée lorsque le comportement normatif de l'Etat sera clairement en cause, non voilé derrière le comportement prétendument opératif de production d'une règle immédiatement exécutoire.

§ 2. *Violation d'une obligation de comportement normatif*

Les actes juridiques dont « le fait » donne lieu à une violation d'une obligation internationale de l'Etat ne peuvent occasionner un dommage réparable que s'ils venaient à heurter le droit subjectif d'un Etat identifiable, immédiatement ou par l'intermédiaire de son ressortissant. Alors qu'un tel dommage pourrait, à la rigueur, être décelé suite à la violation d'une

¹¹⁵⁹ Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., § 68.

¹¹⁶⁰ Voir *supra*, Section 1, § 2, B, 2.

obligation de comportement opératif de l'Etat, la spécificité de la violation d'une obligation de comportement normatif empêche de lui associer un quelconque effet à proprement parler dommageable. En effet, le fait illicite sera cette fois constitué par l'état des règles internes, heurtant des obligations réfractaires à toute réciprocité bilatérale. Leur violation ne constitue ainsi qu'une atteinte généralisée en plus d'être exclusivement juridique : nous aurons alors caractérisé une forme d'atteinte parfaitement irréparable, à laquelle l'appellation de dommage doit être refusée. La violation d'obligations relatives à l'état des règles internes ne peut causer qu'une atteinte univoque, généralisée (A). Parfaitement abstraite, elle est insusceptible d'évaluation aux fins de réparation (B).

A. Absence de dommage : une atteinte juridique et généralisée

1. Violation d'obligations de comportement normatif, relatives à la conformité des règles internes

La violation d'obligations de comportement normatif relatives à la conformité des règles internes cause une atteinte immédiate aux Etats, et non par l'intermédiaire de leurs ressortissants. Les règles uniformes internationalement déterminées n'ont en effet, on l'a vu¹¹⁶¹, aucun effet direct sur les sujets internes, qui n'en sont même pas l'objet tant qu'elles ne feront pas droit dans l'ordre juridique de l'Etat. Pour qu'une telle atteinte immédiate puisse être considérée comme un dommage, le droit subjectif d'un Etat, déterminé, doit avoir été heurté. Or une telle démonstration ne peut ici être effectuée. Expliquons ces propos.

Tous les Etats sont atteints au même titre par le manquement à l'obligation de comportement normatif du droit interne, qui génère une atteinte *généralisée*. Une telle violation bouleverse un rapport juridique multilatéral dans son intégralité. La cause de cette catégorie d'obligations est en effet d'assurer un certain niveau de sécurité juridique au sein des ordres internes. Dans certains domaines transétatiques, ou dans certains Etats entre lesquels les mouvements de personnes sont particulièrement fréquents, les sujets internes seraient ainsi, selon l'idéal recherché, soumis aux mêmes normes, que ce soit par l'ordre juridique d'un Etat A ou celui d'un Etat B. Les obligations de comportement normatif ont un caractère *ultra réciproque*. L'Etat qui s'y soustrait peut être comparé à un Etat en violation de ses obligations de désarmement, qui remet en cause un équilibre établi, et porte atteinte à la propre sécurité que

¹¹⁶¹ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 1.

chaque Etat visait en s'engageant à un tel instrument. La violation de conventions réglementant les activités dangereuses, au même titre que toutes conventions dont les obligations ont un caractère *ultra réciproque*, cause aux Etats parties une atteinte généralisée. On retrouve, ainsi qu'on a pu l'évoquer, les mêmes caractéristiques dans le droit de l'O.M.C.¹¹⁶² Ces considérations recourent largement la question de l'intérêt pour agir¹¹⁶³. Si le droit interne n'a pas été rendu conforme, l'Etat alors responsable cause de la même façon à tous les Etats parties une atteinte généralisée. Selon le professeur Parrot, relativement aux conventions de droit international privé, « la violation par un Etat membre de ses obligations conventionnelles entraîne *de facto* pour les autres parties un préjudice puisqu'elle empêche l'uniformisation du droit et met ainsi à mal les objectifs de la norme internationale. »¹¹⁶⁴ Cette atteinte issue de la seule violation de l'obligation sera cependant totalement identique pour tous les Etats parties, heurtés à titre égal. Aucun dommage, subjectivement ressenti par un Etat déterminé, n'est systématiquement causé par la violation de ces obligations.

Une comparaison peut être tentée avec le droit interne français de la responsabilité du fait des lois, pour rupture du principe d'égalité devant les charges publiques. Les règles en question sont exécutoires : en elles-mêmes elles violent ce principe d'égalité. Elles ne sont pas illégales mais engagent la responsabilité de leur auteur. Les préjudices réparables causés par un tel acte administratif général ne seront que les préjudices graves et spéciaux. Pour la loi, le même principe est, semble-t-il, retenu, ainsi que le présente la doctrine classique française¹¹⁶⁵. Le professeur Broyelle s'écarte de cette opinion majoritaire¹¹⁶⁶. Elle considère en effet que le régime français n'établit jamais de responsabilité attachée à la loi, mais uniquement du fait de son application. La responsabilité de l'Etat ne serait pas fondée sur la rupture, par la loi, de l'égalité devant les charges publiques : dès lors que ces sujétions entrent dans la volonté du législateur, elles ne donneront pas lieu à réparation. Seule l'application de la loi engage la responsabilité de l'Etat. Ainsi, pour poursuivre notre analogie, une loi ne pourrait, dans le régime interne français, donner naissance à un préjudice réparable. Par fiction, on considèrera toujours que le préjudice réparé est en réalité issu de l'application de la loi, alors même que cette dernière, immédiatement exécutoire, ne laisse aucune marge de manœuvre à l'administration qui remplit un rôle de strict exécutant. Il faut bien évidemment y voir une fiction propre à protéger le législateur. Mme Broyelle le note bien : la

¹¹⁶² Voir *supra*, § 1.

¹¹⁶³ Voir *infra*, Titre 2.

¹¹⁶⁴ PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, *op. cit.*, p. 219.

¹¹⁶⁵ CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1347 et s., spéc. p. 1350 ; VEDEL (G.), DELVOLLE (P.), *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^e éd., 1992, t. 1, 716 p., p. 637 et s.

¹¹⁶⁶ BROUELLE (C.), *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Paris, L.G.D.J., 2003, 454 p., spéc. p. 11-14.

responsabilité du fait des lois est étrangère au droit commun et relève d'un « art politique »¹¹⁶⁷. En réalité, c'est bien le préjudice grave et spécial causé par la loi qui est réparé, entouré de conditions restrictives.

Mme Parrot considère que la violation d'une convention de droit international privé causerait « un dommage juridiquement réparable à l'ensemble des autres Etats membres »¹¹⁶⁸. Nous sommes au contraire d'avis que, si une atteinte est automatiquement causée à chaque membre de ce groupe, aucun d'entre eux ne peut *démontrer* un dommage subjectif, seul susceptible d'évaluation et de réparation. La violation de l'obligation de comportement normatif ne donne pas naissance à un préjudice concret, matériel ou moral, mais seulement juridique. Or, nous avons précédemment établi que, lorsqu'une atteinte généralisée était causée, chaque Etat étant présumé atteint, seule la *démonstration* d'un dommage subjectif peut ouvrir droit à réparation. Cette démonstration est ici impossible en raison du caractère abstrait du fait internationalement illicite. Certes, la règle interne de droit privé, bien souvent immédiatement exécutoire à l'exception, on l'a vu, des règles de droit pénal, peut porter atteinte, en elle-même, à des situations individuelles de sujets internes – par exemple en modifiant leur statut personnel. Toutefois, on le répète, ce n'est pas ici le traitement de ces sujets, par la réalisation de situations individuelles internationalement définies, dont il est question. L'obligation de comportement normatif n'est relative qu'à l'état des règles internes. Sa violation ne cause aucun dommage aux sujets internes dont le traitement n'était pas objet de celle-ci. Aucun ressortissant n'étant victime, aucun Etat ne peut être considéré comme *subjectivement* atteint par ce fait internationalement illicite. La non-conformité de règles internes de droit privé avec le droit international uniforme ne cause aucun dommage au sens propre, mais une simple *atteinte généralisée* à l'ensemble des Etats solidairement liés par ladite obligation.

Ce raisonnement peut être transposé à la violation des obligations de comportement normatif relatives à la compatibilité des règles internes. Répondant au même schéma, ces obligations visent en effet à établir un certain degré de sécurité juridique, attaché cette fois au respect des obligations de droit international et non au respect d'un « droit uniforme ».

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹¹⁶⁸ PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, *op. cit.*, p. 219.

2. Violation d'obligations de comportement normatif, relatives à la compatibilité des règles internes

Comme les obligations de comportement normatif relatives à l'état des règles internes de droit privé, celles qui tendent à régir l'état du droit interne public peuvent également être qualifiées d' *ultra réciproques*. La réciprocité de l'obligation de comportement opératif, à laquelle se superpose cette obligation relative à l'état du droit, n'emporte aucune conséquence, à moins que cette dernière ne soit également violée, en cas d'application de la règle incompatible dans un cas individuel. Nous mettons évidemment cette hypothèse de côté, puisque le dommage concret alors causé prendrait le pas sur l'atteinte, purement juridique, née de la seule existence de la règle interne. L'atteinte, généralisée, causée par la violation des obligations de comportement normatif est, ici encore, ressentie à la fois par chacun des Etats parties et aucun d'entre eux en particulier, que ce soit immédiatement ou par l'intermédiaire d'un de leurs ressortissants (a). Cette atteinte, irréparable, ne peut répondre à l'appellation de « dommage » (b).

a. Atteinte immédiate ou médiate

Atteinte immédiate

Lorsqu'une obligation de comportement normatif se superpose à une obligation à objet interétatique, l'immédiateté de l'atteinte causée à l'Etat par sa violation est évidente puisque la sécurité juridique recherchée est avant tout la sienne. Dans le cadre de l'O.M.C., tel était le cas dans l'affaire dite de la *Section 301*. L'obligation relative à l'état des règles internes était en effet superposée à celle, de comportement opératif, requérant des Etats de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'organisation – autrement dit : dans chaque conflit, individualisé, avec un autre Etat. C'est à la prévention d'une violation de cette dernière obligation, immédiatement dans le chef d'un autre Etat, que s'attache l'obligation de comportement normatif. Le cas est exceptionnel, car justement l'uniformisation est essentiellement recherchée pour assurer une sécurité de droit interne – sécurité des rapports privés entre sujets internes ou sécurité du traitement des sujets internes par les organes de l'Etat.

Atteinte médiate, par l'intermédiaire des sujets internes

La question de l'immédiateté de l'atteinte est délicate à trancher dès lors que l'obligation de comportement normatif se superpose à une obligation dont les sujets internes sont les objets,

voire les destinataires. Précédemment, dans le cas du « droit uniforme », nul doute que l'atteinte était immédiate : on a justement établi que lesdites règles n'avaient aucun effet direct sur les sujets internes, qui n'en sont même pas objet tant qu'elles ne font pas droit dans l'ordre juridique interne. A propos des obligations de comportement normatif superposées à des obligations relatives cette fois à la réalisation de situations individuelles de sujets internes, il est délicat d'analyser le dommage causé. Confirmation serait l'obligation pour l'Etat d'inscrire toute demande en violation dans le cadre de la protection diplomatique. Des illustrations plus probantes peuvent être trouvées dans le cadre de l'obligation de comportement normatif qui pèse sur les Etats parties aux instruments de protection des droits fondamentaux. Dans les recours étatiques devant la Cour européenne, cette dernière mentionne bien que les Etats qui agissent suite à la violation de la C.E.D.H. du fait d'une pratique générale ou d'une règle interne ne sont plus soumis aux conditions d'une demande en protection diplomatique, et plus précisément à l'épuisement des voies de recours internes¹¹⁶⁹. Mais il nous semble peu probable que l'Etat voie là un préjudice qui lui soit immédiatement causé. L'incompatibilité du droit interne d'un autre Etat partie ne l'atteint que par l'intermédiaire de ses ressortissants, en ce que la sécurité juridique de ces derniers est diminuée. Il est toutefois délicat de tirer une quelconque conclusion puisque, en matière de protection des droits fondamentaux, l'obligation *ultra réciproque* de comportement normatif se superpose à des obligations « intégrales ». L'Etat se voit reconnaître un intérêt pour agir sans dommage propre, pour la seule défense de l'ordre public européen, intérêt commun qui le dépasse¹¹⁷⁰.

La C.I.J. s'est toujours refusée à détacher des obligations visant les sujets internes une obligation générale de respect strictement interétatique. C'est ce qu'elle exprime clairement dans l'affaire *ELSI*, remettant toute l'action dans le contexte de la protection diplomatique. Dans notre cas toutefois, une obligation de comportement normatif, même si elle était liée au respect de l'obligation visant la réalisation de situations individuelles, ne serait pas la simple réitération du principe *Pacta sunt servanda*, et pourrait avoir une existence distincte. On pense alors à l'affaire *Avena*, et sa solution retenue au niveau des exceptions préliminaires, acceptant que le Mexique puisse se soustraire à la condition de l'épuisement des voies de recours internes, comme s'il agissait pour un dommage qui lui était immédiatement causé¹¹⁷¹. Mais, comme on le verra plus en

¹¹⁶⁹ Comm. E.D.H., décision du 2 juin 1956, *Grève c. Royaume-Uni*, req. 176/56, *Ann. Comm. E.D.H.*, 1958-1959, p. 183-187, et plus précisément l'attendu de principe p. 185, constamment repris par la suite. Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, pour une étude spécifique de cette question procédurale.

¹¹⁷⁰ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

¹¹⁷¹ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 40. Voir, pour des développements, *infra* : Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 2 et Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 1.

détail, ce cas de figure était encore différent du nôtre. Dans l'hypothèse qui nous occupe, la règle de comportement normatif semble à première vue interétatique. Elle est toutefois superposée à une obligation visant la réalisation de situations individuelles de sujets internes, et tend à prévenir leur respect. Si les sujets internes ne sont ainsi pas destinataires de cette obligation, ils pourraient en être les objets, au moins indirects. L'obligation ne serait alors plus *strictement* interétatique, et le dommage causé par sa violation pourrait avoir un caractère *médiat*.

Pour qu'un Etat puisse arguer d'un dommage propre, il faudrait alors pouvoir démontrer qu'il est, ou bien le cas échéant que l'un de ses ressortissants est, *spécifiquement* atteint par la violation en question. Cette démonstration est à notre sens impossible, ce qui rend toute idée de réparation à exclure dans le cas qui nous occupe. L'atteinte ne servira qu'à donner à l'ensemble des Etats liés par la même obligation de comportement normatif un intérêt pour agir, sans leur ouvrir un quelconque droit à réparation.

b. Atteinte irréparable

De même que pour la violation d'une obligation de comportement normatif relative à la conformité des règles internes, l'atteinte ici causée est *généralisée*. Elle ne pourrait être réparable que si la preuve d'une atteinte subjective à un Etat déterminé pouvait être apportée. Lorsqu'une obligation de comportement normatif est superposée à des obligations de comportement opératif, les règles internationalement déterminées étant cette fois non immédiatement exécutoires, il est d'autant plus exclu qu'un Etat puisse apporter la preuve d'un préjudice subjectivement ressenti. Générale, la règle ne peut viser un quelconque Etat déterminé, immédiatement ou par l'intermédiaire d'un de ses ressortissants, et causer un dommage subjectif automatique. Abstraite et nécessitant une norme d'application, elle ne peut avoir d'effet quelconque sur les situations individuelles et causer un dommage démontrable. Ainsi dans l'affaire dite de la *Section 301*, la non-compatibilité de la loi américaine, habilitant un organe interne à prendre des mesures unilatérales envers d'autres Etats membres de l'O.M.C., ne pouvait atteindre un Etat spécifiquement. Les Communautés européennes n'arguaient d'aucun dommage propre, lequel aurait en réalité été causé à l'ensemble des membres de l'O.M.C. et non à l'un d'entre eux, de manière déterminée¹¹⁷².

¹¹⁷² Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, préc. Il ne leur était toutefois pas demandé d'en justifier, le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. écartant, en raison de l'ultra-réciprocité du mécanisme, toute condition d'intérêt pour agir. Voir *infra* Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B, 2.

Dans l'affaire du Vapeur *Wimbledon*, il est traditionnellement constaté que seule la France poursuivait la réparation de son préjudice, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon, également demandeurs, ne poursuivant qu'un intérêt à voir le traité respecté, ne subissant aucun préjudice propre¹¹⁷³. La France a en effet subi un dommage subjectif, au travers de l'affréteur français directement lésé par l'interdiction de passage qui lui a été opposée par l'Allemagne. La Grande-Bretagne aurait pu également justifier d'un préjudice subjectif, en raison de mesures prises à l'encontre du navire qui battait son pavillon, sur un fleuve allemand dont la navigation devait rester, selon le traité de Versailles qui liait l'ensemble de ces Etats, libre. Par ce comportement matériel, l'Allemagne a usurpé la compétence de la Grande-Bretagne qui seule pouvait prendre des mesures à l'encontre de son navire, selon le régime de liberté de navigation. Le préjudice aurait été moral, et immédiat. Mais il n'a pas été soulevé et en l'espèce la demande de réparation visait exclusivement le dommage subi par la France par l'intermédiaire de son ressortissant. Quant aux autres Etats parties à l'instance, ils pouvaient également s'estimer lésés du fait de l'absence de garantie de liberté de navigation, autrement dit du fait de l'incompatibilité de l'ordonnance allemande avec les obligations issues du Traité de Versailles¹¹⁷⁴. L'atteinte aurait été pour eux généralisée, du fait de la violation de l'obligation relative à l'état des règles internes. Aucun préjudice spécifique du Japon, du Royaume-Uni et de l'Italie n'a été examiné par la Cour ni même allégué par les parties¹¹⁷⁵.

On perçoit clairement cette absence de dommage subjectif dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Lorsqu'une telle règle est la source de la violation de la Convention, le requérant n'en est en effet pas la victime, mais seulement une « victime potentielle ». Cette théorie a été initiée par la jurisprudence *Dudgeon*, admettant l'éventualité d'un préjudice. Dans cette affaire, le requérant s'insurgeait contre une législation pénale incriminant les rapports homosexuels entre adultes consentants. Le préjudice était en réalité à exclure. Ainsi que l'affirme le juge Pinheiro Farinha dans son opinion dissidente, les comportements homosexuels de M. Dudgeon n'ont jamais été réprimés. Il conclut « que le requérant n'est pas victime, parce que la législation incriminée ne lui a pas été appliquée *et qu'elle ne s'impose pas directement, mais après une décision concrète de l'autorité.* »¹¹⁷⁶ Le requérant a pourtant cherché à démontrer un préjudice subjectif,

¹¹⁷³ C.P.J.I., arrêt du 17 août 1923, *Vapeur Wimbledon*, Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne, *Série A*, p. 14 et s., spéc. p. 20. Voir *infra* Titre 2, *Chapitre 1*, Section 2, § 2, A, 2, a.

¹¹⁷⁴ Aucune obligation de comportement normatif ne sera toutefois clairement dérogée dans cette affaire.

¹¹⁷⁵ La requête tend à ce que le Gouvernement de l'Empire allemand répare le préjudice subi par le navire français, somme à verser à la France. Aucun autre dommage n'est allégué : *ibid.*, p. 16-18.

¹¹⁷⁶ Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc., opinion dissidente du juge Pinheiro Farinha, p. 38, nous soulignons.

constitué par « l'angoisse dans laquelle il vivrait en général depuis ses 17 ans »¹¹⁷⁷, mais celui-ci n'a pas été pris en considération par la Cour¹¹⁷⁸. En vertu de quoi pourrait-il être victime ? Il n'est plus question du champ d'application de cette règle, laquelle s'applique potentiellement à tout individu s'adonnant à un comportement déterminé. On ne peut dès lors plus parler de catégorie fixe de sujets internes visés par la règle, mais d'une catégorie contingente dont la circonscription est parfaitement inenvisageable. En soi, tout sujet interne aurait pu se prétendre victime potentielle en se disant homosexuel, puisqu'il ne s'agit pas là d'un statut juridique mais d'un type d'agissement. Cette notion de victime potentielle n'est qu'une *fiction* permettant d'ouvrir un intérêt pour agir à des individus envers des règles qui ne les touchent pas¹¹⁷⁹. Toute notion de dommage subjectif est en réalité à exclure.

B. Absence de réparation adaptée

Quelques parallèles nous démontrent que la réparation de l'atteinte causée par la violation d'obligations de comportement normatif est impossible (1). En outre, aucune forme de réparation ne serait adaptée (2).

1. Parallèles démontrant l'impossibilité de la réparation

La réparation du dommage causé par la violation d'autres obligations interdépendantes

La violation d'obligations ultra réciproques ne donne très généralement pas lieu à un mécanisme de réparation des dommages individuellement causés sauf si, comme on l'a vu, un dommage subjectif spécifique est démontré. Sans une telle démonstration, la réparation est inenvisageable. En droit du désarmement, il est notable que la violation de ce type d'obligation n'entraîne pas de mesure de réparation proprement dite – ou plutôt qu'aucun exemple pratique ne puisse en être relevé. En effet, l'Etat devrait pour cela prouver un préjudice spécial, ce à quoi

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, § 71.

¹¹⁷⁸ Cour E.D.H, arrêt du 24 février 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, Série A, n°59, § 11-14, p. 7-8.

¹¹⁷⁹ Bien que cette théorie ait été utilisée à d'autres fins (recevabilité de recours à l'encontre de mesures d'éloignement forcé d'étrangers déjà décidées mais non encore exécutées, et lorsque leur exécution exposerait les intéressés à subir, dans le pays de destination, des traitements contraires à l'article 3 : Cour E.D.H. arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, préc., ou violerait le droit au respect de la vie familiale : Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, préc. et Comm. E.D.H., décision du 4 décembre 1995, *Noël Narviï Tauira et 18 autres c. France*, préc.), c'est avant tout pour admettre des recours à l'encontre de règles dont on ne peut démontrer qu'elles touchent la victime, en raison du caractère secret des mesures qu'elle autorise (Cour E.D.H., arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, préc.) ou, comme dans l'affaire *Dudgeon*, lorsque la loi a un champ d'application général et que le requérant est particulièrement soumis, simplement en raison de sa situation personnelle, à ses prescriptions. Cette question de la « victime potentielle » sera développée au titre de l'étude de l'intérêt à agir, *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B, 1.

beaucoup renoncent. On peut se référer notamment à l'affaire des *Essais nucléaires* opposant la France à l'Australie et la Nouvelle-Zélande, dans laquelle, de façon remarquable, aucun dommage n'est avancé par les deux Etats, leur demande étant entièrement axée sur la violation de leurs droits¹¹⁸⁰. Dans sa requête, la Nouvelle-Zélande

« prie la Cour de dire et juger que les essais nucléaires provoquant des retombées radioactives effectuées par le Gouvernement français dans la région du Pacifique Sud constituent une violation des droits de la Nouvelle-Zélande au regard du droit international et que ces droits seront enfreints par tout nouvel essai. »¹¹⁸¹

La Nouvelle-Zélande n'exerçait pas une *actio popularis*, ou action pour dommage objectif, mais poursuivait son dommage propre¹¹⁸². Aussitôt, la Cour reformule la demande néo-zélandaise comme une demande en appréciation de la légalité des essais, et non d'engagement de la responsabilité¹¹⁸³. Dans cette affaire, la position de la Nouvelle-Zélande est ainsi plus pertinente que le jugement rendu par la Cour elle-même. Il est symptomatique que l'Etat demandeur ne vise aucune réparation *stricto sensu* pour violation de ce qu'il estime être une obligation de droit international. Cette obligation supposée est une obligation d'interdiction d'une pratique dangereuse pour l'environnement, obligation *ultra réciproque*. Sa violation cause une atteinte généralisée, et on peut alors présumer que tout Etat lié en subit le préjudice subjectif. C'est ce qu'évoque la Nouvelle-Zélande dans sa requête, estimant que ses droits subjectifs ont été violés. Pour cet Etat, l'interdiction des essais nucléaires est une obligation coutumière dont le respect lui est dû. Elle n'est pas présentée comme une obligation *erga omnes*, envers la communauté internationale, et il s'agit là d'une violation des obligations de la France envers la Nouvelle-Zélande¹¹⁸⁴. Aurait été violé le droit de *chacun* des membres de la communauté internationale à ne pas voir conduit de test nucléaire à retombées radioactives et à la préservation de l'environnement contre de telles retombées¹¹⁸⁵. Elle précise ensuite que ces obligations répondent à une réciprocité spécifique : les droits qui en sont issus sont comme « partagés », leur violation portant atteinte à chaque membre de la communauté internationale¹¹⁸⁶. En revanche, l'arrêt de la

¹¹⁸⁰ Voir surtout C.I.J., Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, 29 octobre 1973, *Essais nucléaires*, Rec., vol. II, p. 203-212 (anglais uniquement).

¹¹⁸¹ C.I.J., arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, préc., p. 460.

¹¹⁸² En ce sens : GRAEFRATH (B.), « Responsibility and Damages Caused : Relationship between Responsibility and Damages », R.C.A.D.I., 1984-II, vol. 185, p. 9-150 : « *The injury of rights not of the international community or of other States but of their own was claimed* », p. 44.

¹¹⁸³ C.I.J., arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, préc., p. 461.

¹¹⁸⁴ C.I.J., Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, préc., p. 203 : « *violation of legal obligations owed by France to New-Zeland* ».

¹¹⁸⁵ *Ibidem* : « *rights of all members of the international community, including New Zealand, that no nuclear tests that give rise to radioactive fallout be conducted* » et « *rights of all members of the international community, including New Zealand, to the preservation from unjustified artificial radioactive contamination of the terrestrial, maritime and aerial environment (...)* ».

¹¹⁸⁶ « *The rights (...) are shared in the sense that their violation in relation to any one nation will necessarily involve a violation of the same rights vested in other members of the international community. The degree of attention which individual countries are*

Cour n'est pas très riche d'enseignement. Pour ne pas avoir à reconnaître l'existence en droit international de cette interdiction coutumière de pratiquer des essais nucléaires, elle s'est fondée sur la déclaration de la France pour y voir un engagement unilatéral. On peut tout de même en conclure que si violation il y avait – ce que la Cour ne reconnaît pas – la cessation de l'illicite et la garantie de non-répétition auraient été des sanctions suffisantes. Aucune réparation à proprement parler n'aurait été ordonnée suite à la violation d'une telle obligation interdépendante. Certes il est ici question d'une violation par un comportement matériel de l'Etat, et non du fait du droit interne. Toutefois, l'obligation violée nous semble être de même nature et cette conclusion pouvoir être transposée au cas qui nous occupe.

La réparation du dommage causé par la violation d'une obligation de prévention

Une autre analogie peut être opérée avec la réparation de préjudices causés suite à la violation par un Etat de son obligation de « *due diligence* » sur son territoire. Ainsi qu'on a déjà pu le démontrer, les obligations de comportement normatif ne sont parfois pas clairement exprimées et entrent alors dans cette catégorie d'obligations de prévention : elles ne seront violées qu'au jour de la survenance de l'événement à prévenir, le fait illicite étant toutefois constitué par le comportement premier – état du droit interne dans le cas qui nous occupe. Dans l'hypothèse d'une violation par l'Etat de son obligation de « *due diligence* », laissant place sur son territoire à des troubles internes générateurs de dommages matériels, la réparation visera davantage les conséquences même non directement imputables à l'Etat que son manque de diligence¹¹⁸⁷. Cette solution, plus pratique, révèle ici la délicate évaluation de la part du préjudice concret directement lié au comportement de l'Etat. Il est ainsi préférable de ne pas chercher à la déterminer et de réparer le dommage causé par les individus dont le comportement n'a pas été empêché. Ce cas peut ainsi être rapproché de celui dans lequel un manquement à une obligation de comportement normatif aura pour conséquence secondaire un dommage causé par des sujets internes dont les conduites n'étaient pas convenablement encadrées par des règles internes prohibitives. Une autre conséquence secondaire peut également être la violation de l'obligation de comportement opératif, par application d'une règle incompatible. La part du préjudice directement liée au comportement normatif imputable à l'Etat ne pourra être déterminée, et seul le dommage concrètement causé par les conduites privées ou l'application des règles nationales ouvrira

*prepared to give to the protection of these rights and the degree of anxiety displayed in the event of their violation may, and obviously does, vary. Yet the rights are the same for all. They reflect a community interest in the protection of the security, life and health of all peoples and in the preservation of the global environment. The rights are held in common and the corresponding obligation imposed on France (and on any other nuclear power) is owed in equal measure to New Zealand and to every other member of the international community. It is an obligation erga omnes. », *ibid.*, p. 204.*

¹¹⁸⁷ C.I.J., arrêt du 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran*, Etats-Unis c. Iran, *Rec.*, p. 3 et s., et notamment § 69 p. 34.

restitutio in integrum ou dommages et intérêts. Lorsque l'obligation de comportement normatif n'est qu'une obligation *de s'efforcer* et non une obligation stricte, sa violation ne peut être relevée qu'au jour de la survenance d'un événement déterminé – conduite de personnes privées dans le premier cas, ou du comportement opératif des organes de l'Etat dans le second. Un dommage subjectif pourra ainsi systématiquement être relevé ; il ne sera toutefois causé que par la survenance de l'événement en question. Le dommage qui incombe à l'Etat du fait de son comportement normatif n'est pas susceptible d'évaluation ; aucune réparation ne pourrait être accordée.

La réparation du dommage causé par la loi en droit interne

En droit interne, il faut admettre que la violation du droit par un acte juridique entraîne son invalidité. Différent en revanche est le cas dans lequel la production d'une règle serait un comportement illicite. Ainsi en France de la règle – règlement ou loi, sous les réserves admises *supra* quant à cette dernière – qui viole le principe d'égalité devant les charges publiques agissant dès lors comme une prescription de comportement et non comme une norme supérieure. Il faudra ainsi engager la responsabilité de l'auteur de la règle lorsqu'une inégalité sera causée, et réparer les préjudices qui en découlent. Si un dommage peut être envisagé du simple fait de la production de la règle, c'est toutefois parce qu'une règle susceptible de rompre l'égalité devant les charges publiques est immédiatement exécutoire. Elle cause certes une atteinte généralisée, mais aussi des préjudices spéciaux, qui seuls seront réparés. Il en va tout différemment d'une règle dont l'application nécessite la production d'une nouvelle norme : elle ne peut causer de préjudice réparable sans un acte subséquent qui la concrétise. Avant cela, seul le principe de légalité est heurté, et le « dommage » reste strictement juridique. C'est par exemple la solution retenue relativement à la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconventionnelles : dans l'arrêt *Tobacco*, le Conseil d'Etat pose le principe selon lequel seule l'application d'une telle loi peut causer un dommage réparable¹¹⁸⁸. Ainsi, jamais l'incompatibilité ou la non-conformité d'une loi avec une convention en vigueur dans l'ordre interne ne pourrait ouvrir un droit à réparation auprès des sujets internes. Le professeur Broyelle l'affirme : « il n'a jamais existé en droit positif de responsabilité juridique du législateur et il n'en existera probablement jamais. » Tout préjudice réparé serait celui causé non par la loi mais par son application¹¹⁸⁹. L'attitude du juge français peut paraître artificielle lorsque la loi en cause est immédiatement exécutoire¹¹⁹⁰, et s'écarter de la

¹¹⁸⁸ C.E., Ass, arrêt du 28 février 1992, *Sté an. Arizona Tobacco Products, Rec.*, p. 78, concl. LAROQUE. Nous souscrivons à l'analyse qu'en fait C. Broyelle dans sa thèse (BROYELLE (C.), *La responsabilité de l'État du fait des lois*, *op. cit.*, spéc. p. 204)

¹¹⁸⁹ BROYELLE (C.), *La responsabilité de l'État du fait des lois*, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁹⁰ Mais elle est, on l'a vu *supra*, tempérée par un régime d'indemnisation des préjudices graves et spéciaux causés par une rupture de l'égalité devant les charges publiques non spécifiquement recherchée par le législateur.

solution qui doit prévaloir en droit international : le législateur peut dans ce cas avoir commis un fait internationalement illicite, et violé les obligations relatives à la réalisation de situations individuelles énoncées par le traité¹¹⁹¹. En revanche, elle est en parfaite adéquation avec ses exigences dans le cas des règles nécessitant une norme d'application subséquente. La seule incompatibilité avec une obligation internationale, ou non-conformité de la règle interne à un modèle internationalement défini, n'est pas entendue comme un comportement du législateur engageant sa responsabilité d'ordre rétrospectif, ouvrant un droit à réparation. Même si de nombreux auteurs voient ici un régime de responsabilité, il n'y a en réalité qu'une relation abstraite entre deux normes, laquelle ne peut causer de quelconque dommage réparable. Ils admettent quoi qu'il en soit que cette responsabilité du législateur n'est que le succédané d'une irrégularité de la loi. Mme Broyelle considère que ces propos semblent reconnaître une forme de sanction du législateur, auteur de règles en conflit avec le droit international, par le juge, lequel « aurait admis, sur le fond, un contrôle de légalité de la loi »¹¹⁹². La responsabilité jouerait ainsi un rôle artificiel. Pourrait-il en être ainsi en droit international ? L'Etat devrait-il réparer les préjudices causés par la loi incompatible ou non conforme ? Avec Mme Broyelle, il faut toutefois faire une autre lecture de la jurisprudence interne, cette nouvelle vue éclairant le versant du droit international. En droit interne en effet, la loi interne inconstitutionnelle n'est pas illégale, elle est simplement inapplicable. Cette « paralysie de la loi n'entame pas l'attachement du juge à la souveraineté du législateur ; elle en témoigne. »¹¹⁹³ De plus, aucune responsabilité pour fait illicite ne pourrait être reconnue du fait d'une incompatibilité entre la loi et la Constitution : la responsabilité du législateur ne peut naître du fait de la production d'une loi non conforme à une norme supérieure¹¹⁹⁴. Le fait préjudiciable doit donc, définitivement, être imputé à l'administration. De la même façon, en droit international, il faut admettre que l'existence d'une loi incompatible ou non conforme n'est pas source de préjudice réparable. La violation d'une obligation de comportement normatif ne peut donner lieu à une responsabilité de l'Etat aux effets rétrospectifs.

L'examen des différentes formes de réparation nous révèle en outre leur caractère totalement inadapté.

¹¹⁹¹ En droit international, son comportement de production est contraire aux obligations de réalisation de situations individuelles du traité ; en droit interne, son comportement pourrait être contraire à une prescription qui lui serait adressée : respecter l'égalité devant les charges publiques. Cette analyse ne peut toutefois être opérée que dans le cas des règles administratives, l'interprétation de la jurisprudence administrative de la responsabilité de l'Etat du fait des lois différant sensiblement (voir *supra*).

¹¹⁹² BROYELLE (C.), *La responsabilité de l'État du fait des lois*, op. cit., p. 253.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 279.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 285.

2. *Formes de réparation éventuelles*

a. Réparation en nature : caractère inadapté de la *restitutio in integrum*

L'annulation d'un acte juridique produit en violation du droit international peut, éventuellement, constituer une forme de *restitutio* juridique. Serait-elle ici adaptée ? Rappelons que face à une obligation de comportement normatif, seule l'existence d'une règle interne non conforme au droit uniforme ou incompatible avec une obligation internationale de l'Etat pouvait être tenue pour un fait internationalement illicite, et non le comportement de production formelle d'une règle juridique déterminée. Ainsi, à la différence d'une violation du fait de la production d'actes juridiques, l'annulation de la règle n'est pas nécessairement appropriée. Un parallèle pourrait être établi avec la violation de l'obligation de comportement opératif *global* de garantie du procès équitable, par le comportement de l'ensemble de l'appareil judiciaire, face à la violation d'une telle obligation aux modalités déterminées, par la seule production d'*un* acte juridictionnel. Alors que l'annulation de l'acte est une mesure de réparation appropriée dans le second cas, seule une révision du procès pourra être ordonnée dans le premier. Il en va de même de l'existence de règles non conformes au droit uniforme, ou incompatibles avec les obligations internationales de l'Etat : le comportement normatif ne voit pas ses modalités déterminées, et peut lui aussi être qualifié de *global*, seul le résultat final de l'état des règles internes important à sa réalisation¹¹⁹⁵. En cas de violation, le retour sur *un acte juridique déterminé* ne pourrait ainsi constituer une mesure de réparation adéquate. Prenons l'exemple de la violation d'une obligation relative à la conformité des règles internes, en nous replaçant dans l'hypothèse de l'affaire *Furundzija*¹¹⁹⁶. L'interdiction de la torture, interprétée comme une loi uniforme, était en cause. L'Etat était ainsi obligé à un comportement normatif : avoir une règle conforme à cette interdiction, régissant de la sorte les activités des sujets internes¹¹⁹⁷. En l'espèce, l'interdiction de la torture n'avait aucune valeur obligatoire dans l'ordre juridique interne en question ; cette pratique était donc permise. L'Etat était-il dans l'obligation d'annuler une règle juridique, en réparation de ce fait internationalement illicite¹¹⁹⁸ ? Il est impensable d'exiger de l'Etat un tel comportement alors que cette permission découle, justement, de l'absence de règle juridique énonçant une interdiction. En l'espèce, la

¹¹⁹⁵ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 1, § 1, B.

¹¹⁹⁶ T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, préc.

¹¹⁹⁷ Seul le versant « privé » de la règle pénale est ainsi envisagé dans cette hypothèse, autrement dit la réglementation de la conduite des sujets internes et non l'habilitation des organes internes à réprimer ladite conduite en appliquant la peine associée.

¹¹⁹⁸ Le T.P.I.Y. ne juge évidemment pas de la responsabilité de l'Etat et de son contenu, bien qu'il se soit déjà arrogé le droit de déclarer un Etat en violation de ses obligations de comportement normatif dans l'affaire *Blaskic* : T.P.I.Y., décision du Président du Tribunal du 3 avril 1996, *Affaire Blaskic*, préc.

pratique de la torture était en outre *autorisée* dans un acte juridique interne identifié par le Tribunal. Il demeure que l'annulation dudit acte ne constituerait pas davantage une forme adaptée de réparation de la violation de l'obligation de comportement normatif de l'Etat. La torture n'en serait pas pour autant incriminée, l'annulation d'un acte énonçant une autorisation n'ayant pas pour conséquence l'interdiction de la torture. Ce raisonnement peut être appliqué à l'ensemble du droit pénal international. Même s'il est reconnu qu'au titre de la prévention des crimes qui relèvent de la compétence complémentaire de la Cour pénale internationale, l'Etat doit intégrer à son ordre juridique interne les incriminations pénales correspondantes¹¹⁹⁹, il est inenvisageable que cette dernière puisse, à la suite de la condamnation d'un sujet interne, ordonner à l'Etat dont il était ressortissant d'annuler les lois éventuellement non conformes au Statut¹²⁰⁰. Reconnaître la violation par l'Etat de son obligation relative à la conformité de ses règles internes n'impliquerait certainement pas pour lui l'obligation d'annuler, au titre de la rétribution, un quelconque acte juridique. Dans la majeure partie des cas, c'est en effet l'absence d'acte qui révélera l'existence d'une norme non conforme, le « vide juridique » devant en réalité être entendu comme l'autorisation du comportement que l'Etat devait interdire. Une mesure véritablement réparatoire consisterait à incriminer, dans le passé, lesdits agissements, c'est-à-dire émettre une norme rétroactive. Il faudrait faire en sorte que ce qui n'a pas été, soit ; or à l'impossible aucun Etat ne saurait être tenu.

Dans le cas d'une règle incompatible dont l'existence constituerait le fait internationalement illicite, son annulation apparaît, à première vue, comme une mesure satisfaisante de restauration de la légalité. Lorsque les organes de l'Etat ont le pouvoir, en vertu d'une règle d'habilitation générale de droit interne, d'appliquer le droit international, aucun « vide juridique » ne serait laissé par une règle incompatible. Ces organes, ou tout du moins le juge interne, appliqueraient le droit d'origine internationale, en vertu de leur habilitation constitutionnelle. On perçoit aussitôt l'objection qui revient ici : tous les Etats ne répondent pas à ce modèle, fréquemment qualifié de « moniste », et n'habilitent leurs organes à appliquer le droit international que par l'intermédiaire de règles internes spéciales qui en reprennent la substance, et non en vertu d'une règle générale tel l'article 55 de la Constitution française. L'annulation d'une règle incompatible ne permettrait alors pas plus d'appliquer le droit international, sauf à imposer une véritable immédiateté de celui-ci en droit interne, à la manière d'un droit fédéral. C'est véritablement l'état des normes de droit interne qui constituait le fait illicite et non le maintien en

¹¹⁹⁹ Voir *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1, et notamment TRIFFTERER (O.), « Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes », *op. cit.*, p. 6-7.

¹²⁰⁰ On met ici de côté l'obstacle de la compétence de la Cour, laquelle ne peut juger de la responsabilité des Etats.

vigueur d'une règle donnée ; l'annulation de ladite règle n'est pas toujours une manière appropriée de revenir sur cet état. En outre, une telle annulation poserait des difficultés d'ordre constitutionnel insurmontables, qu'on a pu évoquer à propos des règles immédiatement exécutoires, et qui reviennent ici avec autant de force. L'annulation d'une règle incompatible ne peut donc être imposée à l'Etat au titre d'une *restitutio in integrum*.

b. Réparation par équivalent : caractère inadapté de l'indemnisation et de la satisfaction

Indemnisation

En présence d'un fait illicite né de l'incompatibilité d'une règle de droit interne, la seule atteinte réparable, pour laquelle une indemnisation pourrait être versée, reste celle causée par l'application de ladite règle. On revient cependant au cas d'un dommage subjectif, pour violation d'une obligation de comportement opératif relative à la réalisation d'une situation individuelle. L'indemnisation est en revanche inadaptée en cas de violation seule de l'obligation de comportement normatif. L'affaire *Mavrommatis* est claire en ce sens. La Cour permanente relève une incompatibilité entre les obligations internationales de la Grande-Bretagne et son droit interne, lequel oblige les organes internes à exproprier toute concession d'exploitation précédemment accordée, dès lors qu'un nouveau concessionnaire en fait la demande en vertu d'un droit qui lui était accordé par une clause contractuelle. Cette faculté n'avait toutefois pas été utilisée, et aucune norme individuelle d'expropriation ainsi produite. La Cour estime donc que « cette clause n'a, en fait, ni entraîné une expropriation ou une annulation des concessions de M. Mavrommatis, ni causé à celui-ci un préjudice quelconque qui puisse donner lieu à son profit à des dommages-intérêts dans le présent procès »¹²⁰¹ et « (q)ue, dès lors, il y a lieu de débouter le Gouvernement hellénique de sa demande en indemnité »¹²⁰². Au seul stade de l'incompatibilité du droit interne, l'atteinte était juridique et généralisée. La clause contractuelle laissant la faculté à M. Rutenberg de faire exproprier *tout* concessionnaire préexistant, la Grèce ne pouvait se prévaloir d'aucun préjudice subjectif médiat en protection de son ressortissant M. Mavrommatis – même si ce dernier était le seul visé par cette catégorie. Aucune atteinte réparable ne naît de la seule incompatibilité du droit interne avec les obligations de l'Etat. L'indemnisation est donc à exclure.

Satisfaction

Lorsqu'une juridiction internationale constate la non-conformité ou l'incompatibilité d'une règle de droit interne, en violation d'une obligation de comportement normatif de l'Etat,

¹²⁰¹ C.P.J.I., arrêt du 26 mars 1925, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, préc., p. 45.

¹²⁰² *Ibid.*, p. 51.

une telle déclaration d'illicéité ne peut constituer une réparation adaptée¹²⁰³. La Cour européenne, dans l'affaire *Dudgeon*, a toutefois semblé préférer une satisfaction par déclaration d'illicéité à une indemnisation, suite au fait internationalement illicite causé par l'incompatibilité du droit interne britannique. Ainsi la Cour européenne a opposé à M. Dudgeon, lequel tentait d'obtenir une indemnisation de son « préjudice moral », un refus. L'ambiguïté de ses propos révèle le caractère fictif de ce préjudice. La Cour relève tout d'abord qu'« (a)u moins jusqu'à un certain point, le requérant a sans nul doute éprouvé de la crainte et de l'angoisse par suite de l'existence desdites lois »¹²⁰⁴. Mais elle précise aussitôt que la violation du droit au respect de la vie privée trouvait sa source dans les règles juridiques litigieuses, et que dès lors,

« M. Dudgeon doit être réputé avoir atteint son but : provoquer une réforme du droit nord-irlandais. Dès lors, et eu égard à la nature de la violation constatée, la Cour estime que pour ce chef de la demande l'arrêt du 22 octobre 1981 constitue en soi une satisfaction équitable suffisante aux fins de l'article 50, sans qu' 'il y (ait) lieu d'allouer une compensation pécuniaire »¹²⁰⁵

N'est-ce pas pour une atteinte généralisée que le requérant agissait en l'espèce, davantage que pour son dommage propre, au nom du respect de l'obligation relative à la compatibilité des règles internes avec le droit européen des droits de l'homme ? C'est ce qui ressort sensiblement des propos de la Cour, laquelle refuse toute indemnisation au titre de l'article 50, mais, afin de préserver les apparences, considère que la déclaration d'illicéité issue de son arrêt constituerait la satisfaction d'un dommage totalement virtuel. L'atteinte causée par le manquement à l'obligation de comportement normatif, juridique et généralisée, reste irréparable, et le reste *a fortiori* par voie de satisfaction. Une déclaration d'incompatibilité ne peut donc être interprétée comme telle. De plus, une satisfaction ne peut réparer le préjudice né d'un fait illicite que si ce dernier a cessé, ou bien qu'une obligation de cessation est ordonnée à l'Etat au même moment. Comme nous le verrons¹²⁰⁶, la cessation de la violation d'une obligation de comportement normatif, imposée à

¹²⁰³ Le constat, par une juridiction internationale, d'un fait internationalement illicite ne constitue pas toujours une mesure de satisfaction. Certains relèvent toutefois que, sans critère de distinction autre que la demande de l'Etat en ce sens, il est extrêmement délicat de distinguer entre les deux cas (en ce sens, MIGLIORINO (L.) « Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction : à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior* », *op. cit.*, p. 72.) La C.I.J. adopte pourtant cette conception prétendue « peu opérationnelle » : dire le droit ne constitue pour elle une forme de réparation que si une telle demande de satisfaction était formulée (C.I.J., arrêt du 15 décembre 1949, *Détroit de Corfou (réparations)*, préc., p. 36). Dans le cas de la violation d'une obligation de comportement normatif, on pourrait toutefois considérer que la déclaration d'illicéité ne constituera jamais une mesure de réparation. Cela relève de la tautologie : l'atteinte juridique généralisée causée par la violation d'une obligation relative à l'état des règles internes n'est pas un dommage réparable ; la déclaration d'illicéité ne peut donc être une réparation dans cette hypothèse.

¹²⁰⁴ Cour E.D.H., arrêt du 24 février 1983, *Dudgeon (réparations)*, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 7-8.

¹²⁰⁶ Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2.

l'Etat au titre de ses obligations secondaires, n'est pas si nette et ne peut être envisagée comme la première étape d'un mouvement rétrospectif.

Conclusion du chapitre

La spécificité de la violation des obligations de l'Etat du fait du droit interne se révèle largement lors de l'étude du contenu de la responsabilité qui en découle. Alors que la production et le maintien des actes juridiques immédiatement exécutoires contraires à ces obligations peuvent être entendus comme des comportements opératifs, internationalement illicites, il est fort délicat d'obliger l'Etat qui en est l'auteur à réparer en nature une telle illicéité. La difficulté reste relative dans le cas des actes juridiques individuels. Ne touchant qu'une situation déterminée, leur production cause une atteinte subjective à un Etat. Bien que purement juridique, elle crée ainsi un dommage qui demande une réparation adaptée. L'annulation dudit acte opère un parfait retour sur le comportement illicite en question. Une telle *restitutio in integrum* sera toutefois beaucoup plus difficile à exiger d'un Etat auteur d'une règle en conflit avec ses obligations internationales. La règle peut certes être considérée comme contraire à ses obligations de comportement opératif, si elle est immédiatement exécutoire. C'est, on le sait à présent, de leur production et de leur maintien que l'Etat sera alors responsable. Un dommage né de ce fait illicite est cependant plus malaisé à déceler ici, rendant toute réparation problématique : il n'est possible de démontrer que la production et le maintien d'un acte général heurtent le droit subjectif d'un Etat qu'en cas de violation d'une obligation réciproque bilatérale. Dans toutes les autres hypothèses, la démonstration d'une lésion spécifique devra être apportée pour qu'une réparation puisse être réclamée. Se posent en outre des obstacles majeurs à la *restitutio* du fait de la nature de l'acte en question : obliger un Etat à annuler une loi dont la production était illicite nous est apparu d'une rigueur excessive. La situation se rapproche ainsi de la violation d'une obligation de comportement normatif, cette fois par l'existence d'une règle interne dont l'état ne serait pas celui exigé. En présence de règles internes, générales et cette fois pas toujours immédiatement exécutoires¹²⁰⁷, on se trouve en outre face à la violation d'une obligation dont la réciprocité spécifique rend toute atteinte *généralisée*. Le dommage est purement juridique, et, ne heurtant pas un Etat déterminé dans son droit subjectif, en devient irréparable. La violation des obligations de

¹²⁰⁷ On rappelle que les obligations de comportement normatif régissent parfois l'état des règles de droit interne privé *stricto sensu*, lesquelles sont immédiatement exécutoires. Voir *supra*, Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

comportement normatif n'est donc pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat *stricto sensu*, d'un contenu rétrospectif. Si l'absence de dommage à proprement parler empêche toute idée de réparation, il demeure qu'une atteinte juridique a été causée par l'existence d'une règle interne en violation d'une obligation de comportement normatif de l'Etat. Quelle en est alors la conséquence ? L'Etat se voit-il lié par une quelconque obligation secondaire ? L'étude de la « sanction » de la violation de ces obligations internationales nous conduira à nous interroger sur leur normativité.

Chapitre 2. Contenu prospectif : responsabilité lato sensu de l'Etat, pour violation de ses obligations de comportement normatif

Les obligations de comportement normatif, seuls objets de ce second chapitre puisque totalement réfractaires à toute « sanction » de leur violation sur le mode réparatoire, entendent spécifiquement réglementer l'état des règles internes. Une violation de ce type d'obligation est alors révélée par l'existence de règles non conformes à un droit uniforme internationalement déterminé, ou incompatibles avec les obligations internationales de l'Etat. Délicate était alors la tâche de déterminer si une telle violation restait dans le monde du fait ou entrait dans celui du droit ; si cette violation était constituée par un comportement contraire, ou bien par la norme interne en elle-même ; autrement dit, si l'uniformisation du droit interne consistait en une réelle prescription de comportement ou en l'énoncé d'un principe de légalité¹²⁰⁸. Une nouvelle pierre à l'édifice de cette démonstration est posée par l'étude des conséquences de cette violation. Sont-elles de l'ordre de la responsabilité ? Aujourd'hui entendue dans un sens élargi, la responsabilité emporte certaines conséquences *prospectives* visant à une restauration de la légalité et à sa garantie future davantage qu'à la réparation d'un quelconque préjudice. Tant que l'Etat demeure tenu à une forme d'obligation secondaire, il est permis de considérer que l'on reste ancré dans les schémas classiques du droit de la responsabilité. Alors que ces schémas peuvent à la limite être applicables à la violation de l'obligation relative à la conformité du droit interne (Section 1), les cases du droit de la responsabilité sont décidément trop étroites pour contenir les conséquences de la violation de son obligation relative à la compatibilité du droit interne (Section 2). Les premières déterminent en effet un droit uniforme, modèle qui n'est pas en soi normatif mais à partir duquel les Etats devront modeler leurs propres règles de droit interne. Alors que ces modèles ne visent que des règles rudoyées par les personnes privées, et ne tendent pas à imposer aux Etats des « prototypes » de normes d'habilitation de leurs propres organes, toutes différentes sont les obligations relatives à la compatibilité du droit interne. C'est cette fois à une obligation internationale de l'Etat, relative à la réalisation de situations individuelles, que se superpose l'obligation de comportement normatif, et non plus à un « droit uniforme » matériellement privé. L'Etat se voit ainsi *interdit d'empêcher*, par l'existence-même de règles de droit interne, la bonne exécution des obligations de comportement opératif, voire *obligé de permettre* cette exécution. Les règles dont l'Etat, respectivement incompatible ou non compatible, donnent lieu à un fait

¹²⁰⁸ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*.

internationalement illicite, ont cette fois trait à l'habilitation des organes internes, et l'on a vu combien cette caractéristique rendait délicate toute réglementation par le droit international¹²⁰⁹. Cette impression ira croissant lors de l'étude du contenu de la responsabilité de l'Etat : une obligation secondaire à la charge de l'Etat, impliquant une mise en jeu internationale accrue des règles internes d'organisation du pouvoir, ne pourra véritablement être décelée.

¹²⁰⁹ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2.

Section 1. Violation des obligations relatives à la conformité du droit interne

La violation d'une obligation relative à la conformité du droit interne est révélée par l'existence d'une « proposition légale interne »¹²¹⁰, et non par la production ou l'absence de production, formelle, d'un acte juridique déterminé. Singulier est alors un tel fait illicite constitué par l'état du droit interne, et l'on a légitimement pu se demander si ledit droit ne serait pas envisagé comme tel par le droit international, et non comme du fait¹²¹¹. Cette éventualité a été rejetée. Toutefois, on vient également d'exclure la possibilité d'une éventuelle obligation de réparation qui naîtrait à la suite de ce type de manquement. Quelle sanction de la violation de ces obligations de comportement normatif peut, dès lors, être prévue par le droit international ? En droit communautaire, la violation de l'obligation de transposition est sanctionnée à l'issue d'une procédure permettant d'aboutir au paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte de l'Etat concerné¹²¹². Cette procédure est entre les mains de la Commission, qui remplit une fonction de contrôle. Si cette dernière estime qu'un Etat membre a manqué à ses obligations, elle le met en demeure de présenter ses observations et peut lui adresser un avis motivé lui recommandant les mesures à prendre¹²¹³. Un tel contrôle, suivi d'une sanction, pourrait-il être la conséquence de la violation d'une obligation internationale relative à la conformité du droit interne ? Notre regard doit à présent se porter sur la nouvelle situation dans laquelle se trouve l'Etat auteur du fait illicite. Lui est en effet imposée une restauration de la légalité, obligation de cessation de l'illicite indépendante de toute réparation (§ 1). Au-delà, l'engagement de la responsabilité de l'Etat pourrait avoir l'effet de renforcer l'obligation primaire, garantissant ainsi la légalité future (§ 2). Présent et futur : le contenu de la responsabilité de l'Etat apparaît essentiellement d'ordre *prospectif*.

§ 1. *Restauration de la légalité présente : obligation de cessation de l'illicite*

Tout fait internationalement illicite continu emporte obligation de cessation à la charge de l'Etat qui en est l'auteur. L'obligation primaire n'est pas éteinte et l'Etat y reste tenu : tel est le premier effet de tout engagement de la responsabilité de l'Etat. Dans le cas de la violation d'une

¹²¹⁰ SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne...*, *op. cit.*, p. 363-410.

¹²¹¹ Voir *Supra*, Première partie, Titre 2.

¹²¹² Traité instituant la Communauté européenne, version consolidée, art. 228. 2.

¹²¹³ *Ibid.*, art. 226.

obligation de comportement normatif toutefois, l'obligation de cessation de l'illicite ne sera pas totale et immédiate, et seul un mouvement dans le sens de la cessation, ou, pour reprendre un vocable déjà utilisé, une *amorce* de cessation sera exigée dans l'immédiat (A). Cette forme incomplète d'obligation de cessation, qui plus est non couplée à une quelconque mesure rétrospective identifiable, ne peut être entendue comme une forme de réparation de l'illicite. Elle remplit une fonction autonome en droit de la responsabilité, résolument ancrée dans le temps présent (B).

A. Objet de l'obligation : une amorce de cessation

1. *Cas de la violation de l'obligation de s'efforcer*

La Cour interaméricaine a dégagé de la C.A.D.H. des obligations de s'efforcer¹²¹⁴ d'incriminer certaines conduites des sujets internes particulièrement graves. Elle a reconnu la violation d'une telle obligation de comportement normatif dans l'affaire *Trujillo-Orozco*. Suite à l'enlèvement, la torture, la détention arbitraire et le meurtre d'un étudiant par les forces de police boliviennes, la responsabilité de cet Etat a été reconnue pour ces faits qui lui sont imputables, mais également pour manquement à une obligation de comportement normatif : le droit bolivien ne comportait pas d'incrimination de ce type de disparition forcée, autorisant organes comme sujets internes à s'y adonner sans risque de sanction pénale. Suite à l'acquiescement par la Bolivie à sa responsabilité, et la déclaration de dépôt d'un projet de loi d'incrimination devant l'organe législatif, la Cour estime que le différend qui opposait l'Etat bolivien à la Commission interaméricaine a cessé¹²¹⁵. Le fait illicite perdure ainsi tant que l'Etat n'a pas pris de mesure dans le sens d'une mise en conformité de ses règles internes. Ce mouvement par lequel l'Etat va entreprendre de remplir son obligation primaire semble constituer une forme de cessation de l'illicite, incomplète toutefois. Tant que la loi relative à l'incrimination pénale du comportement n'est pas entrée en vigueur en effet, aucune norme interne conforme au modèle international n'existe encore. L'obligation de cessation est ainsi assouplie par rapport au droit international général. Liée à la violation d'une obligation de comportement normatif, elle n'a pas pour objet une cessation totale et immédiate de l'illicite, mais bien davantage une amorce de cessation. Cette

¹²¹⁴ Ainsi qu'on l'a vu, aucune obligation stricte de comportement normatif n'a été dégagée en la matière, à la différence de l'interprétation retenue par les tribunaux pénaux internationaux des conventions relatives au droit pénal international. Voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 1*.

¹²¹⁵ C.I.A.D.H., arrêt du 26 janvier 2000, *Trujillo Orozco c. Bolivie*, Série C, n°64, § 40 : « Based on the statements of the parties during the public hearing on January 25, 2000, and, on the acceptance of the facts and the acknowledgement of responsibility by Bolivia, the Court considers that the dispute between the State and the Commission with regard to the facts that originated the instant case has ceased ».

interprétation peut être confirmée par l'affaire *Barrios Altos*. Le Pérou, après avoir annulé les lois d'amnisties non conformes au modèle internationalement déterminé, s'engage, dans l'arrêt relatif à l'accord sur les mesures de réparation, à débiter une procédure législative interne afin de définir et d'incriminer les exécutions extra-judiciaires¹²¹⁶ auparavant amnistiées. Il est ainsi satisfait à l'obligation d'amorce de cessation de l'illicite.

2. *Cas de la violation de l'obligation stricte*

De la même façon que pour une simple obligation de s'efforcer, la cessation de la violation d'une obligation stricte de comportement normatif consistera en un mouvement, une amorce en ce sens. Le mécanisme de l'O.I.T. en offre une parfaite illustration¹²¹⁷. Dans le mécanisme de l'O.I.T., l'Etat engage sa responsabilité à l'instant où son droit interne a été contrôlé comme non conforme au modèle international. Il doit alors prendre des mesures concrètes, justifier d'un mouvement de mise en conformité de ces règles internes afin de satisfaire à l'obligation de cessation de l'illicite. Dans l'affaire *Portugal/Libéria*, suite au constat par une commission d'enquête de la violation par l'Etat de ses obligations de comportement normatif, ce dernier se voit exhorté à modifier son droit interne. Un mouvement de l'Etat est relevé : les dispositions internes les plus litigieuses ont déjà été retirées de l'ordonnement juridique¹²¹⁸. La Commission constate un « travail considérable » dans l'adoption de textes modifiant ou abrogeant la législation antérieure problématique¹²¹⁹, première étape de la réalisation par l'Etat de ses obligations secondaires en l'espèce. On retrouve cette première étape dans le rapport de la Commission instituée pour examiner l'observation par la Roumanie de la convention concernant la discrimination¹²²⁰. La Commission recommande au Gouvernement « l'adoption d'un certain nombre de mesures, qui pourraient l'aider à se conformer pleinement à ladite convention. »¹²²¹ Elle parle de « *prémises* essentielles pour que ce but soit atteint »¹²²², le but étant que l'Etat cesse l'illicite, autrement dit respecte pleinement son obligation relative à la conformité de ses règles

¹²¹⁶ C.I.A.D.H., arrêt du 30 novembre 2001, *Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre et al. vs. Peru) (réparations)*, Série C, n°87 : l'Etat s'engage « *to initiate the procedure to include 'the most suitable juridical classification' to define the crime of extra-judicial executions, within thirty days after the agreement was signed* ».

¹²¹⁷ Précisons qu'ici, il n'est question que des obligations de comportement normatif relatives à la conformité du droit interne du travail, dans son versant « privé », les conventions conclues sous l'égide de l'organisation ayant également un versant « public », et énonçant ainsi des obligations relatives à la compatibilité du droit interne.

¹²¹⁸ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Libéria de la Convention sur le travail forcé*, préc., § 419.

¹²¹⁹ *Ibid.*, § 436-437.

¹²²⁰ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1989, *Plainte concernant l'observation par la Roumanie de la convention concernant la discrimination (emploi et profession)*, 1958, n°111, *Bull. off. B.I.T. Série B*, Vol. LXXIV, 1991, Suppl. 3, <www.ilo.org/ilolex>.

¹²²¹ *Ibid.*, § 616.

¹²²² *Ibidem*, nous soulignons.

internes. L'obligation de cessation de la violation de l'obligation relative à la conformité des règles internes se cantonne dans ces *prémises*.

La « cessation » de la violation de l'obligation de conformité du droit interne est ainsi opérée par tout comportement de l'Etat marquant un effort d'uniformisation de son droit interne. On le perçoit : la cessation ne s'inscrit pas ici comme la première étape d'un mouvement rétrospectif, préparant le terrain à la *restitutio in integrum* ou la réparation par équivalent. Bien au contraire, elle remplit une fonction autonome, inscrite dans le *temps présent*, toute entière dédiée à la restauration de la légalité.

B. Fonction de l'obligation de cessation

Indépendante de toute mesure de réparation par équivalent, la cessation ne peut se concevoir comme un effet rétrospectif de la responsabilité. Couplée à la réparation, elle consiste essentiellement à réitérer l'obligation primaire de l'Etat, et lui ordonner de mettre un terme immédiat et total à son comportement déviant. Mais elle n'a pas *à elle seule* une fonction de réparation, ainsi que l'énonce le professeur Dominicé :

« il ne s'agit pas en réalité d'une réparation. Ce qui est requis, c'est le retour à l'attitude exigée par le droit, la cessation du comportement illicite. L'Etat victime ne fait pas valoir un droit nouveau, créé par le fait illicite. Il demande le respect de ses droits, tels qu'ils étaient avant le fait illicite, tels qu'ils demeurent »¹²²³.

L'obligation de cessation jouxte traditionnellement la réparation dans la catégorie des obligations secondaires. Ce n'est toutefois pas le cas ici : on l'a vu, la violation d'obligation de conformité ne donne pas lieu à un quelconque préjudice réparable. Il est toutefois essentiel de restaurer l'ordre juridique heurté : c'est là la fonction autonome de la cessation de l'illicite, qui ne porte que sur le temps *présent*. Elle a pour but d'obliger l'Etat à *se mettre immédiatement* à respecter l'obligation violée : preuve en est ici apportée lorsque l'Etat amorce d'une façon ou d'une autre la mise en conformité de la règle litigieuse. On doit ainsi abandonner la vision classique qui donne aux conséquences attachées à la violation du droit une dimension essentiellement rétrospective. M. Bloch note qu'« (o)n ne se penche guère sur la capacité de la sanction juridique à se saisir *directement* de la violation de la règle pour y mettre un terme et en contraindre le respect effectif pour l'avenir. » En effet, « l'illicéité ne se présente pas toujours comme une donnée acquise sur laquelle le juge n'aurait plus aucune prise. La question qui se pose alors n'est plus seulement de

¹²²³ DOMINICE (Ch.), « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 11.

déterminer le prix de la transgression, mais de la prévenir ou de la faire cesser. »¹²²⁴ L'auteur relève que,

« (à) côté de la peine et de la réparation, semble se dégager une troisième catégorie de sanctions, irréductible aux deux précédentes : la cessation de l'illicite, dans laquelle pourrait être rangé l'ensemble des sanctions juridiques ayant pour objet de mettre l'acte ou le fait illicite en conformité avec la règle de droit violée. »¹²²⁵

L'originalité de la responsabilité de l'Etat du fait de la violation de son obligation relative à la conformité de ses règles internes, est de s'orienter vers la cessation de l'illicite, sans contenir un tel « prix de transgression ». Elle s'inscrit dans une tendance générale d'autonomisation de la cessation par rapport à la fonction réparatoire¹²²⁶.

Il faut toutefois garder à l'esprit le caractère lacunaire de la cessation de l'illicite que nous venons d'envisager. L'obligation de cessation l'oblige à faire ce mouvement dans l'immédiat, mais n'impose aucune restauration *totale* de la légalité dans le temps présent, ceci étant rendu impossible par la nature du comportement requis pour satisfaire à l'obligation internationale violée. En effet, si l'Etat est tenu de faire immédiatement un mouvement en ce sens, démontrant sa bonne volonté et amorçant le retour – on devrait dire « l'aller » puisque, bien souvent, le droit interne de l'Etat responsable n'a jamais été dans l'état requis – vers la conformité de ses règles internes. Aucune cessation *totale* n'est immédiatement exigée. On peut donc se demander si la responsabilité engagée pour la violation de cette obligation de comportement normatif a un quelconque contenu, distinct d'une simple réitération de l'obligation primaire. L'obligation de cessation, dont la réalisation consiste seulement en une démonstration de sa bonne volonté, amorce de réalisation de la conformité du droit interne, se voit toutefois accompagnée de *renforcements* de l'obligation de comportement normatif initiale. Initialement liée à des mesures rétrospectives, la cessation est aujourd'hui accompagnée de mesures *prospectives*. Ancrées dans le futur, garantissant le respect à venir de l'obligation violée, ces obligations nouvelles pourraient constituer la substance de la responsabilité de l'Etat.

¹²²⁴ BLOCH (C.), *La cessation de l'illicite – Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008, XVIII-673 p., p. 3.

¹²²⁵ *Ibidem*.

¹²²⁶ La tendance à l'autonomisation de la cessation de l'illicite s'illustre notamment par la progression des mesures conservatoires ordonnées par les juridictions internationales, dont l'objet est exclusivement une cessation du fait dont l'illicéité éventuelle est portée à leur connaissance, dans le temps présent. Voir C.I.J., ordonnance du 3 mars 1999, *LaGrand (demande en indication de mesures conservatoires)*, préc., et l'affirmation du caractère obligatoire de ces mesures ordonnées par la Cour : C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 109, p. 506. Pour confirmation, voir : C.I.J., ordonnance du 18 juillet 2001, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (demande en indication de mesures conservatoires)*, Cambodge c. Thaïlande, *Rec.*, spéc. § 57-67.

§ 2. *Garantie de la légalité future : renforcement de l'obligation primaire*

Les mesures de garanties de la légalité future ici examinées ne peuvent être confondues avec les « garanties de non-répétition » de l'illicite, obligation secondaire envisagée par la C.D.I. à l'article 30 de son Projet définitif sur la responsabilité des Etats. Il ne s'agit aucunement de prévenir de nouveaux faits internationalement illicites à venir, mais toujours de cesser une illicéité qui perdure. Ces obligations secondaires, qui ne consistent qu'en un renforcement de l'obligation de comportement normatif initiale, sont ainsi liées à une démarche de cessation de l'illicite en faisant toutefois peser sur l'Etat une charge supplémentaire, poids de sa responsabilité, dont nous envisagerons tout d'abord le contenu (A). Ces renforcements constituent à eux seuls la sanction du comportement illicite de l'Etat. Ils peuvent être perçus comme une forme d'obligation secondaire, visant à la garantie de la légalité future (B).

A. **Objet du renforcement de l'obligation primaire**

Si le contenu de la responsabilité de l'Etat est toujours lié à une démarche de cessation de l'illicite, l'Etat voit cette fois peser sur lui une obligation de comportement normatif qui n'a plus rien de la simple obligation de *s'efforcer* à laquelle il a failli. D'obligation tacite relative à la conformité du droit interne, l'obligation devient expresse, durcissement de la *soft law* initiale (1). Si un tel durcissement d'une obligation déjà *stricte* s'avère impossible, le renforcement de cette dernière prendra la forme d'une précision des modalités du comportement normatif exigé de l'Etat, parfois accompagné de l'obligation de supporter un contrôle assez intrusif de la réalisation de l'obligation ainsi précisée (2).

1. *Cas de l'obligation de s'efforcer : durcissement normatif*

Dans l'affaire *Barrios Altos*, alors que la cessation de l'illicite consistait en un mouvement de mise en conformité, réalisé par l'annulation de l'amnistie et le lancement d'une procédure législative, une obligation de comportement normatif renforcée par rapport à celle énoncée dans la C.A.D.H., sera requise du Pérou à titre secondaire¹²²⁷. La Cour affirmera très clairement ces deux étapes de la mise en conformité du droit interne dans une affaire ultérieure : toujours face au Pérou, elle constate que l'Etat n'avait pas, après avoir retiré les actes d'amnisties, mis en

¹²²⁷ C.I.A.D.H., arrêt du 30 novembre 2001, *Barrios Altos case (réparations)*, préc.

conformité son droit interne¹²²⁸. La violation de la Convention est toujours relevée à l'occasion de disparitions forcées non réprimées car non incriminées en droit interne du fait de lois d'amnisties. La Cour met l'accent sur l'obligation relative à la conformité du droit interne, qui passe de tacite à expressément affirmée par son arrêt : l'Etat doit « produire les règles et développer les pratiques propres à effectivement observer » l'obligation de prévention ici violée¹²²⁹. Les disparitions forcées et exécutions sommaires doivent être pénalement incriminées. C'est d'autant plus flagrant dans l'arrêt *Trujillo-Orozco* où la Cour détermine les mesures de réparations suite à la première décision constatant la responsabilité de l'Etat. La Cour y évoque en effet la Convention sur les disparitions forcées qui comporte, dans son article 3, une obligation stricte de conformité du droit interne¹²³⁰. N'étant pas compétente pour en assurer le respect, son office se limitant à la C.A.D.H. selon son Statut¹²³¹, elle renvoie à cet instrument car l'obligation qu'il comporte équivaut à l'obligation secondaire désormais à la charge de l'Etat. L'obligation tacite, de s'efforcer à rendre son droit interne conforme, dégagée de la Convention de San José se durcit pour rejoindre l'obligation telle qu'expressément formulée par la Convention sur les disparitions forcées : incriminer pénalement ce comportement en droit interne¹²³². La Cour prend en considération le dépôt du projet de loi devant le Congrès bolivien. Toutefois, il ne s'agit tout au plus que d'une étape, d'une amorce de cessation de l'illicite. La conformité du droit interne ne sera pleinement atteinte qu'au jour où ce projet entrera en vigueur. La Cour précise alors que cette conformité doit être accomplie dans un délai raisonnable après notification de son jugement¹²³³. Bien au-delà d'une obligation de s'efforcer, on entre dans le cadre d'une l'obligation de résultat au sens civiliste du terme, puisque assortie d'une date butoir même non précisément

¹²²⁸ Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2 : l'annulation d'une loi non conforme n'est pas une mesure de réparation de la violation de l'obligation de comportement normatif y relative.

¹²²⁹C.I.A.D.H., arrêt du 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Pérou*, préc., § 172, notre traduction. Version originale : « *issuing rules and developing practices aimed at effectively observing said guarantees* ».

¹²³⁰ Inter-American Convention on the forced disappearance of persons, Belem do Para (Brésil), 6 septembre 1994, O.A.S. Treaty Series, A-60, <www.oas.org>, Art. 3 : « *The States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional procedures, the legislative measures that may be needed to define the forced disappearance of persons as an offense and to impose an appropriate punishment commensurate with its extreme gravity. This offense shall be deemed continuous or permanent as long as the fate or whereabouts of the victim has not been determined.* »

¹²³¹ Statute of the Inter-American Court of Human Rights, adopté par l'Assemblée Générale de l'O.A.S., 9^e session, La Paz (Bolivie), Octobre 1979, Rés. n°448, <www.corteidh.or.cr>, Art. 1 : « *The Inter-American Court of Human Rights is an autonomous judicial institution whose purpose is the application and interpretation of the American Convention on Human Rights.* »

¹²³² Pour une confirmation : C.I.A.D.H., arrêt du 28 novembre 2005, *Gomez Palomino c. Pérou*, série C n°138, § 105

¹²³³ C.I.A.D.H., arrêt du 27 février 2002, *Trujillo-Orozco c. Bolivie (réparations)*, Série C, n°92, § 98 : « *Finally, the Court takes into consideration that Bolivia has indicated that the draft law before the Congress of Bolivia has been approved in first debate by the Chamber of Deputies and is following its normal process. However, this Court considers that the request that the State should be ordered to define the forced disappearance of persons as an offense in its domestic legislation is in order and deems that reparation should only be considered complete when the draft becomes a law of the Republic and enters into force, and this should occur within a reasonable time after notification of this judgment.* ». Nous soulignons.

définie – le « délai raisonnable »¹²³⁴. L'Etat doit aboutir à la conformité de son droit interne dans le temps qui lui est imparti par la Cour.

Un tel durcissement normatif ne peut en revanche être opéré en présence d'une obligation déjà *stricte* relative à la conformité des règles internes. Dans ce cas, le renforcement de cette obligation primaire prendra une forme plus atténuée.

2. *Cas de l'obligation stricte : précision des modalités et contrôle de l'exécution*

L'absence de conformité du droit interne ne donne lieu, en cas d'obligation stricte, qu'à une violation platonique du droit international. Le fait internationalement illicite naît hors de toute situation concrète, alors même qu'aucune preuve concrète de ce que la norme modèle ne fait pas droit en droit interne ne peut être avancée. Dès lors, les conséquences d'une telle violation sont elles aussi plus difficilement saisissables. Les voies juridictionnelles générales ne peuvent être utilisées pour la simple violation du droit, hormis dans des cas particulièrement graves. Le manquement à l'uniformisation du droit interne par un Etat ne semble pas déclencher de telles réactions de la part de ses pairs¹²³⁵. Une difficulté naît ainsi du fait que l'éventuelle obligation secondaire n'est prononcée à la charge de l'auteur de l'illicéité que par des instances politiques n'adoptant que des recommandations justement *sans effet obligatoire*. On pourrait dès lors s'arrêter à ce stade et considérer que, hors de toute pratique en ce sens, aucune obligation secondaire ne découle de la violation de l'obligation primaire relative à la conformité du droit. Nous dépasserons toutefois cet obstacle en raison de l'évolution de ce type de mécanisme, et étudierons ces recommandations comme l'énoncé d'obligations secondaires de l'Etat puisqu'elles sont, très généralement, tacitement acceptées et deviennent dès lors obligatoires¹²³⁶. En outre, cet argument n'a de pertinence qu'au stade de la mise en œuvre de la responsabilité, et non de la détermination de son existence et contenu. L'obligation secondaire peut exister même si l'organe qui l'exprime ne fait que recommander son exécution. A considérer son caractère obligatoire établi, reste toutefois à en déterminer la teneur. Suite au constat d'une violation, les Etats se voient préciser les modalités de mise en œuvre de l'obligation relative à la conformité de leur droit interne. Aucun durcissement normatif, mais une précision de l'obligation primaire : voici le

¹²³⁴ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 1.

¹²³⁵ Voir *infra*, Titre 2, *Chapitre 1*. Selon K. Parrot, un recours visant à l'engagement de la responsabilité de l'Etat de ce fait est « fort peu probable », ce qui ne doit pas être regretté : PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, *op. cit.*, p. 219, et spéc. note 586.

¹²³⁶ Sur la judiciarisation des Commissions d'enquête de l'O.I.T., voir *infra*, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 1, § 2, A, 3, et VALTICOS (N.), « Un système de contrôle international : la mise en œuvre des conventions internationales du travail », *op. cit.*, p. 364-365.

contenu du renforcement de l'obligation *stricte* de comportement normatif (a). Peu éloigné à lui seul d'une simple réitération de cette obligation primaire, il pourra parfois être accompagné d'un contrôle accru du comportement de l'Etat, que celui-ci devra supporter (b).

a. Précision des modalités d'exécution de l'obligation primaire

L'obligation de comportement normatif est, comme on le sait à présent¹²³⁷, une obligation de comportement *global*, insusceptible au niveau des obligations primaires de préciser à un ensemble d'Etats les modalités de réalisation de ce comportement, par essence lié aux spécificités de chaque ordre juridique, à l'état du droit interne existant au jour de l'entrée en vigueur de ladite obligation. La seule mesure de ce comportement global était l'existence, à une date déterminée, de la norme internationalement définie en droit interne. Il en va peut-être différemment une fois que le fait illicite a été reconnu, l'état d'un droit interne particulier ayant cette fois été examiné avec précision. Au stade des obligations secondaires, il serait possible d'énoncer au cas par cas le comportement normatif aux modalités déterminées à adopter, en fonction de l'Etat mis en cause. On le voit : l'obligation secondaire sera plus précise que l'obligation primaire, laquelle avait pour objet le comportement de tous les Etats liés, sans distinction selon l'état de leurs normes.

Dans l'affaire *Portugal/Libéria*, la Commission d'enquête de l'O.I.T. précise ainsi les corrections à apporter à la législation libérienne¹²³⁸. Il est demandé à l'Etat d'aller plus loin que la seule abrogation de certaines règles litigieuses : des termes sont encore à modifier, et ce avant une date déterminée¹²³⁹. Le premier volet de la recommandation est donc constitué par une précision des modifications à apporter à la législation existante. L'amorce de cessation par l'abrogation de certaines dispositions litigieuses ne permettait pas un retour complet à la légalité, autrement dit ne permettait pas d'assurer la pleine conformité du droit interne. Une seconde étape est en effet nécessaire pour parvenir au résultat escompté. La Commission instituée dans l'affaire *Portugal/Libéria* estime en effet que l'élimination des anomalies existantes n'est pas suffisante et demande que le texte de la Convention sur le travail forcé apparaisse dans le nouveau code du Libéria. En attendant cette nouvelle édition révisée, cet Etat devra inscrire cette Convention en annexe de l'ancien¹²⁴⁰.

¹²³⁷ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, Chapitre 2.

¹²³⁸ Commission d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Libéria de la Convention sur le travail forcé*, préc., § 419.

¹²³⁹ *Ibid.*, § 420.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, § 421.

Dans le cas précédent, on assistait à un durcissement normatif de l'obligation initiale, qui se voyait transformée en une obligation de résultat, au sens civiliste du terme. Il est délicat ici de trouver la trace d'un tel durcissement. L'obligation de conformité a pour objectif de prévenir certains comportements des sujets internes. On le perçoit aisément dans les rapports des commissions d'enquêtes, lesquelles ne sont en pratique instituées, sur le fondement de l'article 26 de la Charte de l'O.I.T., que suite à des pratiques généralisées contraires aux principes établis par les conventions ratifiées. La violation est en revanche révélée par la seule existence de normes internes non conformes au modèle international. Mais comment aller au-delà, et chercher à imposer comme obligation secondaire les modalités de ce qui constitue *déjà* la modalité d'une prévention ? L'obligation stricte relative à la conformité du droit interne constitue le moyen d'arriver à une certaine fin, telle l'abolition du travail forcé ou de la torture. On en trouve une claire illustration dans la convention sur la discrimination : alors que le but ultime à atteindre est l'élimination de toute forme de discrimination (art 2), la conformité du droit interne est clairement présentée comme un moyen d'y parvenir (art. 3)¹²⁴¹. On peut toutefois aller plus loin dans le degré de précision des modalités d'exécution de cette obligation, sans en changer la normativité. La production, formelle, d'un acte juridique n'était pas en question, afin de permettre à l'Etat d'adopter l'attitude la plus adéquate à son ordre juridique interne et surtout aux normes existantes. Au titre des obligations secondaires, l'existence d'une norme non conforme pourra révéler la nécessité de produire ou d'abroger un acte juridique déterminé. Cette fois, un tel comportement pourra être prescrit à l'Etat auteur d'une violation de son obligation primaire relative à la conformité de ses règles internes.

La responsabilité a donc pour effet une réitération de l'obligation primaire en la précisant. Cette précision et le contrôle qui y est attaché sont des éléments de garantie de légalité future.

¹²⁴¹ Convention de l'O.I.T. n°111 sur la discrimination en matière d'emploi et de profession, Genève, 25 juin 1958, <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>>, art. 2 : « Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière. » et art. 3 : « Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur doit, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux: (...) b) promulguer des lois et encourager des programmes d'éducation propres à assurer cette acceptation et cette application; c) abroger toute disposition législative et modifier toute disposition ou pratique administratives qui sont incompatibles avec ladite politique... »

b. Obligation de supporter un contrôle de l'exécution de l'obligation de mise en conformité.

Un parallèle peut, ici encore, être dressé entre obligations de comportement normatif et obligations en matière de désarmement. L'obligation de conformité pouvait déjà être comparée aux obligations relatives aux activités dangereuses, ou au désarmement en matière de réciprocité. Les conséquences de leurs violations peuvent, de même, être comparées. La violation de ces obligations n'entraîne jamais de réparation proprement dite. Le constat d'une 'violation' par l'Etat n'est suivi que de recommandations visant à l'exhorter à modifier son droit interne. La responsabilité, dans le sens le plus élargi, consiste ici à subir un mécanisme de contrôle assez intrusif afin de forcer l'Etat à remplir son obligation primaire. La vérification et le contrôle sont des mécanismes qui, en cas de violation, s'intensifient jusqu'à mettre les Etats au ban de leurs pairs. L'aspect afflictif de ce procédé frappe nécessairement. Si un rapport constate une violation persistante, celle-ci peut ensuite engendrer une réaction de l'ordre de la contre-mesure collective. On ne parle pas de réaction spontanée des Etats, mais bien de ce qui pourrait être ordonné par l'instance de contrôle ou autorisé par elle. L'Etat ne se voit pas réellement imposer de nouvelle obligation, mais préciser les siennes qu'il n'a pas exécutées de bonne foi, avec un luxe de détail et un contrôle approfondi de chacune des étapes.

Un tel mécanisme de contrôle se retrouve dans le cadre de l'O.I.T., en vérification du respect des obligations de comportement normatif, primaires puis secondaires. Ainsi que nous le relevions au stade de l'examen des obligations primaires de droit conforme, les organes de l'O.I.T. exercent un contrôle permanent sur le droit interne et sa pratique dans le domaine du travail. Cette vérification, passant par le dialogue et l'incitation, est une première étape dans le contrôle de l'exécution par l'Etat de ses obligations. Le mécanisme oscille toutefois entre contrôle de la conformité des règles internes aux normes internationales du travail, et vérification des mesures prises par les Etats en matière d'uniformisation. Il est à présent possible d'en faire une lecture clarificatrice : le contrôle de la conformité des règles internes aux conventions ratifiées, autrement dit aux modèles de droit uniforme, intervient en amont, afin de déterminer si l'Etat respecte ses obligations primaires de comportement normatif, global. Dès qu'une situation de violation est révélée par ce contrôle, du fait que le droit interne n'apparaît pas conforme aux dites normes internationales du travail lors de l'examen de la pratique du travail et de son environnement normatif, il se transforme alors en un *contrôle des mesures de mise en conformité* adoptées pour satisfaire à son obligation secondaire, aux modalités déterminées. On entre déjà dans les conséquences de la violation de l'obligation initiale. La constitution de l'O.I.T. prévoit en

outre une réaction à la violation des recommandations de l'ordre des contre-mesures décidées collectivement.

Ces mécanismes de contrôle peuvent davantage être considérés comme des procédés coercitifs, qui appartiennent moins au droit de la responsabilité qu'ils ne relèvent du domaine de la mise en œuvre du droit international, en tant que mesures d'exécution¹²⁴². Il nous fallait toutefois les évoquer ici, car l'obligation de « supporter » un contrôle peut également être envisagée comme une forme d'obligation secondaire. De la même façon que la précision de l'obligation primaire qui lui est attachée, ou bien le durcissement normatif de celle-ci dans le cas précédent, ces objets de la responsabilité de l'Etat apparaissent tout à fait originaux, et doivent à présent être analysés, afin de déterminer si la fonction de cette institution du droit international n'en serait pas totalement bouleversée.

B. Fonctions du renforcement de l'obligation primaire

1. Fonction normative

Le caractère exceptionnel de l'imposition, par une juridiction internationale, d'une obligation renforcée suite à la violation de l'obligation tacite de conformité est proportionnelle à la rareté des cas dans lesquels la violation de cette obligation est elle-même reconnue. La plupart du temps, les obligations liées au droit pénal ne verront constater leur violation qu'au jour où l'Etat aura également failli à son devoir général de prévention et de répression des comportements individuels répréhensibles et la non-conformité de leur droit interne ne sera même pas mise en cause par leurs pairs qui, on le répète, n'y ont aucun intérêt subjectif¹²⁴³. Ceci pour émettre des réserves quant aux propos qui suivent : il ne s'agit pour l'instant que d'une évolution en cours du droit international, encore peu confortée par la pratique. La responsabilité permet de durcir une règle de *soft law*. L'existence de l'obligation primaire ne pose pas de problème, si tant est qu'on accepte une certaine relativité de la normativité du droit

¹²⁴² Ils seront donc étudiés en détail dans le titre y relatif, voir *infra*, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2, § 1

¹²⁴³ En droit de l'O.M.C., c'est particulièrement flagrant à propos de l'interdiction du dumping. L'article VI du GATT, en disposant que « Les parties contractantes reconnaissent que le dumping (...) est condamnable » pourrait parfaitement être lu comme une obligation de prévention et de répression de cette pratique commerciale d'opérateurs privés, préjudiciable au commerce international, laquelle comprendrait tacitement une obligation de conformité du droit interne qui devrait l'interdire et y attacher des sanctions. Loin d'en chercher le respect en ce sens, les parties contractantes n'exercent de recours que lorsque cette prévention et répression du dumping est au contraire trop large, et jamais pour son absence. Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce du 30 octobre 1947, annexé au GATT de 1994, Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay, Marrakech, 15 avril 1994, <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>, annexe 1A.

international¹²⁴⁴. C'est en revanche de cet effet de la responsabilité déclenchée par sa violation qu'on peut encore douter. Toujours est-il qu'il nous faut l'analyser comme une évolution potentielle de l'ensemble du droit de la responsabilité internationale, même si l'on se gardera d'en annoncer d'ores et déjà l'intégration en droit positif général. La cessation de l'illicite permet un retour à la légalité, une restauration de celle-ci. En cela, elle est par essence conjuguée au présent. Renforcer l'obligation primaire, c'est voir au-delà : une forme de garantie que l'Etat remplira à l'avenir son obligation est donnée, puisqu'on lui demande cette fois d'y parvenir et non seulement de s'y atteler. La responsabilité a ici pour fonction de garantir la légalité future. Elle pallie l'absence d'une obligation de comportement normatif expressément introduite dans la convention dont la violation est en question, reconnaissant cette obligation au titre du droit secondaire. L'effet de la responsabilité est de renforcer la normativité de l'obligation relative à la conformité des règles internes tacitement à la charge de l'Etat en matière de droit privé, la transformant en une obligation stricte. Elle remplit ainsi une fonction normative.

Cette fonction n'est aujourd'hui pas connue en droit de la responsabilité internationale des Etats. Par l'obligation de cessation de l'illicite qu'elle contient, la responsabilité assure traditionnellement une fonction de *restauration* de la légalité tout autant qu'une réparation d'un préjudice éventuellement subi. Il faut toutefois distinguer restauration de la légalité de sa garantie dans l'avenir. Certes, l'article 30 du projet de la C.D.I. mentionne bien, suite à l'obligation de cessation, une obligation « (d)'offrir des assurances et garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent »¹²⁴⁵. Ces garanties de non-répétition ont en effet une visée prospective : alors que la cessation constituait « l'aspect négatif » des obligations secondaires - en cessant le fait illicite, on permet la restauration de la légalité – les assurances et garanties de non-répétition « peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution future »¹²⁴⁶. Selon M. Crawford, « (c)e sont deux aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. »¹²⁴⁷ Or voilà : on ne vise pas seulement ici le rétablissement mais la garantie future, qui ne doit pas être confondue avec la garantie de non-répétition. Premièrement, il ne s'agit pas d'obliger l'Etat à « offrir » une telle garantie, mais de l'obliger à commencer immédiatement à l'exécuter¹²⁴⁸. Deuxièmement, il n'est pas question de garantir que l'Etat ne répétera pas une violation lorsque l'occasion va se représenter. La répétition vise ici la violation de l'obligation de réalisation de situation individuelle, hors de propos dans le

¹²⁴⁴ WEIL (P.), « Vers une normativité relative du droit international ? », *op. cit.*, p. 13-17.

¹²⁴⁵ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., article 30 b), p. 7.

¹²⁴⁶ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 236.

¹²⁴⁷ *Ibidem*.

¹²⁴⁸ Voir *infra*, Section 2.

cas matériellement privé qui nous occupe. Garantir le respect futur d'une obligation primaire de s'efforcer, d'une norme de *soft law*, c'est obliger l'Etat à parvenir effectivement au résultat requis. On le voit : cette fonction diffère quelque peu de l'assurance de non-répétition.

2. *Fonction répressive*

Puisqu'aucune réparation n'est possible en l'absence de dommage, peut-on envisager un aspect répressif attaché à la résistance des Etats de rendre leur droit interne conforme aux modèles posés ? Le durcissement normatif, mais aussi et surtout le renforcement de l'obligation primaire par sa précision et le contrôle de l'exécution peuvent en effet prendre une dimension répressive. La violation de l'obligation de comportement normatif relative à la conformité des règles internes engendre en effet, en guise d'obligation secondaire, une pression croissante exercée sur l'Etat défaillant, dont la dimension afflictive n'est pas négligeable. Le droit communautaire va plus loin, imposant des sanctions d'ordre pécuniaire et astreintes aux Etats manquant à leur obligation de transposition des directives. Cette solution, loin d'être adoptée en droit international, répondrait pourtant parfaitement à l'objectif visé. La responsabilité exerce en tout état de cause sinon une fonction à proprement parler punitive, au moins largement dissuasive. Elle se résume ainsi à un rapport unilatéral entre l'Etat auteur de l'illicite et le cercle des Etats liés par la même obligation et également touchés par l'atteinte à la sécurité juridique causée, le premier subissant une forme de sanction. Cette responsabilité apparaît en tout état de cause fort éloignée de la responsabilité classique de droit international d'ordre réparatoire.

Si responsabilité il y a, relève-t-elle toujours de la notion civiliste ? La fonction que nous venons de décrire sonne parfaitement afflictive, et peu adaptée à la perception traditionnelle de la responsabilité civile, à la catégorie de laquelle la responsabilité internationale appartient traditionnellement. L'introduction de la peine dans l'institution de la responsabilité internationale ne permet toutefois pas de la qualifier, aussitôt, de pénale. A propos du droit interne, le professeur Viney soulève la question de la responsabilité civile comme moyen d'assurer une forme de sanction. Assurant ainsi un rôle de « peine privée », la fonction dissuasive de la responsabilité civile ne doit pas être écartée¹²⁴⁹. Mme Carval, dans une thèse de droit français et comparé, met en exergue cette pénalisation, allant jusqu'à plaider pour l'officialisation de la

¹²⁴⁹ VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil (sous la direction de GHESTIN (J.))*, Les effets de la responsabilité, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2001., VI-819 p. p. 4.

fonction punitive de la responsabilité civile¹²⁵⁰. En France, un mouvement considérable en faveur de la « peine privée » a donc vu le jour, partagé par certains Etats, dont l'Angleterre et les Etats-Unis¹²⁵¹. Le renforcement des obligations relatives à la conformité du droit interne ne peut toutefois être assimilé à une forme de peine : elle permet d'assurer le respect d'une norme de *soft law* ou faiblement déterminée, et non de faire subir à l'Etat dont le droit interne n'est pas conforme une charge afflictive. En réalité, elle se rapprocherait bien davantage de la catégorie des contre-mesures, lesquelles tendent au retour au respect d'un droit violé, sans vision fataliste de cette violation, comportement irréversible dont la seule conséquence pourrait être la punition. Certes il n'est pas question du versant « substitutif » de ces dernières, procédé par lequel on agit en lieu et place d'un Etat défaillant – technique du *self-help* – : il serait de toute façon impossible d'agir en quoi que ce soit à la place de l'Etat auteur sur son propre ordre juridique. Il ne faut s'attacher ici qu'au procédé « coercitif ». Mais, même dans ce dernier cadre, les contre-mesures ne remplissent pas exactement les mêmes fonctions que le renforcement de l'obligation ici isolé. Selon le professeur Alland, les fonctions premières des contre-mesures sont en effet en relation avec une obligation de réparation. Elles peuvent prendre la forme d'une « pression exercée sur un Etat qui non seulement a failli à son obligation « primaire » mais se montre de surcroît réticent à exécuter ses obligations secondaires. »¹²⁵² Or il n'est pas question ici d'inciter l'Etat à respecter une obligation de réparation qui, justement, n'a pas lieu d'être. En revanche, elles pourraient fortement se rapprocher des contre-mesures utilisées dans le cadre du contentieux de la légalité¹²⁵³, qui tendent à la cessation de l'illicite. Elles ne visent pas le respect de l'obligation secondaire mais celui de l'obligation primaire. Toutefois, il y a ici un *renforcement* de cette dernière qu'on ne trouve pas dans le champ des contre-mesures, qui se contentent d'imposer une obligation de type coercitive le temps que l'Etat revienne dans le droit chemin. Les contre-mesures ne se substituent pas aux autres mécanismes du droit de la responsabilité mais s'y surajoutent. Les inclure permet d'enrichir le concept de responsabilité, qui comprend désormais l'ensemble des conséquences d'une violation du droit, qu'elles soient de l'ordre d'une relation nouvelle entre l'Etat auteur et une victime déterminée, ou bien d'une sanction subie par le premier qui ne crée pas de telle « relation » puisque unilatéralement imposée à lui. Le procédé de renforcement de l'obligation relative à la conformité du droit interne, en revanche, constitue à lui seul la conséquence de l'illicite. En cela la responsabilité s'en trouve modifiée. L'inclusion du

¹²⁵⁰ CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995, XXI-417 p., n°215 et s.

¹²⁵¹ Relevé par Mme Viney, VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil* (sous la direction de GHESTIN (J.)), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 6.

¹²⁵² ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 p., p. 187.

¹²⁵³ *Ibid.*, p. 94

renforcement de l'obligation primaire en droit de la responsabilité est rendue possible depuis son élargissement à des mesures de restauration de la légalité ; il conduit toutefois à réduire cette institution à cette dernière fonction, ce qui est donc parfaitement original. Ces nouvelles conséquences de l'illicite modifient donc sensiblement la perception traditionnelle du droit de la responsabilité internationale. Reste à lever les réserves qu'on a pu émettre à titre liminaire, en attendant que cette analyse soit confortée par une pratique des juridictions plus abondante en ce sens.

Conclusion de la section : est-ce que ces fonctions de la responsabilité n'en modifient pas le concept ?

La responsabilité peut être entendue de manière restrictive, comme l'ensemble des obligations secondaires à la charge de l'Etat en violation d'une obligation primaire, qui tendent à assurer la réparation du dommage causé dans le passé, et non à un retour, futur, à la légalité compromise. Dans cette conception étroite de la responsabilité, n'entrerait certainement pas ce renforcement de l'obligation relative à la conformité du droit interne : s'agit-il d'une réelle conséquence de l'illicite, d'une nouvelle relation dans laquelle s'inscrit l'Etat en cause ? Aujourd'hui, la garantie de la légalité fait toutefois partie intégrante du droit de la responsabilité, tel qu'élargi par la doctrine et la pratique contemporaines. Loin est l'époque où la responsabilité internationale n'avait pour objet que la réparation d'un dommage. Cette institution est en effet la seule qui permette au droit international de ressembler tant soit peu à un système juridique. Elle remplit ainsi des fonctions très variées, dont une fonction de garantie de la légalité essentielle. L'adaptation de la responsabilité internationale civiliste à de nouvelles exigences en matière de sécurité juridique n'est pas inconcevable. Si on voit des éléments objectifs, collectifs, s'introduire chaque jour dans la responsabilité civile en droit interne français¹²⁵⁴, pourquoi ne pas envisager une telle évolution, même plus marquée, en droit international public ? Cessation, assurances et garanties de non-répétition, mais aussi contre-mesures en font partie intégrante comme autant d'éléments du nouveau rapport juridique dans lequel s'inscrit l'auteur de la violation. La difficulté est que ce « rapport » n'a plus rien d'une relation entre un Etat et le débiteur d'une obligation violée. Le rapport devient unilatéral : durcissement normatif, précision des modalités de l'obligation de conformité, et contrôle de l'exécution sont imposés, de l'ensemble des Etats parties à la convention portant droit uniforme vers l'Etat réticent à mettre son droit interne en conformité. De façon étonnante en droit international, le « système » impose

¹²⁵⁴ BERG (O.), « Le dommage objectif », in *Etudes offertes à Geneviève Viney - Liber amicorum*, Paris, L.G.D.J., 2008, LII-919 p., p. 63 et s.

à l'Etat quelque chose dont il n'est débiteur envers personne en particulier, mais tous en général aux fins de protéger la sécurité juridique recherchée : la conformité de son droit interne à des modèles internationalement déterminés et, au-delà, l'assurance d'un Etat de droit. Ces fonctions nouvelles de la responsabilité internationale vont tendre à se généraliser avec la reconnaissance croissante d'obligations de comportement normatif superposées aux obligations de comportement opératif de l'Etat. Le droit international général pourra obéir à une logique qui était jusqu'alors réservée au mécanisme du « droit uniforme ».

Section 2. Violation des obligations relatives à la compatibilité du droit interne

L'état d'une règle de droit public qui oblige, voire permet, en droit interne, les organes à agir en violation d'obligations internationales de l'Etat, ou bien qui en interdit, voire n'en permet pas le respect peut, en lui-même, réaliser un fait internationalement illicite, en violation d'une obligation relative cette fois à la *compatibilité* du droit interne. Cette violation n'est pas constituée par la production ou le maintien d'une règle déterminée, comportement considéré comme opératif, mais par un comportement normatif, global, révélé par l'état des règles internes – incompatible, voire non compatible, selon les degrés précédemment établis¹²⁵⁵. Pas de nullité¹²⁵⁶, mais l'engagement de la responsabilité de l'Etat dont le contenu nous reste à déterminer : voilà ce qu'implique une telle violation. Ce contenu, essentiellement prospectif, tend à la restauration de la légalité présente (§ 1) et à la garantie de la légalité future (§ 2). Il diffère toutefois sensiblement de l'amorce de cessation et du renforcement de l'obligation primaire, mis à la charge d'un Etat auteur d'une violation d'une obligation relative à la *conformité* des règles internes. La normativité de certaines obligations relatives à la compatibilité du droit interne – essentiellement celles relatives à la *pleine* compatibilité des règles internes – pouvait être fort discutable. L'examen des conséquences de leur violation nous permettra ainsi de tirer des conséquences plus claires à ce sujet, si tant est qu'on considère la sanction *lato sensu* de la violation d'une règle de droit comme la preuve ultime de son existence.

§ 1. *Restauration de la légalité présente : obligation de cessation de l'illicite*

Tout fait internationalement illicite continu doit obligatoirement cesser, la responsabilité de l'Etat ne remettant pas en cause la normativité de l'obligation primaire violée. La cessation de l'illicite ne peut, dans le cas de la violation des obligations de comportement normatif, être liée à la réparation d'un dommage, ici insaisissable. On ne reviendra donc pas sur sa fonction,

¹²⁵⁵ On rappelle ainsi que, selon notre typologie, les obligations de comportement normatif relatives à l'état des règles de droit public internes peuvent requérir de l'Etat une compatibilité ou bien, cas plus rare, une *pleine* compatibilité. Un manquement à ces obligations pourra alors être constitué, respectivement, du fait de l'incompatibilité des règles internes – interdiction interne de respecter le droit international ou obligation de manquement – ou bien du fait de la non-compatibilité de celles-ci – permission de manquement, voire absence d'habilitation à son respect.

¹²⁵⁶ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

autonome par rapport à cette réparation, ancrée dans le présent et préparant la garantie de la légalité future¹²⁵⁷. Si sa fonction est identique, son objet précis pourrait toutefois différer par rapport à la « cessation » de la violation de l'obligation relative à la conformité du droit interne. Il semble en effet que l'abrogation de la règle incompatible puisse réaliser une parfaite restauration de la légalité présente. La cessation pourrait donc être totale et immédiate (A). Ce n'est toutefois pas ce que le droit international exige, et l'on devra reconnaître qu'ici encore, seul un mouvement dans le sens de la légalité sera requis, l'Etat se voyant ici encore simplement lié par une obligation d'amorce de cessation dans le temps présent (B).

A. Question de la cessation totale et immédiate

La cessation de l'illicite, envisagée dans sa fonction autonome, tend à la restauration de la légalité dans le temps présent. Il semble que, dans le cas d'une règle dont l'état, incompatible avec une obligation de comportement opératif de l'Etat, donne en lui-même lieu à un fait internationalement illicite, cette cessation puisse être parfaite par l'abrogation de ladite règle (1). Une telle cessation, totale et immédiate, doit toutefois être mise en question. Elle ne sera en effet pas adaptée à tous les cas de violation d'une obligation relative à la compatibilité du droit interne (2).

1. Cessation totale et immédiate par abrogation de la règle incompatible

Dans la grande majorité des cas, les obligations relatives à la compatibilité des règles internes s'analysent comme des *proscriptions*. Une règle interne oblige les organes à adopter un comportement en violation d'une obligation internationale, ou leur interdit expressément d'y satisfaire : tel est l'état du droit interne prohibé. La mesure de cessation de la violation adéquate peut, de prime abord, sembler claire : l'abrogation de cette règle y satisferait pleinement. A une obligation primaire formulée telle une *interdiction* relative aux règles incompatibles se substituerait une obligation secondaire d'abrogation afin de restaurer la légalité présente. La règle proscrite devrait ainsi disparaître de l'ordonnement juridique. Si l'annulation, *ex nunc*, est inenvisageable¹²⁵⁸, l'effacement des effets juridiques pour l'avenir constituerait la cessation de l'illicite et pourrait ainsi être exigé de l'Etat. La Cour interaméricaine a ainsi semblé considérer le retrait d'une disposition interne incompatible comme satisfaisant aux obligations secondaires de

¹²⁵⁷ Voir la fonction de l'obligation de cessation dans le cas de la violation des obligations relatives à la conformité du droit interne, *supra*, Section 1, § 1, B.

¹²⁵⁸ Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2, a.

l'Etat. Au stade de l'arrêt en réparation¹²⁵⁹ en l'affaire *Suarez Rosero*, laquelle mettait en cause une loi équatorienne concernant les conditions de détention, excluant expressément des garanties qu'elle prévoit les personnes impliquées dans les affaires de stupéfiants telle la victime requérante, la question de l'obligation secondaire relative à cette incompatibilité n'a tout d'abord pas été examinée. En effet, l'Etat ayant apporté la preuve du retrait de la disposition en question, déclarée inconstitutionnelle en droit interne, la Cour a considéré que la demande de la Commission en ce sens était satisfaite¹²⁶⁰. Dans le mécanisme de l'O.I.T., qui traite à la fois de question de conformité du droit interne à des modèles matériellement privés, et de la compatibilité de ces mêmes règles à des obligations de traitement des sujets internes par l'Etat, on perçoit clairement que l'abrogation de certaines législations litigieuses, qui ne constituait qu'une première étape du retour à la *conformité* du droit interne, réalise une cessation immédiate et totale de la violation issue d'une *incompatibilité*¹²⁶¹.

Cependant, cette cessation parfaite de l'illicite, restaurant la légalité dans le temps présent – ou tout du moins peu éloigné du constat de la violation – ne peut être requise dans tous les cas.

2. *Impossibilité d'une cessation totale et immédiate*

Plusieurs arguments permettent de rejeter la possibilité de cesser, dans tous les cas, l'illicite né d'une incompatibilité ou non-compatibilité du droit interne, de manière à la fois totale et immédiate. Nous retiendrons essentiellement celui tiré de l'examen du comportement précisément requis de l'Etat par l'obligation de comportement normatif¹²⁶².

¹²⁵⁹ Les arrêts en « réparation » de la Cour interaméricaine traitent en réalité de l'ensemble des obligations secondaires à la charge de l'Etat, même non strictement réparatoires.

¹²⁶⁰ C.I.A.D.H., arrêt du 20 janvier 1999, *Suarez-Rosero c. Equateur (réparations)*, préc., § 83 : « *It has been shown that the unnumbered article after Article 114 of the Criminal Code of Ecuador was declared unconstitutional. Therefore, the Court determines that it is not necessary to consider the request of the Commission on that issue.* »

¹²⁶¹ Ainsi, dans l'affaire *Portugal/Liberia*, l'abrogation de certaines dispositions législatives ont satisfait à ce versant « public » de l'obligation de comportement normatif : Commission d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Libéria de la Convention sur le travail forcé*, préc., § 419-420.

¹²⁶² S'y ajouterait l'argument, soulevé à propos de la nullité (voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2) et de l'annulation par l'Etat (Voir *supra* Seconde partie, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 2.) de la règle interne en conflit avec l'obligation de droit international. Certes, les désavantages, voire l'impossibilité constitutionnelle de l'annulation de la règle interne peuvent ne pas se retrouver dans le cas d'une simple abrogation, pour l'avenir. Mais l'obstacle principal demeure : l'abrogation d'un acte déterminé ne réalise pas un état *compatible* du droit interne si aucune règle de droit interne, spéciale ou générale, n'habilite les organes internes à appliquer la règle d'origine internationale. Elle ne peut ainsi être une cessation parfaite de l'illicite dans le cas des Etats dont l'ordre juridique interne ne prévoit pas l'application du droit international par une habilitation générale de ses organes internes en ce sens, du type de l'article 55 de la Constitution française. Dans l'ordre juridique interne de ces Etats dits « dualistes », l'abrogation de la règle incompatible ne laisserait qu'un « vide juridique » : une absence d'habilitation à appliquer le droit international. L'abrogation d'une règle d'habilitation ne serait pas suffisante pour faire cesser parfaitement l'illicite dans tous les cas de figure.

Il est particulièrement clair que l'obligation relative à la *pleine* compatibilité du droit interne ne peut s'analyser comme la *proscription de création d'un acte juridique déterminé*. Certes, les illustrations de violations de cette obligation montrent l'existence de normes générales non compatibles, posées par des actes juridiques¹²⁶³, mais l'absence d'habilitation des organes de l'Etat à appliquer le droit international peut également être envisagée¹²⁶⁴. Alors la cessation de l'illicite immédiate et totale, réalisée par l'abrogation d'une règle déterminée, sera impossible.

Cette dernière précision nous conduit toutefois plus loin dans notre raisonnement, et il nous faut rappeler à ce stade l'objet précis de l'obligation de comportement normatif : c'est uniquement à la condition qu'une telle règle soit nécessaire au vu de l'état de l'ordre juridique interne en question qu'une mesure devra être adoptée. Autrement dit, aucune modalité de réalisation de ce comportement normatif ne peut être précisée au stade de l'obligation primaire, laquelle s'impose sans distinction à un ensemble d'Etat. L'obligation de cessation qui découle de sa violation ne peut ainsi consister, systématiquement, en une obligation d'abrogation d'une règle juridique déterminée. La cessation sera donc fonction de l'état des règles internes. Si l'abrogation d'une règle déterminée permet bien souvent de satisfaire au résultat escompté de la compatibilité du droit interne, cela n'est pas vrai dans tous les cas de figure. On verra, ainsi, que la précision des modalités de réalisation des obligations relatives à la compatibilité du droit interne est délicate à exiger des Etats¹²⁶⁵.

L'abrogation ne constitue bien souvent qu'une première étape, un mouvement dans le sens d'une pleine cessation de l'illicite. En effet, l'Etat ne souhaite pas nécessairement retirer totalement une habilitation à un organe, mais entend seulement la limiter. Il déclenchera alors, aussitôt après l'éventuelle abrogation de la règle incompatible, une procédure normative pour combler un « vide »¹²⁶⁶. Seul le nouvel état du droit interne, *durablement* compatible, pourrait constituer une cessation *totale*. On le voit : cette cessation parfaite ne peut être immédiate. Prenons l'exemple de l'Equateur, lequel avait dans le cadre de l'affaire *Suarez Rosero* précitée,

¹²⁶³ On pense par exemple à la règle permettant la censure au Chili (C.I.A.D.H., arrêt du 5 février 2001, *The Last Temptation of Christ*, préc.)

¹²⁶⁴ Ainsi, l'Etat peut violer son obligation « en n'adoptant pas la législation d'application (si cette législation est prévue par le droit interne) » T.P.I.Y., Décision du Président du Tribunal du 3 avril 1996, *Affaire Blaskic*, préc., p. 1153.

¹²⁶⁵ Voir *infra*, § 2, C.

¹²⁶⁶ On comprend mieux l'expression de « vide juridique » dans le contexte des règles d'habilitation, l'absence de norme d'habilitation d'un organe revenant bien à une absence de pouvoir. Cette absence est toutefois embrassée par le droit ; si on peut évoquer un « vide », il n'est peut être pas « juridique ».

abrogé une loi incompatible et adopté aussitôt après une loi identique¹²⁶⁷. Bien que ce cas soit extrême, il démontre bien que la restauration de la légalité est difficilement réalisable dans l'immédiat. L'abrogation s'avère ainsi insuffisante tant que de nouvelles normes doivent être adoptées en droit interne. Dans le temps présent, en l'attente de cette œuvre créatrice future, c'est bien davantage à une *amorce de cessation* que l'Etat est ainsi obligé.

B. Amorce de cessation

1. Question de la paralysie du droit interne au profit de l'application directe du droit international

La première étape de la cessation de la violation de l'obligation relative à la compatibilité du droit interne pourrait consister à paralyser la règle interne incompatible au profit de l'application directe de la norme d'origine internationale. A défaut d'être totale, la « cessation » devrait être immédiate : la règle interne devrait être laissée inappliquée, sans attendre sa mise en compatibilité. Une telle démarche n'a toutefois rien d'une amorce de cessation de la violation d'une obligation de comportement normatif. Seul le respect de l'obligation de comportement *opératif* requiert la paralysie du droit interne au profit de l'application du droit international. Il ne s'agit que d'une précision apportée au principe général de respect des obligations internationales¹²⁶⁸. Cette paralysie reviendrait donc à réitérer l'obligation de comportement opératif à laquelle l'Etat est lié, voire, si une violation de celle-ci est déjà survenue par application de la règle incompatible, à interdire à l'Etat une réitération de ce fait illicite instantané. On le verra : elle constitue une *garantie de non-répétition* de ce type de violation. Relativement à une obligation de comportement normatif en revanche, le fait illicite né de l'incompatibilité du droit interne persiste, de manière continue, sans que sa paralysie n'y change rien. Pour preuve, la procédure des « arrêts pilotes » devant la Cour européenne empêche les nouveaux recours contre un Etat dont le droit interne, incompatible ou non compatible¹²⁶⁹, conduit à la multiplication de violations, dans des situations individuelles, des droits fondamentaux protégés par la C.E.D.H. Par cette procédure, le Conseil de l'Europe marque une attention prioritaire au respect de

¹²⁶⁷ C.I.A.D.H., arrêt du 20 janvier 1999, *Suarez-Rosero c. Equateur (réparations)*, préc., § 86 : « *In the public hearing, the State submitted a copy of a recent law (...) which includes a provision similar to that which was declared in the judgment on the merits to be in violation of the Convention* »

¹²⁶⁸ On rappelle que dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'article 27 énonçant qu'une « partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité » suit l'énoncé du principe *Pacta sunt servanda* (article 26) au sein d'une section intitulée « Respect des traités » (Convention sur le droit des traités, Vienne, préc., p. 342.)

¹²⁶⁹ La procédure peut également être utilisée en cas de règle *contraire* à la C.E.D.H., comme dans l'affaire *Bronionski* (Cour E.D.H., arrêt du 22 juin 2004, *Bronionski c. Pologne (arrêt au principal)*, préc.).

l'obligation relative à la compatibilité du droit interne. Le constat des nouvelles violations d'obligations de comportement opératif est sacrifié au profit d'une procédure mettant l'accent sur la continuité de la violation de l'obligation de comportement normatif. Cela démontre l'indifférence portée à l'égard de la paralysie ou de l'absence de paralysie du droit interne incompatible. Ce gel ne cesserait pas plus le fait illicite que de nouvelles applications en constitueraient la réitération. Elle ne permet pas davantage d'amorcer la cessation de l'illicite : au contraire, une paralysie du droit interne marque l'absence de volonté de l'Etat d'engager un processus normatif quelconque en vue de rendre son droit compatible. Elle ne constitue pas le gage de bonne foi recherché par l'amorce de cessation de l'illicite. En outre, si certains Etats peuvent ainsi garantir qu'ils appliqueront le droit international en vertu d'une habilitation générale, on perçoit l'impasse dans laquelle se trouveraient, une fois de plus¹²⁷⁰, les Etats dits « dualistes ».

La paralysie du droit interne incompatible est donc étrangère à la cessation de la violation de l'obligation de comportement normatif. Seul un mouvement dans le sens d'une mise en compatibilité de son droit interne pourrait ainsi réaliser une amorce de cessation satisfaisante.

2. Mouvement de mise en compatibilité du droit interne

Le début d'un comportement normatif, tel le lancement d'une procédure législative en vue de remplacer la règle interne incompatible, constituerait une amorce de cessation adéquate. Nul besoin de longs développements ici : de tels efforts de l'Etat sont toujours remarqués comme la preuve de sa bonne foi, et il n'y aura dès lors plus qu'à attendre la restauration future de la légalité. L'Etat se voit-il imposer une véritable obligation secondaire, qui permettrait de garantir cette restauration, lui imposant par exemple un délai afin de satisfaire à cette mise en compatibilité ? C'est ce qu'il nous appartient d'examiner à présent.

§ 2. Garantie de la légalité future : renforcement de l'obligation primaire

Le renforcement de l'obligation relative à la compatibilité des règles internes s'avère une tâche peu aisée. Ces obligations de comportement normatif ont déjà pour objet de prévenir la

¹²⁷⁰ De même qu'une annulation voire une simple abrogation laisse dans les ordres juridiques des Etats qui réceptionnent au cas par cas les règles d'origine internationale les organes sans pouvoir de les appliquer, la paralysie de leur habilitation ne permettra pas davantage cette application directe.

violation, par l'Etat lui-même, de ses obligations de comportement opératif. En elles-mêmes, ces obligations remplissent ainsi déjà une fonction de garantie de la légalité future. Est-il ainsi concevable d'en renforcer la normativité ? Il faudra, avant tout autre développement, se pencher sur la question des garanties de non-répétition, sur leur adéquation au droit de la responsabilité internationale tel que nous le concevons, en lien avec l'existence et la violation d'obligations de comportement normatif. Visant de même à la garantie de la légalité future, elles répondent toutefois à une toute autre logique. Elles sont exclusivement attachées à la violation d'obligations relatives à la réalisation de situations individuelles, et pourraient ne pas trouver place dans le présent cadre (A). Au titre de véritable obligation secondaire mise à la charge de l'Etat du fait de l'incompatibilité ou de la non-compatibilité de son droit interne, un durcissement normatif de l'obligation primaire semble être envisageable, mais uniquement en présence d'une obligation *de s'efforcer* (B). C'est alors dans la précision de l'obligation de comportement normatif, accompagnée d'un contrôle accru pesant sur l'Etat, que l'on pourrait trouver la trace d'un renforcement de l'obligation primaire. Une telle précision sera toutefois très difficile à dégager ici, l'Etat semblant rester maître des modalités de réalisation de son comportement normatif lorsque sont en cause des règles internes d'habilitation de ses propres organes (C).

A. Question des garanties de non-répétition

Les garanties de non-répétition, en tant que mesures d'ordre prospectif, pourraient être adaptées en cas d'incompatibilité ou de non-compatibilité du droit interne à ses obligations classiques. L'hypothèse suppose en effet la violation de ces dernières, du fait de l'application de règles internes en conflit. On perçoit aussitôt qu'elles ne seraient qu'un succédané de reconnaissance de l'existence d'obligations de comportement normatif. Elles ne peuvent donc être prises en compte dans le contenu de la responsabilité d'un Etat en violation de telles obligations primaires (1). Se pose alors la question de leur objet : peut-on obliger un Etat qui n'y était pas initialement tenu à rendre son droit interne compatible avec ses obligations, au titre d'une garantie de non-répétition ? Il semblerait bien davantage qu'elles ne peuvent prendre la forme que d'une *promesse* : celle de respecter à l'avenir le droit international sans élever d'obstacle issu de l'incompatibilité ou de la non-compatibilité de ses règles internes (2).

1. Fonction des garanties de non-répétition

La garantie de non-répétition semble être, à première vue, une obligation secondaire parfaitement adaptée à l'incompatibilité du droit interne, ayant donné lieu à une violation

concrète lors d'une application à un cas individuel. Le lien entretenu entre ce type de mesure et les règles internes incompatibles avec les obligations internationales de l'Etat est en effet très fort. Il est intéressant de noter que la question de la garantie de non-répétition s'est initialement inscrite dans le droit de la responsabilité pour dommage causé aux étrangers¹²⁷¹. Elle est en réalité consubstantielle à la responsabilité de l'Etat du fait de son activité juridique interne.

Ces garanties n'ont, de même que les mesures exigées de l'Etat auteur d'une violation de ses obligations de comportement normatif, aucune fonction de réparation, rétrospective. La proposition du Rapporteur spécial W. Riphagen qui, en 1981, présentait les garanties de non-répétition comme une forme de satisfaction, a ainsi été retirée¹²⁷². Il considérait lui-même ces garanties comme distinctes de la *restitutio in integrum* et non comme un moyen de suppléer à celle-ci dans ses rapports ultérieurs¹²⁷³. Lorsque le Rapporteur spécial G. Arangio-Ruiz réintroduit ces mesures dans la catégorie de la satisfaction, ce fut davantage pour en limiter le caractère humiliant que pour de réelles raisons théoriques¹²⁷⁴. Lors de l'adoption du projet d'articles sur le droit de la responsabilité en première lecture, la séparation sera consacrée par la C.D.I. qui considère que « les assurances et garanties de non-répétition constituent une mesure *sui generis* qu'il convient de distinguer de la satisfaction et d'autres formes de réparation » étant donné que, tournées vers l'avenir, elles « remplissent une fonction distincte et autonome. »¹²⁷⁵. Le Rapporteur J. Crawford considère qu'on se place ici davantage dans « la continuation et la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte » que dans « un aspect de l'obligation secondaire de réparer »¹²⁷⁶, dans la mesure où, dans « le cas de la cessation du comportement illicite comme dans celui des assurances de non-répétition, l'objet est de rétablir la confiance en une relation ininterrompue »¹²⁷⁷. Cessation et garantie de non-répétition de l'illicite sont des obligations secondaires à la charge de l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite, mais sans aucune dimension rétrospective. L'une est ancrée dans le présent, l'autre tournée vers l'avenir, assurant

¹²⁷¹ On note que l'Institut du droit international penche en ce sens dans son entreprise de codification de la responsabilité à raison de dommages causés aux étrangers : elle comprend, en plus des mesures de réparation des dommages soufferts et des mesures de satisfaction, des « mesures de garantie nécessaires contre la répétition de l'action offensante » (*Ann. I.D.I.*, vol. I, Bruxelles, 1927, p. 560-561.)

¹²⁷² RIPHAGEN (W.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1981, vol. II, 1^{re} partie, p. 104-105.

¹²⁷³ RIPHAGEN (W.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1985, vol. II, 1^{re} partie, p. 9.

¹²⁷⁴ Les garanties de non-répétition furent alors encadrées de conditions de proportionnalité, de la même façon que toute mesure de satisfaction : ARANGIO-RUIZ (G.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1989, vol. II, 1^{re} partie, p. 60, § 191 (art. 10).

¹²⁷⁵ C.D.I., rapport sur les travaux de sa quarante-cinquième session, A/48/10, *Ann. C.D.I.*, 1993, vol. II, 2^e partie, p. 85-86.

¹²⁷⁶ CRAWFORD (J.), « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/507, 2000, p. 27, § 53.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 28, § 57.

une fonction de prévention. Alors que la cessation constituait « l'aspect négatif » des obligations secondaires – en cessant le fait illicite, on va permettre la restauration de la légalité –, les assurances et garanties de non-répétition « peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution future ». Elles sont qualifiées par la C.D.I. de « mesures de réparation »¹²⁷⁸ à entendre dans un sens large : il n'est bien entendu pas question de réparation mais de responsabilité, autrement dit de l'une des conséquences du fait illicite.

Ces mesures se détachent du fait illicite initial – violation de l'obligation de comportement opératif – pour prévenir d'autres violations futures, et donc potentielles, mais dont la cause est identique. La C.D.I. considère en effet que les assurances et garanties de non-répétition ne sont « appropriées » que « si les circonstances l'exigent »¹²⁷⁹. Les dites circonstances sont, selon la C.D.I., remplies s'il « existe un *risque* que le fait illicite se reproduise »¹²⁸⁰. Nous avons déjà évoqué cette épée de Damoclès que l'habilitation des organes internes à une violation d'une obligation internationale faisait peser, et ce n'est pas par hasard qu'on la retrouve ici, lorsqu'il s'agit de prévenir la répétition dans le futur d'une violation qui prend sa source dans une règle juridique interne. C'est à l'occasion de l'affaire *LaGrand* que fut débattue la question des garanties de non-répétition. Qualifiée de « synchronisme fortuit »¹²⁸¹, la coïncidence entre l'arrêt de la C.I.J. et les travaux de la C.D.I. nous apparaît au contraire comme révélatrice d'une tendance consciente des Etats vers la garantie accrue de la légalité de leurs relations internationales. Cette tendance peut toutefois prendre deux chemins forts différents. Les garanties de non-répétition ont certes une fonction préventive de la violation future des obligations de l'Etat. Elles ne sont toutefois qu'une forme d'obligation secondaire, attachée à la violation d'obligations de comportement *opératif*. N'est absolument pas en question l'illicéité née de l'état des règles internes. Bien au contraire, les garanties de non-répétition ne trouvent à notre sens leur place que lorsqu'une telle illicéité n'a pas été reconnue, autrement dit lorsqu'aucune obligation relative à la compatibilité des règles internes n'a pu être décelée. On rappelle en effet que la Cour n'a pas considéré la règle américaine de la carence procédurale, pourtant incompatible avec une obligation à la charge des Etats-Unis¹²⁸², comme la source d'une violation d'un droit de l'Allemagne¹²⁸³. Elle persiste dans son refus de reconnaître un principe du droit international

¹²⁷⁸ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 236.

¹²⁷⁹ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 30 b), p. 7.

¹²⁸⁰ C.D.I., rapport sur les travaux de sa quarante-cinquième session, préc., p. 85. Nous soulignons.

¹²⁸¹ PALMISANO (G.), « Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire *LaGrand* », *R.G.D.I.P.*, 2002, vol. 4, p. 754.

¹²⁸² Art. 36. 2 de la Convention sur les relations consulaires tel qu'interprété par la Cour.

¹²⁸³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2. La Cour n'a pas admis un principe de droit compatible superposé à l'obligation, déjà contestable, de révision des procès rendus suite à une violation du droit à l'information

relatif à la compatibilité des règles internes dans son arrêt *Avena*, n'admettant pas, ici encore, que l'incompatibilité de la règle américaine puisse donner lieu, en elle-même, à un fait internationalement illicite¹²⁸⁴. La Cour le confirmera ensuite, en répondant à la demande d'interprétation du Mexique de son arrêt au fond. Cet Etat considérait en effet que l'obligation secondaire de permettre la révision des procès devait être interprétée comme portant également sur la modification des règles internes qui ne permettaient pas cette révision¹²⁸⁵. La Cour rappela qu'elle n'avait aucunement précisé de la sorte aux Etats-Unis les « moyens » du respect de son obligation secondaire¹²⁸⁶, confirmant ainsi qu'elle n'avait pas imposé d'obligation de comportement normatif au titre d'une garantie de non-répétition. Le professeur Palmisano n'est donc, à notre sens, pas fondé à dire que

« la Cour a même laissé entendre que, si la cause du fait illicite (non pas le fait illicite en lui-même) devait être trouvée dans une loi interne incompatible par nature avec la règle violée, l'obligation de donner des garanties adéquates de non-répétition pourrait coïncider avec l'obligation d'abroger ou de modifier la loi en question. »¹²⁸⁷

Garanties de non-répétition et obligations de comportement normatif relatives à la compatibilité du droit interne ont ainsi la même fonction, préventive de faits internationalement illicites à venir. Les premières supposent toutefois l'inexistence des secondes en tant qu'obligations primaires et en constitueraient, au stade des obligations secondaires, un succédané. Reste à déterminer quelle forme ces mesures de garantie pourraient prendre, autrement dit si elles peuvent avoir pour objet le comportement normatif de l'Etat.

2. *Objet*

La C.D.I. percevait, dans sa démarche de codification, une instrumentalisation des garanties de non-répétition à des fins d'uniformisation du droit interne des Etats. Leur objet

consulaire des sujets internes concernés, qu'elle a pu découvrir par interprétation extensive de l'article 36. 2 de la Convention de Vienne. Ainsi, elle « n'a pas trouvé de loi américaine, de fond ou de procédure, qui par nature, soit incompatible avec les obligations que la Convention de Vienne impose aux Etats-Unis. En la présente instance, la violation du paragraphe 2 de l'article 36 a découlé des circonstances dans lesquelles a été appliquée la règle de la carence procédurale, et non de la règle elle-même », C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 125.

¹²⁸⁴ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 113.

¹²⁸⁵ C.I.J., arrêt du 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena...*, préc., § 9.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 47.

¹²⁸⁷ PALMISANO (G.), « Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire *LaGrand* », *op. cit.*, note 66 p. 771.

aurait été un comportement normatif de l'Etat, dans le sens d'une mise en compatibilité de son droit interne. Véritables obligations secondaires, ces mesures ont ainsi trouvé leur place dans la codification des règles du droit de la responsabilité internationale (a). Aucune concordance n'existe toutefois entre l'œuvre de codification et l'état du droit coutumier, tel que perçu et appliqué par la C.I.J. Les garanties de non-répétition n'ont en effet pour objet qu'une *promesse* de l'Etat auteur du fait illicite, visant à rassurer l'Etat lésé (b).

a. Comportement normatif de l'Etat

Suite à la condamnation à la peine capitale et à l'exécution de deux de ses ressortissants aux Etats-Unis, l'Allemagne demandait réparation de son préjudice du fait de la violation de l'obligation d'information consulaire en amont des jugements rendus¹²⁸⁸, et de l'obligation de permettre la révision de jugements rendus dans de telles circonstances¹²⁸⁹. Ce dernier fait internationalement illicite trouvait toutefois sa source dans une règle de procédure dont l'application interdit aux ressortissants de soulever le moyen tiré de cette absence d'information à l'encontre de la décision contre eux rendue¹²⁹⁰. L'Allemagne demande alors la garantie que les Etats-Unis fassent en sorte, dans l'avenir, que leur droit interne ne pose pas d'obstacle à l'exercice effectif des droits énoncés par la Convention de Vienne. L'incompatibilité, ou la non-compatibilité du droit interne ne serait pas un fait illicite en elle-même, mais donnerait lieu à une obligation de fournir des garanties de non-répétition, dont l'objet serait le comportement normatif de l'Etat.

Dans cette logique s'inscrivent les suites de l'affaire de l'*Alabama*. Les Etats-Unis demandèrent au Royaume-Uni, à la suite de sa violation, dans une situation individuelle, de la règle sur la neutralité, de rendre leur droit interne pleinement compatible avec ses obligations afin de garantir une non-répétition d'un tel fait illicite. La législation britannique permettait en effet la construction de navires prenant part à un conflit. En conséquence de cette non-compatibilité, aucune mesure de prévention ni de répression n'avait été prise envers le navire Alabama, effectivement belligérant. Seule cette abstention, concrète, constituait en l'occurrence un fait illicite. Mais les Etats-Unis, considérant la loi qui l'avait permise insuffisamment protectrice, demandèrent au Royaume-Uni, après avoir retiré de leur plaidoyer le grief d'illicéité issu de la non-compatibilité de la loi elle-même, d'adopter une nouvelle législation plus stricte, autrement

¹²⁸⁸ Convention sur les relations consulaires, Vienne, préc., art. 36. 1.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, art. 36. 2 tel qu'interprété par la C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, *op. cit.*, § 91.

¹²⁹⁰ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 90-91.

dit de rendre leur droit interne pleinement compatible. Pour satisfaire à cette demande, le Royaume-Uni adopte une loi d'interdiction de ce type de comportement sur son territoire¹²⁹¹.

Une telle mesure, prise au titre de garantie de non-répétition, semble à première vue parfaitement adaptée au but recherché. Toutefois, est-il possible de faire peser sur l'Etat responsable une obligation nouvelle, dont l'objet est totalement différent de l'obligation primaire heurtée ? Il faut très certainement voir dans l'attitude britannique une démarche purement facultative, et non guidée par un sentiment d'obligatorité. Ces garanties, selon la C.I.J., consistent seulement en une promesse fournie par l'Etat auteur du fait illicite.

b. Promesse de non-répétition de la violation de l'obligation de comportement opératif

Lors de l'affaire du *Lotus*, J. Basdevant a plaidé en faveur d'une *promesse*, engagement unilatéral de l'Etat, de ne pas répéter l'illicéité passée. Alors que la Turquie disposait, dans son corpus législatif, d'une loi donnant une compétence personnelle passive à ses tribunaux, ayant ouvert la voie d'un fait internationalement illicite suite à son utilisation envers un navire français, la requête de notre Etat restait uniquement relative à une promesse d'inapplication, dans l'avenir, de la législation turque à des ressortissants français¹²⁹². Si une telle demande n'a pas été formulée comme un vœu de garantie de non-répétition, elle y ressemble fortement ; elle n'a, on le voit, pas pour objet la modification de la législation turque. Dans le cadre des affaires de protection consulaire, les Etats-Unis considèrent qu'on ne peut, sous prétexte d'une violation d'une obligation internationale dans un cas déterminé, leur imposer une obligation supplémentaire, garantie « absolue » affectant l'état de leurs règles juridiques internes. Et c'est en ce sens que s'est engagée la C.I.J., laquelle a refusé de prescrire aux Etats-Unis la modification de leur doctrine de la carence procédurale après l'exécution des frères *LaGrand*, se contentant de leur promesse de la laisser inappliquée à l'avenir¹²⁹³. Traditionnellement en effet, les garanties de non-répétition consistent davantage en une promesse : l'Etat doit *rassurer* son partenaire. Elles seront alors plutôt dénommées « assurances de non-répétition ». Après avoir violé son droit, il doit lui garantir qu'il

¹²⁹¹ P.A. Bissonnette relève l'adoption par le Royaume-Uni, en 1870, d'une telle loi, « interdisant sur son territoire la simple construction de navires destinés à des belligérants et permettant d'arrêter sur simple soupçon tout navire suspect. » (BISSONNETTE (P.-A.), *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Genève, 1952, p. 126.)

¹²⁹² Discours prononcé par M. le Professeur J. Basdevant (représentant le Gouvernement français), *Lotus*, *Rec. Série C*, 1927, p. 81, cité *supra*, Partie 1. Titre 2 : « nous demandons à la Turquie moins que nous n'avons fait à ce moment ; nous ne lui demandons pas l'abrogation de l'article 6 de son Code pénal ; cela, c'est son affaire. Nous lui demandons seulement – nous serons satisfaits – qu'il ne soit pas appliqué aux Français. Si cette solution est admise, tout le reste est indifférent. Nous nous plaçons uniquement sur le terrain du droit des gens. Nous ne voulons pas nous immiscer dans les particularités de la législation turque. »

¹²⁹³ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 127.

veillera de bonne foi à l'exécution à venir de son obligation. Essentiellement diplomatique, l'assurance de non-répétition est l'équivalent pour l'avenir de ce qu'était la satisfaction pour le passé. Ainsi,

« les Etats-Unis sont d'avis que les assurances et garanties de non-répétition ne peuvent être formulées comme des obligations juridiques, qu'elles ne doivent pas figurer dans le projet d'article sur la responsabilité des Etats et qu'elles devraient demeurer un aspect de la pratique diplomatique. »¹²⁹⁴

Il est vrai qu'il est difficile de voir une obligation juridique là où tant d'imprécision persiste. La garantie de non-répétition, introduite à l'article 30 b) du Projet d'articles de la C.D.I., ne sera une véritable obligation secondaire que dans certains cas – lorsque les circonstances l'exigent – et devront être « appropriées », terme il est vrai très vague. Mais ce contre quoi les Etats-Unis s'insurgent le plus est le caractère afflictif d'une nouvelle obligation, ajoutée à la *restitution in integrum*, de comportement normatif, imposée à titre d'obligation secondaire¹²⁹⁵. Il est vrai qu'on ne voit aucune raison de modifier aussi radicalement la nature de la responsabilité lorsque seuls des faits illicites réalisés dans des situations individuelles ont été mis en cause. La réparation semble suffisante et il n'y a aucune raison de faire peser sur l'Etat une peine supplémentaire. Cette évolution du droit de la responsabilité vers une garantie de la légalité future ne peut se justifier que si elle suit une évolution des obligations primaires de l'Etat. Ce n'est donc pas tant la responsabilité de l'Etat qui change de perspective que ses obligations qui requièrent désormais de lui un comportement normatif.

N'exigeant donc qu'une promesse étatique et non l'adaptation des règles internes, l'objet de ces garanties de non-répétition apparaît alors bien peu adapté à leur fonction. Contrairement à l'opinion de certains¹²⁹⁶, aucune nouvelle obligation juridique n'apparaît ici, susceptible de garantir la légalité future. La Cour refuse d'ordonner la modification du droit interne américain, l'essentiel étant que les Etats-Unis fassent en sorte de « permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité » – que cette règle empêche, justement. Grâce à une assurance purement diplomatique, gage de leur bonne foi, libre à eux de maintenir inchangée l'incompatibilité de leurs règles internes s'ils assurent la primauté du droit international dans les cas individuels – or, ce n'est pas

¹²⁹⁴ C.D.I., commentaires et observations des Gouvernements sur les travaux de la cinquante-troisième session, A/CN.4/515, p. 37.

¹²⁹⁵ C.I.J., Contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique du 27 mars 2000, *LaGrand*, préc., § 171 à 173.

¹²⁹⁶ G. Palmisano considère en effet que « la Cour n'a pas rejeté la requête allemande par la raison que, dans le droit international actuel, il n'existerait aucune règle qui attribue à l'Etat lésé le droit d'obtenir des garanties spécifiques de non-répétition. Au contraire, la cour a accepté la demande de l'Allemagne et par conséquent la thèse selon laquelle l'Etat lésé par un acte illicite aurait, le cas échéant, le droit d'obtenir de l'Etat responsable des garanties spécifiques de non-répétition. ». PALMISANO (G.), « Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire *LaGrand* », *op. cit.*, p. 771

le cas dans cet Etat. Une telle promesse semble bien faible au regard d'une incompatibilité du droit interne. Certes, l'arrêt *LaGrand* est la preuve du droit de l'Etat lésé d'obtenir des garanties de non-répétition, en droit international coutumier¹²⁹⁷. Il n'y a eu en effet aucune discussion relative au *principe* de la demande allemande par la Cour, et les Etats-Unis ne contestaient finalement que la nature des mesures réclamées par l'Allemagne, ayant eux-mêmes anticipé la demande en produisant des garanties jugées satisfaisantes par la Cour. Ils devaient ainsi, selon G. Palmisano, s'y sentir obligés – *opinio juris* – ce qui démontre le caractère coutumier de la règle¹²⁹⁸. Toutefois, n'ayant pour objet qu'une promesse étatique, engagement surnuméraire et redondant par rapport au principe *Pacta* initial, on peine à y voir une véritable obligation secondaire. On sait en effet déjà, sans besoin d'une telle promesse, qu'un fait internationalement illicite ne cause pas l'extinction de l'obligation violée, à laquelle l'Etat responsable demeure tenu malgré ses obligations secondaires¹²⁹⁹. La Cour admet le principe de la garantie de non-répétition, telle une règle de courtoisie devenue juridique. Le fait qu'elle ne doit être fournie que « si les circonstances l'exigent » renvoie à un principe d'équité que la Cour s'estime compétente pour déterminer.

Dans le cas d'une incompatibilité des règles juridiques internes, une telle promesse semble inadaptée à la garantie de la légalité future. Que dire en effet de l'engagement américain de ne plus appliquer la règle de la carence procédurale, engagement limité aux cas de ressortissants allemands, et ce alors même que l'affaire *Bréard*¹³⁰⁰ avait mis en lumière l'existence de cette pratique dans le cas d'un ressortissant paraguayen ? La Cour se comporte ici comme un tribunal arbitral et en oublie sa fonction judiciaire qui, si elle avait été correctement remplie, aurait sans doute prévenu la réitération de cette violation dans le chef de ressortissants mexicains, révélée par l'affaire *Avena*¹³⁰¹. La Cour ne va toutefois pas plus loin dans cette troisième affaire, se satisfaisant de l'engagement américain donné en l'affaire *LaGrand*¹³⁰², alors même que celui-ci n'a pas été respecté. La seule évolution de sa jurisprudence vient de l'affirmation d'un effet de sa décision dépassant peut-être le cas d'espèce¹³⁰³. Mais aucune conséquence n'en est tirée, puisqu'aucune mesure générale n'est ordonnée par la Cour à cette fin. Seule une obligation de comportement normatif est à même de prévenir les faits internationalement illicites à venir. En ordonner au titre

¹²⁹⁷ *Ibid.*, p. 773

¹²⁹⁸ *Ibidem.*

¹²⁹⁹ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 29, p. 7 : « (l)es conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite (...) n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat responsable d'exécuter l'obligation violée ».

¹³⁰⁰ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 124.

¹³⁰¹ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc.

¹³⁰² *Ibid.*, § 149.

¹³⁰³ La Cour énonce qu'« on ne saurait déduire du fait que la Cour a eu à se prononcer uniquement sur le cas de ressortissants mexicains dans le cadre de la présente affaire que les conclusions de cet arrêt sont inapplicables à d'autres ressortissants étrangers se trouvant dans les mêmes conditions aux États-Unis. », *ibid.*, § 151.

d'une garantie de non-répétition aurait certainement été une solution critiquable, faisant peser sur l'Etat une charge excessive par rapport à sa violation initiale¹³⁰⁴, et laissant au juge un trop large pouvoir. Une promesse n'est, on l'a vu, pas plus adaptée à la fonction. Une telle solution ne serait admissible qu'en cas de non-compatibilité du droit interne. Toute différente est en effet cette situation puisqu'aucune obligation générale de *pleine* compatibilité du droit interne ne peut encore être décelée avec certitude. Les garanties de non-répétition devraient ainsi être cantonnées dans ce cas de figure, afin de pallier l'inexistence d'une obligation de comportement normatif tout en préservant la liberté de l'Etat dans la définition des habilitations de leurs propres organes. L'Etat ferait alors la promesse de ne plus appliquer ses règles non compatibles, à charge pour lui de les modifier volontairement s'il souhaite aller plus loin. Un rôle incitatif précieux serait ainsi joué par la responsabilité, sans toutefois imposer d'obligation de comportement normatif.

En présence d'une *incompatibilité* des règles internes, ce sont les garanties de non-répétition elles-mêmes que l'on doit récuser, quelque forme puissent-elles prendre. On sent nettement poindre en droit international un principe général relatif à la compatibilité de ces règles, dont la Cour aurait pu reconnaître la violation du fait de l'état du droit américain. Seule cette solution, relevant des obligations primaires et non secondaires, serait à même de garantir la légalité future. Leur violation déclencherait alors leur renforcement – et non la création de toute pièce d'une obligation de comportement normatif par le juge, comme envisagé précédemment. Durcissement et éventuelle précision des modalités de réalisation des obligations de comportement normatif : voici les mesures propres à garantir la légalité future qu'il nous appartient d'étudier à présent.

B. Durcissement normatif des obligations *de s'efforcer*

Le durcissement des obligations de comportement normatif est, lorsque la compatibilité des règles internes est en question, une solution théoriquement plus satisfaisante que les garanties de non-répétition. Après avoir violé son obligation primaire, fait illicite révélé lors de l'application dans un cas individuel de règles incompatibles (1) ou non compatibles (2), l'Etat devra, *dans un délai raisonnable*, adapter les dites règles, sans attente d'un nouveau cas d'application. D'une obligation *de s'efforcer*, l'obligation de comportement normatif devient *stricte*.

¹³⁰⁴ C'est notamment la solution qui semble être retenue par le Conseil de l'Europe ; on a toutefois analysé la jurisprudence européenne comme reconnaissant un principe, même tacite, relatif à la compatibilité des règles internes aux obligations énoncées par la C.E.D.H. Ces « garanties » sont en réalité l'énoncé d'obligations secondaires relatives à la violation de l'obligation primaire de comportement normatif.

1. Cas de l'obligation relative à la compatibilité des règles internes

Le rôle normatif de la responsabilité apparaît clairement dans le mécanisme européen de protection des droits fondamentaux. Le principe général d'interdiction du droit interne incompatible a en effet, lui-même, une origine jurisprudentielle¹³⁰⁵. Poussant à sa limite extrême sa démarche de durcissement des obligations à la charge de l'Etat, cherchant à tout prix à prévenir les atteintes portées aux droits humains dans des situations individuelles, la Cour a pris le parti d'ériger en fait illicite la simple existence de règles internes incompatibles avec les dispositions de la C.E.D.H., donnant ainsi naissance à un principe général de compatibilité des règles internes au droit européen des droits fondamentaux. Le rôle normatif de la responsabilité, jouant un renforcement des obligations de la Convention par superposition à ces dernières d'une interdiction stricte – bien que non expresse – d'incompatibilité du droit interne est ici frappant. A l'origine en effet, aucune disposition de la C.E.D.H. ne permet de fonder une telle interdiction, les règles internes n'étant mises en cause que lors de leur application à des cas individuels¹³⁰⁶. La Cour européenne reconnaît ensuite fréquemment, dans sa jurisprudence ultérieure, que le fait d'une règle incompatible peut en lui-même heurter la Convention, et ce sans besoin d'une quelconque application. On pourrait donc noter une évolution de sa jurisprudence ; d'obligation secondaire, suite à la violation d'une obligation de s'efforcer à un comportement normatif, la Cour a plus tard considéré que l'obligation relative à la compatibilité des règles internes était *stricte* et pouvait être immédiatement violée. De plus, sortant de sa traditionnelle réserve quant à la précision des obligations secondaires à la charge de l'Etat, la Cour européenne tend aujourd'hui à indiquer à l'Etat qu'il devra rendre son droit interne compatible¹³⁰⁷.

Cette solution pourrait être transposée en droit international général, bien que rien aujourd'hui ne permette de le démontrer. La responsabilité de l'Etat pourrait permettre la transformation d'une obligation de s'efforcer, sur le modèle de l'obligation de prévention, dont le *tempus commissi delicti* n'intervient qu'au jour de la survenance de l'événement à prévenir – en l'occurrence la violation de l'obligation de comportement opératif par un acte d'application – en une obligation stricte violée dès le constat de l'incompatibilité de la règle interne. En matière d'uniformisation, la responsabilité jouerait dès lors un rôle de renforcement de la normativité de l'obligation primaire heurtée.

¹³⁰⁵ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹³⁰⁶ On aurait alors pu entendre cette obligation comme une garantie de non-répétition, ainsi que nous l'évoquions précédemment, voir A.

¹³⁰⁷ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, sur la réforme du contrôle de l'exécution des arrêt de la Cour et son impact sur la jurisprudence de celle-ci.

2. *Cas de l'obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes*

Droit européen de la protection des droits fondamentaux

Est-ce, de même, le cas lorsqu'on est en présence d'une non-compatibilité des règles internes, autrement dit si le droit interne *permet* seulement la violation du droit international ? On a en effet estimé bien délicat d'imposer à l'Etat ce type d'obligation de manière stricte, et rares en étaient les illustrations. Dans le droit de la C.E.D.H., l'obligation relative à la pleine compatibilité est une obligation de s'efforcer : elle n'est violée qu'au jour d'une application concrète¹³⁰⁸. Après avoir démontré, suite à l'application de règles internes habilitant les organes à opérer des écoutes téléphoniques, que ces règles n'étaient pas pleinement compatibles avec l'obligation de protection de la vie privée issue de l'article 8 de la C.E.D.H.¹³⁰⁹, les Etats en violation de leur obligation de comportement opératif mais aussi de leur obligation de s'efforcer à un comportement normatif, devront prendre des mesures d'exécution de l'arrêt de la Cour sur les deux terrains. On considère qu'ici, même si la Cour ne s'autorise pas à dicter aux Etats d'obligation secondaire précise, ils devront modifier leur droit interne de manière à inclure des garanties dans la législation sur les écoutes téléphoniques, voire à restreindre ou interdire leur application. L'Etat doit désormais rendre son droit interne compatible, et ce dans un délai raisonnable. Ledit délai n'est toutefois pas fixé, ce qui laisse toujours persister un doute quant à la normativité de l'obligation en question. Les Etats semblent s'y soumettre, mais sans urgence : la France mit dix-sept mois pour rendre son droit interne sur les écoutes téléphoniques pleinement compatible avec l'article 8 de la C.E.D.H.¹³¹⁰. Prenons, comme autre exemple de règles non compatibles, la législation française permettant des ingérences dans la liberté d'expression des journalistes, dont les applications à des cas individuels ont été déclarées en violation des garanties que prévoit la Convention¹³¹¹. Même si la Cour ne s'est pas prononcée en ce sens, et que la violation n'est née que de la condamnation individuelle, la France a senti que l'arrêt nécessitait une modification du droit de la presse. Le professeur Viney le note : « cette responsabilité est précisément l'instrument choisi pour contraindre les autorités nationales à modifier leur droit positif. »¹³¹² L'auteur considère que la

¹³⁰⁸ Cour E.D.H., arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, préc.

¹³⁰⁹ Cour E.D.H., arrêt du 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, préc., et Cour E.D.H., arrêt du 24 avril 1990, *Huwig c. France*, req. 11105/84, *Série A*, n°176-B. Voir également, pour la Grande-Bretagne, l'arrêt initiateur de cette jurisprudence : Cour E.D.H., arrêt du 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, préc.

¹³¹⁰ Conseil de l'Europe, Mesures communiquées au Comité des Ministres lors de son contrôle de l'exécution des arrêts et des décisions en vertu de la convention, préc., p. 81-82.

¹³¹¹ Cour E.D.H., arrêt du 12 novembre 2007, *Dupuis et autres c. France*, req. 1914/02.

¹³¹² VINEY (G.), *Traité de droit civil (sous la direction de GHESTIN (J.)), Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008, p. 90.

mise en jeu répétée de la responsabilité française devant la Cour européenne « a d'ores et déjà provoqué et provoquera encore des transformations profondes, non seulement de la jurisprudence, mais aussi de la législation interne »¹³¹³. Ceci est particulièrement flagrant dans le cadre de l'organisation de la justice interne. Les violations constituées par des décisions individuelles rendues en violation des garanties du procès équitable – article 6 de la C.E.D.H. – ne prennent pas – officiellement – leur source dans les règles d'habilitation des juridictions, mais en sont tout de même des applications. Un mouvement se dessine alors, dans lequel les Etats sont incités à modifier leur droit interne y relatif.

Toutefois, comment établir avec certitude que la modification du droit interne dans le sens d'une mise en compatibilité de ses règles répond à un sentiment d'obligatorité, à une exigence des arrêts de la Cour, et non à une simple volonté de non-répétition de la violation des obligations de comportement opératif de l'Etat ? En effet, la Cour européenne avait initialement la réserve de ne pas indiquer précisément à l'Etat quelles obligations secondaires étaient à sa charge. La normativité des obligations relatives à la *pleine* compatibilité des règles internes était en outre incertaine¹³¹⁴. Ces exemples auraient ainsi pu, tout aussi bien, être cités à l'appui d'une tendance des Etats à fournir des *garanties de non-répétition*, alors même que la non-compatibilité de leur droit interne n'est pas en elle-même un fait internationalement illicite¹³¹⁵. On en doute toutefois, du fait des raisons avancées plus haut, excluant que de telles obligations puissent naître de la responsabilité de l'Etat, sans appui sur une obligation primaire préexistante heurtée elle aussi. La réforme du système de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne achève de nous convaincre. Dans la procédure dite des « arrêts pilotes », l'accent sera désormais mis sur la non-compatibilité du droit interne, auquel l'Etat devra remédier sous un délai raisonnable et sans attente de nouveaux cas d'application. Elle nous permet ainsi de plaider pour la naissance d'une nouvelle obligation, renforcée, à la charge de l'Etat dont le droit interne s'avère non compatible à ses obligations. Ainsi, dans l'affaire *Sejdovic*, la Cour européenne considère que l'impossibilité de rouvrir une procédure par contumace, en violation de l'article 6 de la C.E.D.H., trouvait sa source dans les règles procédurales italiennes. Si la Cour ne précise pas, dans sa réserve habituelle, les mesures générales à prendre à titre d'obligation secondaire, elle place l'affaire dans la catégorie des « arrêts pilotes »¹³¹⁶. L'apparition d'une obligation *stricte* de

¹³¹³ *Ibidem*.

¹³¹⁴ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹³¹⁵ A côté de l'affaire *Alabama* précitée, *supra*, A, 2.

¹³¹⁶ Cour E.D.H., arrêt du 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req 56581/00, *Rec.* 2006-II. La Cour « (d)it que la violation constatée (...) résulte d'un problème structurel lié au dysfonctionnement de la législation et de la pratique internes occasionné par l'absence de mécanisme effectif visant à mettre en œuvre le droit des personnes condamnées par contumace (...) », non conforme à l'article 6 de la Convention. La Cour dit alors « que l'Etat défendeur doit

comportement normatif, par le jeu de la responsabilité de l'Etat, est confirmée par le Conseil des Ministres, qui estime que si les Etats ne sont pas appelés à vérifier la conformité de « l'ensemble de leur législation, règlements et pratiques administratives existants », une telle obligation existe si l'Etat a fait l'expérience d'un engagement de sa responsabilité devant la Cour suite à l'application de telles règles ou pratiques. Il affirme : « (d)ans les cas où l'arrêt le concerne directement, l'Etat a l'obligation, en vertu de l'article 46 de la Convention, de prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer. »¹³¹⁷

Droit américain de la protection des droits fondamentaux

Ce renforcement normatif est clair dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine, où l'article 2 de la Convention n'a pas tout de suite été utilisé à cette fin. Une interprétation jurisprudentielle a fini par permettre d'y lire une véritable obligation de comportement normatif, stricte cette fois. Dans l'arrêt *El Amparo*, la Cour refuse de voir une violation de la Convention trouvant sa source dans la loi¹³¹⁸. L'évolution sera fulgurante. Elle est des plus notables entre les arrêts *Loayza-Tamayo* et *Suarez Rosero*, très proches chronologiquement. Dans le premier, ce n'est qu'au stade de l'examen des mesures de réparation que la Cour conclut que la loi donnant compétence à des tribunaux militaires pour juger des civils accusés de crime de trahison, est une violation de l'article 2 de la Convention en ce qu'elle prévoit une procédure non compatible avec les exigences du *due process of law*¹³¹⁹. Elle modifie par-là son jugement au fond qui ne comportait pas de telle déclaration et ne visait que le procès, acte individuel d'application. La Cour rappelle la non-compatibilité de la loi péruvienne et énonce que les États ne doivent pas disposer de règles qui permettent la violation des droits reconnus dans la Convention. Elle estime que les lois sont à l'origine du préjudice de la victime, et que le Pérou est obligé, en application de l'article 2 de la Convention, de rendre son droit interne pleinement compatible, modifiant ainsi son arrêt au principal. Elle renvoie à l'arrêt *Suarez Rosero* rendu entre-temps, dans lequel la non-compatibilité d'une loi équatorienne avait été déclarée en elle-même et dès l'arrêt au principal en violation de l'article 2 de la Convention. La présidence de la Cour venait alors de passer aux mains du juge Cançado Trindade, le plus fervent défenseur d'un principe général exigeant que les règles internes

garantir, par des mesures appropriées, la mise en œuvre du droit en question pour le requérant et pour les personnes se trouvant dans une situation similaire à celle du requérant », autrement dit formule une obligation stricte de droit conforme.

¹³¹⁷ Comité des Ministres, recommandation du 12 mai 2004 *sur la vérification de la compatibilité des projets de lois, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les standards fixés par la Convention européenne des droits de l'homme*, REC(2004)5.

¹³¹⁸ C.I.A.D.H., arrêt du 14 septembre 1996, *El Amparo c. Venezuela (réparations)*, préc., § 60.

¹³¹⁹ C.I.A.D.H., arrêt du 27 novembre 1998, *Loayza Tamayo c. Pérou (réparations)*, préc.

soient pleinement compatibles aux obligations internationales de l'Etat. La Cour ordonne alors à l'Etat d'amender la loi péruvienne comme une obligation secondaire. On est en pleine phase de transition : ce qui est initialement imposé à l'Etat en conséquence de sa responsabilité va devenir son obligation primaire. La responsabilité joue ainsi un rôle normatif et permet de dégager, alors qu'elle n'existait pas initialement, une obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes de l'Etat.

Désormais l'Etat se voit ainsi, de façon quasi systématique, préciser des obligations de comportement normatif en cas de violation des droits individuels, dès que l'on peut considérer cette dernière comme permise par son droit interne¹³²⁰. Enoncée au stade des obligations secondaires comme une garantie de non-répétition, cette obligation ne peut véritablement être lue comme telle – et ne peut dès lors recevoir les mêmes critiques. Elle relève en effet d'un renforcement d'une obligation primaire existante, et est toujours fondée sur l'article 2 de la C.A.D.H.¹³²¹ L'Etat était, initialement, soumis à cette obligation *de s'efforcer*, qui ne lui sera rappelée qu'au jour de l'application de ses règles internes à un cas individuel. Elle est alors renforcée, l'Etat devant adopter un comportement normatif propre à rendre son droit interne pleinement compatible dans un délai raisonnable.

Il demeure que ces obligations strictes ne pourront se voir normativement renforcées, le comportement normatif de l'Etat étant exigé indépendamment de la perspective d'une application des règles en question, événement dont la survenance pouvait seule marquer le *tempus commissi delicti*. C'est, de même que dans le cas des obligations relatives à la conformité des règles internes, dans la *précision des modalités de réalisation* que pourrait être trouvée la trace d'un renforcement de l'obligation de comportement normatif initiale. Une telle précision, face à des règles comportant une part d'habilitation des organes internes, est toutefois délicate à dégager et doit être mise en question.

¹³²⁰ C.I.A.D.H., arrêt du 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine et Benjamin c. Trinité et Tobago*, préc., § 217 : la Cour exige de l'Etat qu'il rende son système pénitentiaire pleinement compatible avec les exigences de la Convention ; C.I.A.D.H., arrêt du 11 mars 2005, *Caesar c. Trinidad et Tobago*, préc., § 123 et s. : la Cour demande la modification de la loi permettant la peine de flagellation ; C.I.A.D.H., arrêt du 5 juillet 2006, *Montero Aranguren et autres (Reten de Catia) c. Venezuela, Série C*, n°150, § 144 : la Cour ordonne à l'Etat de rendre pleinement compatibles avec la Convention les règles relatives à l'usage de la force par les autorités nationales, de mettre en place des recours effectifs pour les victimes de détention abusives, ainsi que la mise en place d'organes d'enquête pour les violations des droits de l'homme.

¹³²¹ En ce sens : TIGROUDJA (H.), « Satisfaction et garanties de non-répétition dans la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), MARTIN-CHENUT (K.) (dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière ou modèle ?* Paris, Société de législation comparée, 2010, 334 p., § 6-7.

C. Question de la précision des modalités de réalisation des obligations *strictes*

La violation d'une obligation de comportement normatif, du fait de l'incompatibilité des règles internes avec les obligations classiques de l'Etat, ne semble pas donner naissance à la précision des modalités de sa réalisation, autrement dit à un renforcement de l'obligation primaire. L'Etat reste ainsi libre de modifier l'habilitation de ses organes en elle-même, ou simplement la règle relative à son usage. Il dispose donc toujours d'un choix entre diverses modalités de réalisation d'une obligation qui demeure de comportement *global* (1). Que dire toutefois en cas de manquement à une obligation de comportement normatif du fait de la non-compatibilité du droit interne ? Ces obligations viseraient exclusivement l'habilitation des organes internes, qu'il faudrait ainsi modifier en elle-même¹³²². L'Etat aurait-il le choix entre diverses modalités de réalisation lorsqu'un comportement normatif si précis est requis de lui ? En réalité, soit l'usage de l'habilitation pourra encore être modifié pour satisfaire à la prétendue *pleine* compatibilité du droit interne, soit rien ne pourra davantage être précisé au stade des obligations secondaires. Les solutions admises en droit international permettent ainsi de douter de la normativité de l'obligation primaire (2). Ce n'est, en dernier lieu, que dans la charge d'un contrôle de la modification du droit interne dans le sens de sa mise en compatibilité que pourrait être trouvée une forme de rétribution de ce fait illicite d'une nature si particulière (3).

1. *Cas de l'obligation relative à la compatibilité des règles internes*

L'incompatibilité constitutive de l'illicite affecte une règle composée de deux « éléments » : habilitation d'un organe interne, et prescription relative à son usage. Si une mesure visant l'habilitation en elle-même peut permettre la réalisation de l'obligation (a), l'Etat a toujours la liberté, même si sa responsabilité a été engagée, de n'en modifier que la règle d'usage (b). Il garde le choix des modalités de réalisation de son obligation de comportement normatif, et demeure lié à une obligation de comportement global.

a. Question d'une obligation secondaire de comportement normatif aux modalités déterminées

Ainsi qu'on l'a déjà remarqué à propos des obligations relatives à la conformité des règles internes, à la différence de l'obligation primaire, l'obligation secondaire viserait la production d'une règle déterminée. Cette précision du comportement normatif propre à assurer le résultat

¹³²² Voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2.

requis est-elle applicable aux obligations de comportement normatif du droit public ? Selon J.-F. Flauss,

« l'agencement des compétences des différentes autorités politiques (...) n'échappe pas (...) totalement à l'influence de la Convention. Ainsi l'exécution des décisions de 'condamnation' rendues par la Cour ou le Comité des Ministres mettra-t-elle toujours à la charge des parlements une obligation de légiférer. C'est dire que la fonction législative se trouvera affectée. »¹³²³

Pour l'auteur, il faudrait ainsi adopter un comportement normatif précisément déterminé, relatif aux habilitations du droit interne. Cette solution nous semble au contraire devoir être rejetée. L'Etat conserve le choix des moyens : modifier l'habilitation ou bien la règle relative à son usage. Si l'Etat peut bien entendu décider, volontairement, de rendre ses règles de droit public compatibles avec le droit international, en créant ou retirant des normes d'habilitations de son ordre juridique interne, une telle démarche ne lui sera jamais imposée. Ce qui ne pouvait être exigé de l'Etat au niveau des obligations primaires ne le peut davantage dans le cadre de sa responsabilité¹³²⁴. On doute ainsi que l'obligation relative à la compatibilité des règles internes puisse être précisée : cela reviendrait à imposer à l'Etat une obligation non plus de comportement global mais visant exclusivement l'état de ses règles d'habilitations, d'ordre constitutionnel.

Nulle trace, dès lors, de renforcement de l'obligation primaire. L'Etat reste libre, même lorsque sa responsabilité est engagée, de ne modifier que la prescription d'usage de l'habilitation en cause.

b. Liberté de modification de la prescription d'usage de l'habilitation

Dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour semblait se satisfaire de la promesse de M. Rutenberg de ne pas user de la faculté que lui offrait son contrat d'exiger une expropriation, valant en droit

¹³²³ Voir FLAUSS (J.-F.) ; « La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », *R.U.D.H.*, 1995, vol. 7, n° 11-12, p. 373-383, spéc. p. 375.

¹³²⁴ Ainsi, dans le cadre de la protection européenne des droits de l'homme, les obligations dites « positives » ne pouvaient être entendues comme exigeant de l'Etat la création d'habilitations inexistantes. Par exemple, le Protocole 1 additionnel à la C.E.D.H., qui en son article 2 énonce que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction », ne se voit superposer aucune obligation de comportement normatif qui requièrerait la création d'un enseignement déterminé, mais oblige simplement à offrir la garantie du droit de se servir des outils d'instruction existants (Cour E.D.H., arrêt du 9 février 1967, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (exceptions préliminaires)*, préc., § 3, p. 28 : « il ne peut donc être question d'obliger chaque Etat à créer un tel système, mais uniquement de garantir aux personnes placées sous la juridiction des Parties Contractantes le droit de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné. »). Pour d'autres exemples, voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2.

interne renonciation définitive¹³²⁵. Alors que l'incompatibilité du droit interne était issue de l'obligation faite à l'administration palestinienne de répondre favorablement à une demande d'expropriation faite par ce cocontractant, la mise en compatibilité du droit n'a pas été assurée par le retrait de l'habilitation des organes à exproprier M. Mavrommatis. Or, c'est en jouant sur la faculté offerte à M. Rutenberg de déclencher cette expropriation que la garantie de la légalité a été satisfaite. Autrement dit, l'Etat n'a pas ici touché à l'habilitation des organes ; son droit interne a été modifié d'une autre façon qui permette de réaliser ses obligations internationales, ce que la Cour accepte. L'habilitation des organes internes à exproprier le sujet grec internationalement protégé n'aurait ainsi pas été l'objet de l'obligation secondaire, la Grande-Bretagne étant, toujours par un comportement *global*, obligée de rendre son droit interne compatible avec ses obligations.

Suite à l'arrêt *Dudgeon*, dans lequel nous voyons l'affirmation par la Cour européenne d'une obligation stricte relative à la compatibilité des règles internes aux obligations de protection des droits fondamentaux, le fait illicite était lié à l'existence de règles pénales incriminant les pratiques homosexuelles entre adultes consentants. Le Royaume-Uni sera considéré comme ayant correctement exécuté l'arrêt de la Cour en réformant son droit, sans toutefois toucher à l'habilitation de ses organes¹³²⁶. Seul le champ d'application de l'incrimination pénale a été modifié de manière à ce que l'habilitation ne soit plus employée contrairement à la Convention. Les pratiques homosexuelles entre adultes consentants de plus de 21 ans ne seront ainsi plus réprimées. Il n'était bien entendu pas question de toucher à l'habilitation des organes internes à réprimer les crimes et délits, mais simplement de limiter leur compétence : ces derniers ne peuvent désormais exercer leur pouvoir qu'en accord avec la protection de la vie privée exigée par la C.E.D.H. Nombreux sont les exemples en ce sens¹³²⁷.

Bien entendu, le choix entre diverses modalités de réalisation de l'obligation de comportement normatif reste très restreint. Notamment, on pourrait penser que le retrait de l'obligation d'usage de l'habilitation puisse être une solution satisfaisante, le droit interne passant alors d'incompatible à simplement non compatible. Il suffirait ainsi d'un retrait de cette

¹³²⁵ C.P.J.I., arrêt du 26 mars 1925, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, préc., p. 37 : « Si M. Rutenberg était assez déraisonnable (...) pour nous demander de procéder à l'expropriation, après avoir déclaré qu'il n'en avait pas l'intention, nous ne donnerions aucune suite à sa demande. »

¹³²⁶ Comité des Ministres, résolution finale du 27 octobre 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, DH (83)13. Annexe à la Résolution DH (83) 13 : « Les dispositions de l'ordonnance de 1982 intitulée "*The Homosexual Offences (Northern Ireland) Order*" ont modifié la législation de l'Irlande du Nord; en effet, les actes homosexuels *entre deux adultes consentants* n'ont plus désormais de caractère délictueux. » Nous soulignons.

¹³²⁷ Conseil de l'Europe, Mesures communiquées au Comité des Ministres lors de son contrôle de l'exécution des arrêts et des décisions en vertu de la convention, mise à jour de mai 2006, H/Exec (2006)1, <www.coe.int>.

prescription d'usage pour lui permettre de la laisser inappliquée, et de satisfaire aux obligations internationales de comportement opératif. Toutefois, dans l'exemple précédent d'une loi pénale, habilitation des organes internes à réprimer certains actes avec obligation d'en faire usage, il est tout à fait exclu qu'un Etat laisse soudainement son pouvoir judiciaire libre de son application. Une telle situation, en droit interne, est inenvisageable et contraire au principe d'Etat de droit. Elle n'est alors pas une mesure de garantie de la légalité future admissible. C'est en somme ce que signifiait le refus, par la Cour européenne, de prendre en compte la *désuétude* de la loi britannique incriminant les comportements homosexuels. Cette désuétude pouvait en effet être entendue telle une interdiction de faire usage de la règle en question, ou, tout au moins, d'un retrait de l'obligation d'en faire usage. On remarque d'ailleurs que tel était l'état du droit au Royaume-Uni, puisqu'aucune peine en ce sens n'était plus prononcée. La Cour refusa un tel raisonnement, contraire à l'Etat de droit.

Pas plus que les obligations primaires, les obligations secondaires ne peuvent imposer à l'Etat de modèle d'habilitation de ses organes, limitant son pouvoir constituant. La tendance à transformer l'exigence de compatibilité des règles internes en une exigence de *pleine* compatibilité relève d'un mouvement propre au droit international de la protection des droits fondamentaux. La C.E.D.H. est entrée dans une dynamique d'incitation à l'uniformisation de plus en plus poussée du droit des Etats parties¹³²⁸. Le professeur Cohen-Jonathan souligne et regrette qu'il n'ait pas été institué par ces réformes ce qu'il était justement impossible de faire : « construire l'ordre public européen des droits de l'homme en tranchant des questions d'intérêt général ou en faisant ressortir des enseignements de caractère général, bref en exerçant une fonction quasi constitutionnelle à l'égard des Etats parties comme de l'Union européenne »¹³²⁹, autrement dit construire un ordre intégré qui extraie le droit de la C.E.D.H. de la catégorie des engagements internationaux, imposant aux Etats des obligations relatives à leur organisation constitutionnelle. Seule une incitation en ce sens est perceptible. Les obligations de comportement normatif relatives à la compatibilité des règles internes aux obligations de comportement opératif de l'Etat constituent déjà, en elles-mêmes, le moyen d'en prévenir la violation. Y superposer une garantie supplémentaire de la légalité future, par la précision de modalités de réalisation, est alors

¹³²⁸ Dynamique finalisée par un grand mouvement de réforme dont la dernière évolution reste l'adoption du Protocole n°14 à la C.E.D.H., amendant le système de contrôle de la Convention, Strasbourg, 13 mai 2004, <conventions.coe.int>. Le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010.

¹³²⁹ COHEN-JONATHAN (G.), « Propos introductifs », p. 9-52, in COHEN-JONATHAN (G.), FLAUSS (J.-F.) (dir.), La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme – Le Protocole n°14 et les Recommandations et Résolutions du Comité des Ministres, Actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004 par l'Institut international des droits de l'homme (Institut René Cassin), Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2005, 256 p., p. 16

inenvisable. De manière encore plus flagrante que dans le cas du mécanisme du « droit uniforme » en droit international matériellement privé, les obligations relatives à la compatibilité des règles internes, matériellement publiques, ne sont pas une fin en elles-mêmes. Elles tendent à assurer la pleine exécution des obligations internationales de l'Etat. Il serait vain de chercher à garantir ce qui constitue déjà une mesure de garantie. Une fois durcies pour devenir strictes, ces obligations ne peuvent qu'être *réitérées* et non *précisées*. Cette précision relèverait de l'incitation et non d'une obligation secondaire.

2. Cas de l'obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes

Même lorsqu'étaient expressément énoncées des obligations relatives à la *pleine* compatibilité des règles internes, interdisant à l'Etat l'existence-même de règles permettant la violation du droit international, voire lui imposant la création d'habilitations propres à permettre à ses organes de le respecter, on peinait à y voir davantage que de simples obligations *de s'efforcer*. La question de leur renforcement ne se poserait ainsi même pas, la responsabilité de l'Etat entraînant pour seule conséquence son obligation, cette fois *stricte*, de modifier son droit interne dans un délai raisonnable. L'examen du contenu de la responsabilité de l'Etat est l'occasion de mettre cette opinion à l'épreuve. En effet, les obligations *strictes* relatives à la pleine compatibilité du droit interne sembleraient ne plus exiger de l'Etat un comportement normatif global, mais viser précisément l'état de ses règles d'habilitations. De telles obligations existent-elles véritablement, ou bien l'Etat dispose-t-il toujours d'une option dans la réalisation de son comportement normatif ?

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe énonce que, pour assurer la pleine compatibilité du droit interne, il suffit bien souvent de procéder à des changements de jurisprudence et de pratique. Conformément au système juridique de certains Etats membres, cet état des règles internes pourrait être assuré simplement par l'inapplication des dispositions législatives mises en cause, à condition toutefois qu'elle relève d'une jurisprudence ou d'une pratique constante, autrement dit que cette nouvelle prescription d'usage fasse réellement droit en droit interne¹³³⁰. Une norme coutumière d'interdiction d'application se superposerait à l'habilitation non compatible. Ceci ne semble envisageable que dans des Etats de *Common law*. La simple inapplication, dans les faits, et même pendant une longue période, d'une règle interne, ne

¹³³⁰ *Ibidem*.

préjuge aucunement de l'existence d'une telle norme d'interdiction relative à son usage¹³³¹. Certes, on se place ici dans l'hypothèse de mise en cause de la non-compatibilité des règles internes à l'occasion de leur application à des cas individuels, autrement dit à des obligations de s'efforcer¹³³². Mais cette souplesse du Comité des Ministres dans l'évaluation des mesures de mise en œuvre des obligations secondaires de l'Etat ne permet-elle pas de douter de la normativité de ces dernières, en tant qu'obligations strictes visant spécifiquement les habilitations des organes internes ? Il semble que, même en présence de prétendues obligations relatives à la pleine compatibilité du droit interne, l'Etat ne soit jamais obligé de modifier les habilitations de ses organes internes. Il peut, de même qu'en cas d'obligation relative à la compatibilité simple, limiter la compétence de ses organes d'user de ce pouvoir¹³³³.

Dans le cadre de l'O.I.T., la Grèce, en violation de ses obligations de comportement normatif, avait, on le rappelle, opéré un retour sur la décentralisation de son organisation interne, dans la perspective d'une garantie de la légalité future. On ne peut toutefois considérer cette mesure comme la seule et unique voie de respect de l'éventuelle obligation relative à la pleine compatibilité du droit interne imposée par la convention en cause¹³³⁴. S'agissait-il d'obliger la Grèce à revenir sur le mouvement de décentralisation dans lequel elle s'était engagée, réorganisant ainsi la répartition des pouvoirs entre ses organes de droit interne ? Certes, le Comité tripartite de

¹³³¹ On pense bien sûr à la question de la désuétude, dont la Cour avait refusé qu'elle puisse constituer une véritable prescription quant à l'usage d'une habilitation interne.

¹³³² On rappelle qu'on a exclu qu'une obligation relative à la *pleine* compatibilité des règles internes puisse être imposée hors formulation expresse, ce qui n'est pas le cas dans la C.E.D.H.

¹³³³ La France a ainsi, on l'a vu, modifié son droit relatif aux écoutes téléphoniques, non compatible, par l'édiction d'une nouvelle loi relative au secret des correspondances, ajoutant un article au Code de Procédure pénale entourant de nombreuses garanties (Comité des Ministres, Résolution n°1997-05, renvoyant à la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, entrée en vigueur le 1er octobre 1991.) les interceptions téléphoniques ordonnées par l'autorité judiciaire. Il est peu probable que la violation d'une obligation formulée telle une obligation stricte, ait eu d'autre conséquence, de l'ordre de la précision du comportement normatif à adopter, telle une obligation de retrait de toute habilitation à opérer des écoutes téléphoniques. Cet exemple est toutefois ambigu : bien que traité comme tel par la Cour européenne, il est en effet difficile de voir dans l'autorisation des écoutes téléphoniques une véritable règle d'habilitation, les organes usant de ce prétendu pouvoir ne produisant aucun acte juridique.

¹³³⁴ Au stade des obligations primaires, on avait déterminé que le fait internationalement illicite n'était certainement pas du au fait de l'organisation décentralisée de l'inspection du travail, mais à *une certaine inspection du travail empêchant l'application uniforme du droit du travail sur le territoire grec*. Voir *supra*, Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 : le gouvernement grec aurait certainement pu, comme l'en laissait libre la convention, souhaiter une décentralisation plus poussée de son organisation interne tout en préservant l'uniformité de l'inspection du travail sur son territoire requise. C'est notamment ce qui ressort des rapports du comité rendus à l'égard de la France, laquelle a ratifié la convention sur l'inspection du travail en 1950, puis procédé à une décentralisation poussée de son organisation interne. Celle-ci laisse une large part à l'inspection du travail par les territoires, de manière indépendante. Mais l'uniformité des règles du travail sur de grands principes est assurée par la métropole. La France ne s'est ainsi vue déclarée en violation de ses obligations relatives à cette même convention sur l'inspection du travail que relativement à un cas précis de discrimination entre normes applicables en métropole et normes applicables en Polynésie française, sans que soit remise en cause l'organisation même de l'inspection qui détermine et applique les règles en question. Les services d'inspection du travail décentralisés se surajoutent donc aux services métropolitains sans préjudice de la convention sur l'inspection du travail.

l'O.I.T. créé pour examiner la réclamation d'une association de fonctionnaires qui considéraient la loi grecque sur la décentralisation de l'inspection du travail comme non compatible à la convention y relative a demandé au gouvernement grec d'amender ladite législation¹³³⁵. Le Comité demandait au conseil d'administration de l'O.I.T.

« de prier instamment le gouvernement de la Grèce (...) de prendre les mesures nécessaires pour mettre sa législation en conformité avec les dispositions de la convention n°81, notamment en plaçant l'inspection du travail sous la surveillance et le contrôle d'une autorité centrale »¹³³⁶

L'Etat devrait restaurer la légalité atteinte en prenant des mesures de modification déterminées, qui reviendraient vraisemblablement à retirer un pouvoir discrétionnaire à des organes internes. L'originalité tient ici au fait que cette mesure soit à ce point précisée par le comité – placer l'inspection du travail sous le contrôle d'une autorité centrale. Il s'agirait d'une précision de l'obligation primaire à titre d'obligation secondaire. Toutefois, l'Etat reste à notre sens libre du choix des moyens. La Grèce disposait en effet de divers moyens d'exécuter les recommandations du Comité : modifier l'habilitation en elle-même, autrement dit l'organisation même de l'inspection du travail, ou bien fournir d'autres garanties de l'usage uniforme de cette habilitation, comme l'indique l'adverbe « *notamment* » utilisé par le Comité, signe que la mesure donnée n'était qu'une possibilité parmi d'autres. La Grèce aurait pu persister dans une volonté de décentralisation de son organisation interne, tant que celle-ci lui permettait de remplir ses obligations de comportement *opératif*. Aucune précision de l'obligation n'est en réalité intervenue ici, laquelle aurait été clairement attentatoire à la liberté de l'Etat de s'organiser constitutionnellement. L'Etat n'était selon nous pas obligé de revenir sur ce mouvement de décentralisation, réorganisant ainsi la répartition des pouvoirs entre ses organes en exécution d'une obligation internationale. Il est en effet marquant que, suite à l'adoption de nouvelles lois qui confiaient à nouveau l'inspection du travail à une autorité centrale, la Commission d'experts félicitait le gouvernement grec de sa diligence et de l'attention particulière qu'il avait accordée aux recommandations faites par le comité tripartite, comme si cette démarche avait un caractère extraordinaire. Cet effort est en effet remarquable, et nous ne pensons pas que l'Etat y eût été précisément obligé.

Qu'en est-il toutefois des obligations relevées précédemment, qui visaient en apparence exclusivement l'existence d'habilitations internes, telle l'interdiction de l'institution-même, en

¹³³⁵ Comité tripartite de l'O.I.T., rapport de 1995, *Réclamation alléguant l'inexécution par la Grèce de la convention concernant l'inspection du travail (Fédération des associations des fonctionnaires du ministère du Travail de Grèce), (1947, n°81)*, <www.ilo.org/ilolex>.

¹³³⁶ *Ibid.*, § 31, recommandation b).

droit interne, de la peine de mort, ou bien l'obligation d'habiliter les organes internes à coopérer avec la C.P.I. ?¹³³⁷ Interprétées comme des obligations strictes, exigeraient-elles véritablement de l'Etat le retrait de toute habilitation des organes à la peine de mort, ou bien la création de pouvoirs spécifiques de coopération avec la juridiction pénale internationale ? Le seul exemple de reconnaissance d'une telle obligation *stricte* relative à la pleine compatibilité des Etats, par la mise en cause d'une règle interne non compatible *in abstracto*, avant toute survenance de l'événement à prévenir, nous semble être fourni en droit de l'O.M.C., par l'affaire dite de la *Section 301*. Elle nous donne cependant, à la fois, la preuve flagrante qu'aucune obligation ne peut véritablement viser la règle d'habilitation américaine en elle-même. Les Etats-Unis se contentèrent en effet d'une promesse de ne plus faire usage de l'habilitation non compatible. Cette promesse, engagement international, suffit au Groupe spécial constitué en l'espèce pour garantir la légalité future – en l'occurrence le respect du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. L'Etat n'était donc pas lié par une obligation aux modalités précisément déterminées, que ce soit par son obligation primaire ou l'éventuelle obligation secondaire mise à sa charge du fait de la non-compatibilité de son droit interne. Le Groupe spécial énonce en effet qu'« (o)n peut concevoir *différentes façons* de mettre fin à la violation *apparente*. »¹³³⁸ A son sens,

« (l)'obligation pour les Membres de mettre leurs lois en conformité avec leurs obligations au regard de l'O.M.C. est un élément fondamental du système et, bien qu'elle influe sur le système juridique interne des États, elle doit être rigoureusement respectée. L'exécution de cette obligation doit cependant se faire avec le moins d'ingérence possible. Il faut laisser aux Membres le maximum d'autonomie pour assurer la conformité et, s'il y a plus d'un moyen licite d'y parvenir, ils devraient avoir la faculté de choisir celui qui leur convient le mieux. »¹³³⁹

Si l'O.R.D. considère que cette mise en compatibilité doit passer par des « moyens licites » en droit interne¹³⁴⁰, une certaine incohérence peut être relevée ici : la promesse américaine a bien pour but d'empêcher toute application dans le domaine de l'O.M.C. d'une loi spécifiquement prévue pour cela. Or, le groupe constate que ces déclarations « expriment sans ambiguïté la

¹³³⁷ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹³³⁸ Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur (C.E.)*, préc., § 7.101, nous soulignons.

¹³³⁹ *Ibid.*, § 7.102. On rappelle que l'expression de « mise en conformité » utilisée en droit de l'O.M.C. équivaut à la formulation de l'obligation relative à la *compatibilité* du droit interne, le champ d'action de l'organisation étant matériellement public et n'ayant pas pour objet l'uniformisation du droit privé des Etats membres.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, § 7.103. Dans l'affaire *Inde – Brevets*, une obligation de pleine compatibilité avait été énoncée (même si, à notre sens, elle ne s'appliquait pas au cas d'espèce qui traitait de législations immédiatement exécutoires). L'organe d'appel avait tout de même considéré que les Membres restaient « libres de déterminer comment s'acquitter au mieux de leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC dans le cadre de leurs propres systèmes juridiques. » Organe d'appel, rapport du 19 décembre 1997, *Inde – Brevets (États-Unis)*, préc., § 42 (voir aussi § 69-71).

position officielle des États-Unis, de manière à ce que tous les Membres puissent s'y fier, l'engagement que le pouvoir discrétionnaire du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a été limité de façon à empêcher l'établissement d'une détermination d'incompatibilité avant l'épuisement des procédures prévues dans le Mémoire d'accord. »¹³⁴¹ Une telle promesse ne saurait à notre sens opérer, comme l'affirme le groupe spécial, une parfaite cessation de l'illicite : elle doit en effet être analysée tel un engagement unilatéral dans l'ordre international, et non comme une quelconque modification du droit interne de l'Etat dans le sens d'une mise en conformité. Ces déclarations ne constituent qu'un engagement surabondant par rapport au principe *Pacta initial*, et ceci est tangible dans les termes même du rapport :

« (b)ien qu'elles ne créent pas une nouvelle obligation juridique internationale pour les États-Unis – qui sont déjà liés somme toute par l'article 23 en tant que Membre de l'O.M.C. – elles apportent des éclaircissements et constituent un engagement, au niveau international, concernant certains aspects du droit interne des États-Unis, en particulier la façon dont ils ont mis en œuvre leurs obligations au titre de l'article 23. 2 a) du Mémoire d'accord. »¹³⁴²

Ces propos font douter d'une réelle obligation de cessation de l'illicite à la charge de l'Etat, et abaissent ainsi la normativité de l'obligation relative à la pleine compatibilité énoncée comme obligation primaire. La responsabilité de l'Etat du fait de la non-compatibilité n'a en effet aucun contenu : elle se cantonne dans la réitération de l'engagement international initial, sous la forme d'une promesse unilatérale. Cette absence de véritable obligation secondaire nous permet ainsi de conforter notre point de vue initial : les obligations de l'Etat, même de comportement normatif, ne visent jamais les habilitations pures de ses organes. Les obligations relatives à la pleine compatibilité de leur droit ne seront jamais que des obligations *de s'efforcer*, dont le durcissement précédemment établi au titre d'une obligation secondaire apparaît ainsi tout relatif.

Un cas à part : le droit américain de la protection des droits fondamentaux

La Cour interaméricaine nous semble ici franchir un pas de plus. Lorsqu'elle énonce, au titre des obligations secondaires, l'obligation de l'Etat de rendre son droit interne pleinement compatible avec la Convention, la Cour ne transforme pas simplement une obligation de s'efforcer à un comportement normatif en une obligation stricte. En outre, elle précise cette obligation à tel point que l'Etat ne semble plus libre d'aucun choix. Dans les affaires *Hilaire*,

¹³⁴¹ Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur (C.E.)*, préc., § 7.103-7.104.

¹³⁴² *Ibid.*, § 7.125.

Constantine et Benjamin puis *Caesare* contre Trinité et Tobago, la Cour a relevé que les lois internes de Trinité et Tobago avaient rendu possible les violations des droits individuels constatées. Outre requérir de l'Etat leur modification, si précise soit-elle, la Cour va plus loin : elle remarque que la Constitution de l'Etat ne permettait aucun recours constitutionnel contre les lois en question, et exige alors leur amendement sous un délai raisonnable¹³⁴³. La Constitution protectrice de la loi devient, en elle-même, la cible de l'obligation de comportement normatif. La Cour interaméricaine fait ici véritablement figure d'exception, s'éloignant des solutions admissibles en droit international traditionnel¹³⁴⁴.

Dans tous les autres cas, lorsque la compatibilité des règles internes est objet de l'obligation internationale, si un durcissement normatif est, à la limite, envisageable en cas de manquement à une obligation *de s'efforcer*, il est difficile d'en concevoir une quelconque autre conséquence. Si tout fait internationalement illicite engage la responsabilité de l'Etat, on peine ici à déceler un contenu substantiel à cette responsabilité, même en élargissant le concept de cette dernière vers une fonction purement prospective. Au-delà du redoublement de son obligation de comportement normatif initiale, la seule conséquence que ce fait illicite pourrait entraîner serait d'ordre afflictif : l'Etat auteur du manquement se verrait, dans le cadre de certains mécanismes du droit international, obligé de supporter un contrôle de l'exécution de son obligation de comportement normatif, exerçant sur lui une pression croissante¹³⁴⁵.

¹³⁴³ C.I.A.D.H., arrêt du 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine et Benjamin c. Trinité et Tobago*, préc., § 152 c) : « *The Mandatory Death Penalty Act was declared incompatible with the American Convention and thus any provision that establishes that Act's immunity from challenge is likewise incompatible, by virtue of the fact that Trinidad and Tobago, as a Party to the Convention at the time that the acts took place, cannot invoke provisions of its domestic law as justification for failure to comply with its international obligations* » ; C.I.A.D.H., arrêt du 11 mars 2005, *Caesar c. Trinidad et Tobago*, préc., § 139 : « *Similarly, inasmuch as it immunises the Corporal Punishment Act from challenge, the "savings clause" under Section 6 of Trinidad and Tobago's Constitution is incompatible with the Convention. Therefore, the Court orders the State to amend, within a reasonable time, Section 6 of Trinidad and Tobago's Constitution insofar as that provision denies persons effective recourse to a competent court or tribunal for remedy against violations of their human rights.* », nous soulignons.

¹³⁴⁴ HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 380 et s. Le professeur Tigroudja oppose ainsi le droit international « classique » au droit interaméricain des droits de l'homme, pour révéler que ce dernier, marqué par « la gravité des violations de droits de l'homme dénoncées, n'a, lorsque l'on y regarde de plus près, que peu de choses en commun avec le droit international général » (TIGROUDJA (H.), « Satisfactions et garanties de non-répétition dans la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *op. cit.*, § 1.) On rappelle en effet que la Cour européenne s'est notamment toujours refusé à consacrer un droit de recours à l'encontre des lois, issu de l'article 13 de la C.E.D.H.

¹³⁴⁵ De même que précédemment, le contrôle de l'exécution des obligations de comportement normatif sera envisagé plus en détail au titre des mesures de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat.

3. Obligation de supporter un contrôle de l'exécution de la mise en compatibilité du droit interne

Si, hormis un renforcement de l'obligation primaire, aucune obligation secondaire n'est réellement dégagée suite au constat d'une incompatibilité ou d'une non-compatibilité des règles internes, ces faits internationalement illicites pourront avoir comme effet de déclencher des mécanismes tout à fait spécifiques de surveillance d'exécution des arrêts les constatant, à charge pour l'Etat de les supporter. Au premier rang de ceux-ci figurent les mécanismes de contrôle de L'O.I.T. précités. L'organisation comprenant dans son champ tant des règles de droit privé que de droit public, l'incompatibilité du droit interne peut, au même titre que sa non-conformité, déclencher un contrôle de l'exécution dont la pression ira croissant¹³⁴⁶.

De même aujourd'hui, la procédure dite des « arrêts pilotes » de la Cour européenne des droits de l'homme peut être déclenchée en cas de constat d'incompatibilité ou de non-compatibilité du droit interne. Dans ces arrêts, les défauts structurels de l'organisation interne ayant donné naissance à une violation dans un cas individuel sont désormais mis en porte-à-faux, même si les arrêts de la Cour, visant le plus souvent une violation des droits fondamentaux de la personne dans un cas particulier, sont d'ordinaire seulement déclaratoires. Par cette procédure, une surveillance accrue du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui a pour tâche essentielle de contrôler le respect de l'exécution des arrêts de la Cour, et qui a vu ses moyens nettement renforcés par l'entrée en vigueur du Protocole n°14 à la C.E.D.H.¹³⁴⁷, serait déclenchée. Les mesures générales que l'Etat devrait nécessairement prendre pour répondre à une violation tirée de l'incompatibilité de son droit interne ne sont ainsi pas imposées de manière précise par la Cour, au titre d'une obligation secondaire, mais l'Etat subira parfois une pression forte du Comité des Ministres en ce sens. Cette pression est ainsi qualifiée de « véritable harcèlement »¹³⁴⁸. L'Etat dont le droit interne s'est révélé incompatible se verra également mis au ban de ses pairs par l'adoption de rapports annuels des activités du Comité, rendus publics et dénonçant toute forme de problème structurel. On pourrait percevoir ici une forme de responsabilité quasi répressive. Une demande en interprétation des arrêts de la Cour pourra en outre être opérée, selon le nouvel article 46. 9 de la Convention. Un arrêt de la Cour permettrait ainsi de clarifier certaines questions d'exécution, renforçant ainsi éventuellement la précision des

¹³⁴⁶ On renvoie à nos précédents développements, voir *supra*, Section 1, § 2.

¹³⁴⁷ Protocole n°14 à la C.E.D.H., amendant le système de contrôle de la Convention, Strasbourg, 13 mai 2004, *op cit.*, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010.

¹³⁴⁸ *Ibidem*. On détaillera cette procédure de contrôle dans un prochain titre. Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

modalités de la mise en compatibilité du droit interne. Enfin et surtout, les articles 46. 4 et 46. 5 ouvriront au Comité des Ministres la possibilité de saisir la Cour d'un recours en manquement, en cas de refus d'un Etat partie d'exécuter un arrêt. La voie est donc ouverte à un mécanisme proche du droit communautaire, seul à permettre la sanction d'un Etat suite à l'incompatibilité du droit interne. Si elle s'en rapproche, cette procédure diffère cependant grandement du recours en manquement communautaire dans la mesure où la Cour n'est toujours pas habilitée à imposer une quelconque pénalité financière à l'Etat. Les seules conséquences de tels arrêts seraient l'autorisation du Comité des Ministres à « prendre des mesures » indéterminées par le Protocole. Or, la seule arme dont dispose le Comité est le recours à l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe : suspension du droit de vote, voire expulsion de l'Organisation, autrement dit retrait de l'Etat en question du champ de toute surveillance future du Comité des Ministres. On peut dès lors douter de l'efficacité réelle d'un tel recours en manquement, dont les effets sont ainsi plus politiques que juridiques. En outre, en l'absence d'une sanction financière, tous ces mécanismes semblent davantage ressortir de la question de la mise en œuvre de la responsabilité que de la responsabilité elle-même ; leur dimension afflictive n'est pas assez marquée, au contraire de leur aspect préventif et coercitif¹³⁴⁹.

Seule une procédure toute spécifique pourrait avoir une véritable efficacité, et mérite à ce titre d'être relevée. Elle est relative à la violation de l'obligation de coopération avec les T.P.I.¹³⁵⁰ et la C.P.I.¹³⁵¹. Après constat par le Tribunal ou la Cour, une telle violation peut déclencher l'information du Conseil de sécurité qui peut alors se saisir de la question¹³⁵². Une « sanction » du Conseil de sécurité pourrait donner un réel aspect répressif à la responsabilité de l'Etat du fait de l'incompatibilité de son droit interne. Aucun mouvement en ce sens ne peut toutefois être constaté aujourd'hui, et on doit exclure une intervention du Conseil de sécurité à l'encontre d'un Etat qui violerait son obligation au titre de l'article 88 du Statut de la C.P.I., l'obligeant à la pleine compatibilité de son droit interne avec ses obligations de coopération avec la Cour.

¹³⁴⁹ Cet aspect sera envisagé *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹³⁵⁰ C.S.N.U., résolution du 25 mai 1993, *Tribunal (ex-Yugoslavie)*, préc. al. 4 : « Décide que tous les Etats apporteront leur pleine coopération au Tribunal international et à ses organes (...) et que tous les Etats prendront toutes mesures nécessaires en vertu de leur droit interne pour mettre en application les dispositions de la présente résolution et du Statut... » ; C.S.N.U., résolution du 8 novembre 1994, *Situation concernant le Rwanda (création d'un tribunal international)*, préc., al. 2, identique.

¹³⁵¹ Statut de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9, art. 88.

¹³⁵² Alors que cette procédure est implicite dans le cas des T.P.I., découlant de leur nature d'organe subsidiaire des Nations Unies, création du Conseil de sécurité, elle est expressément affirmée par le Statut de Rome, préc., article 87 : « Si un Etat Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent Statut, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des Etats Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie. »

Conclusion du titre

Traditionnellement réparatoire, la responsabilité internationale de l'Etat semble être une réponse bien peu adaptée à la violation d'une obligation internationale du fait du droit interne, ne causant par essence aucune séquelle concrète. Le caractère abstrait de ce manquement comporte toutefois des degrés, selon le « fait du droit interne » précisément en cause. Ainsi, la production d'*actes juridiques individuels* contraires aux obligations de l'Etat en constitue le degré minimum, seul le caractère juridique du dommage causé l'éloignant d'une responsabilité de contenu classique, à laquelle elle reste tout de même attachée. L'Etat se voit ainsi obligé de restaurer l'état antérieur au fait internationalement illicite, cette *restitutio in integrum* tendant, en principe, à l'annulation de l'acte juridique illicitement créé. Le fait que des règles juridiques internes soient à l'origine de la responsabilité de l'Etat constitue un obstacle à une telle *restitutio*. Certes, les caractéristiques de certaines règles permettent d'envisager leur production et leur maintien comme des faits internationalement illicites, en violation d'obligations requérant pourtant la réalisation de situations individuelles. Mais ces faits illicites se laissent plus difficilement enfermer dans les cases du droit de la responsabilité. Ces cases doivent toutefois être élargies aujourd'hui, afin d'y inclure une fonction de garantie de la légalité future, dépassant l'ordre strictement rétrospectif auquel elles se limitaient. Cette nouvelle responsabilité semble plus adaptée lorsque sont en cause des règles juridiques, et plus précisément lorsque *l'état* de ces règles constitue en lui-même le fait internationalement illicite. Leur non-conformité à des modèles internationalement définis peut alors déclencher des mesures tendant à la restauration de la légalité présente, mais aussi et surtout à la garantie de la légalité future. Le manquement aux obligations de comportement normatif de l'Etat emporte ainsi des conséquences prospectives, exclusives de toute visée de réparation d'un préjudice introuvable. Le contenu de cette responsabilité de l'Etat en apparaît alors évanescent, allant de pair avec le caractère non opératif des faits mis en cause. Cette évanescence atteint son paroxysme dans lorsque l'incompatibilité, voire la non-compatibilité de règles internes avec les obligations « classiques » de l'Etat, autrement dit ses obligations de comportement opératif, sont en cause. Des doutes pourraient ainsi s'élever quant à l'existence d'une telle responsabilité et, plus avant, quant à l'existence même d'une obligation primaire dont la violation n'emporte aucune rétribution tangible. L'étude de la *mise en œuvre* de cette responsabilité nous conduira plus loin dans cette réflexion, nous permettant de déterminer s'il existe même des moyens de faire reconnaître en droit international ce type de faits internationalement illicites.

Titre 2. Mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat

On admet généralement que le fait internationalement illicite de l'Etat entraîne deux séries de conséquences. Les obligations nouvelles à la charge de cet auteur tout d'abord, qui constituent le *contenu* de sa responsabilité. A ces obligations répondaient traditionnellement des droits d'Etats déterminés : les Etats lésés. Dans le cas du manquement à des obligations internationales du fait du droit interne, on a toutefois observé que l'Etat auteur de l'illicite ne devenait pas *ipso facto* partie à une telle relation juridique, et supportait parfois le coût de son manquement sans avoir à offrir de compensation à quiconque en particulier, si ce n'est fournir une garantie de la légalité à l'ensemble des Etats liés par l'obligation violée. On perçoit d'emblée que cette « relation », en réalité unilatérale, pourra difficilement être mise en œuvre, et l'on entre alors dans la seconde série de conséquences de l'illicite en droit international. L'invocation de la responsabilité de l'Etat est en effet soumise à une condition d'intérêt pour agir, extrêmement liée à cette qualité d'« Etat lésé »¹³⁵³. Existe-t-il toujours, lorsque la responsabilité de l'Etat est née du fait d'un conflit entre ses obligations internationales et son droit interne, un moyen de la mettre en œuvre ouvert à un Etat déterminé ? En cas contraire, existe-t-il aujourd'hui de nouveaux moyens de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat, sans passer par les canaux du contentieux international¹³⁵⁴ ?

Parfois qualifiées de « règles tertiaires »¹³⁵⁵, on peut tout d'abord douter que les règles de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat appartiennent au droit de la responsabilité proprement dit¹³⁵⁶. En effet, à la différence des obligations secondaires à la charge d'un Etat auteur d'un fait illicite, les canaux de la mise en œuvre de cette responsabilité ne répondent pas tant à des principes du droit international général qu'à des règles spéciales, énoncées dans les

¹³⁵³ C'est en tout cas ce point de vue qui fut retenu par la C.D.I. qui subordonne l'invocation de la responsabilité de l'Etat à la qualité d'« Etat lésé » : C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 42, p. 10.

¹³⁵⁴ Sur cette distinction entre le droit international « traditionnel » et le droit international « nouveau » dans le domaine de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, voir CASSESE (A.), *International Law, op. cit.*, p. 279-283.

¹³⁵⁵ RIPHAGEN (W.), « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/366, *Ann. C.D.I.*, 1983, vol. II, 1^{re} partie, § 33, p. 8.

¹³⁵⁶ De l'avis de R. Ago, « il est douteux que des questions concernant la présentation des réclamations internationales, le moment et les formes de cette présentation, les moyens à utiliser légitimement à leur appui, la protection diplomatique et d'autres matières rentrant dans le même contexte doivent faire partie d'un projet consacré essentiellement à la définition des règles générales relatives à la responsabilité internationale », C.D.I., rapport à l'A.G.N.U sur les travaux de sa vingt-septième session (5 mai-25 juillet 1975), A/10010/Rev.1, *Ann. C.D.I.*, vol. II, 2^e partie, § 44, p. 61.

instruments conventionnels auxquels les Etats sont liés¹³⁵⁷. Il peut être ainsi difficile de les entendre comme de véritables « règles de fonctionnement » de l'ordre juridique international, sauf à ne pas tant considérer les canaux de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, que les conditions générales de recours à ces canaux, quels qu'ils soient¹³⁵⁸. Ces conditions peuvent aujourd'hui être inscrites en droit de la responsabilité : élargie, cette dernière ne comprend plus exclusivement l'obligation de réparer à la charge de l'Etat auteur de l'illicite, au profit de l'Etat victime. Comme on le sait, et ainsi qu'on a pu le remarquer précédemment, elle entend aujourd'hui répondre à une fonction plus large de protection de la légalité internationale. Les droits conférés à un Etat d'invoquer la responsabilité de l'Etat devant un organe qui en a le pouvoir – autrement dit, un organe juridictionnel ou quasi juridictionnel, qui rendra des décisions obligatoires – doivent ainsi être inclus dans cette « nouvelle relation » à laquelle l'Etat responsable fait désormais partie. On suivra ainsi la C.D.I., laquelle a consacré le troisième titre de son projet d'articles sur le droit de la responsabilité internationale des Etats à cette question¹³⁵⁹, sans toutefois apporter une importance excessive au principe même de son inclusion¹³⁶⁰. En effet, cette mise en œuvre pose dans le cadre de notre sujet des problèmes d'une acuité remarquable, auxquels il nous fallait répondre, qu'ils entrent ou non en droit de la responsabilité proprement dit.

La responsabilité internationale de l'Etat est, en principe, mise en œuvre dans le cadre du contentieux de la réparation. Si ce mécanisme est adapté à l'invocation de la responsabilité de l'Etat du fait de la production et du maintien d'actes juridiques internes contraires au droit international, il ne l'est pas lorsque le fait illicite est issu de l'existence de normes non conformes ou incompatibles avec lui (Chapitre 1.) La responsabilité, élargie et prospective, de l'Etat auteur d'une telle violation ne pourra être mise en œuvre que par des moyens extérieurs à ce contentieux, qu'il nous appartiendra d'étudier dans un second temps (Chapitre 2.)

¹³⁵⁷ Ainsi, W. Riphagen entendait codifier les règles d'un mécanisme supplétif de règlement des différends, auquel les Etats seraient soumis s'ils n'en avaient accepté d'autre (RIPHAGEN (W.), « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/397, *Ann. C.D.I.*, 1986, vol. II, 1^{re} partie, p. 4).

¹³⁵⁸ ARANGIO-RUIZ (G.), « Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/416 et Add. 1, *Ann. C.D.I.*, 1988, vol. II, 1^{re} partie, § 19, p. 10. Le rapporteur estimait alors encore « prématuré » de se prononcer définitivement sur l'inclusion de ces questions au projet, et de leur éventuelle place en son sein, *ibidem*.

¹³⁵⁹ Voir RIPHAGEN (W.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », préc., p. 16-20, et CRAWFORD (J.), « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », préc., § 8 et « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/517, 2001, § 7-20, lequel recentra véritablement la troisième partie du projet d'articles sur des conditions générales de mise en œuvre de la responsabilité.

¹³⁶⁰ Nous sommes consciente qu'elle relève aussi plus généralement du droit du contentieux et de la mise en œuvre du droit international dans son ensemble (voir, par exemple, le plan retenu dans COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*) Ces difficultés ont été soulevées par les Etats lors des travaux de codification (voir, pour leur rappel : CRAWFORD (J.), « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », préc., § 33-38).

Chapitre 1. Mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat par le contentieux de la réparation.

Les requêtes étatiques devant les mécanismes juridictionnels de règlement des différends étant soumises aux conditions de recevabilité établies par le droit du contentieux international, de nombreux obstacles s'élèvent face à une action à l'encontre du fait du droit interne, au nombre desquels figure principalement la notion d'intérêt pour agir. Ces obstacles s'accroissent à mesure que l'acte juridique interne en question gagne en généralité et abstraction. Peut-on en effet arguer d'un intérêt pour agir alors que l'acte mis en cause n'est pas encore exécuté ? Au-delà, peut-on prétendre avoir intérêt à agir à l'encontre de la production et du maintien d'une règle juridique qui ne touche personnellement ni un Etat déterminé ni l'un de ses ressortissants ? On verra que l'intérêt pour agir, et plus largement l'ensemble des conditions de recevabilité du droit international général, élèvent peu d'obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour la production d'actes individuels (Section 1.) Plus difficile en revanche sera la mise en œuvre de la responsabilité du fait des règles juridiques internes, *a fortiori* si elles comportent une part d'habilitation. Des tribunaux internationaux tels ceux de protection des droits fondamentaux s'évertuent toutefois à étendre l'intérêt pour agir de leurs requérants afin de permettre de telles actions (Section 2.). Dans les deux cas, la question de l'épuisement des voies de recours internes sera également centrale, bien que ne figurant pas au titre des conditions générales de recevabilité des actions internationales.

Section 1. Cas des actes juridiques individuels

Deux conditions de recevabilité, suffisamment importantes pour être entendues comme des conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, sont envisagées par la C.D.I. dans son projet d'articles y relatif : l'intérêt pour agir et l'existence d'un différend. Nous élargirons notre étude à l'ensemble des conditions générales de recevabilité tenant à la fonction juridictionnelle, susceptibles de s'opposer à un recours relatif à la responsabilité de l'Etat du fait de la production d'un acte individuel : l'existence d'un différend, la possibilité d'appliquer le droit à un demandeur déterminé, la possibilité de rendre la décision demandée¹³⁶¹ (§ 1). Une condition spéciale, propre à la recevabilité d'une demande en protection diplomatique, sera évidemment aussi l'objet de notre étude (§ 2).

§ 1. *Conditions générales de recevabilité*

Le contentieux de la responsabilité vise à régler un différend, par une décision obligatoire faite en application du droit. A chacun de ces trois éléments de la fonction juridictionnelle peut ainsi se rattacher une condition générale de recevabilité d'une demande en responsabilité, limite de cette fonction. Et chacune de ces conditions de recevabilité pourrait poser un obstacle à la mise en œuvre contentieuse de la responsabilité de l'Etat du fait de la production d'un acte juridique individuel. En effet, un différend doit exister et ne pas être purement abstrait (A) ; pour que le juge soit en mesure d'appliquer le droit, une demande doit être faite par un sujet doté de l'intérêt pour agir (B) ; enfin cette demande doit pouvoir aboutir à une décision obligatoire, sans excéder les pouvoirs du juge (C).

A. Existence d'un différend

La violation d'une obligation internationale de comportement opératif peut être consacrée alors même que l'acte juridique interne individuel contraire n'a pas été exécuté¹³⁶². Partant de ce constat, la production de l'acte en question peut, *a fortiori* être à l'origine d'un différend entre Etats. Il est toutefois utile d'écartier certains obstacles qui ont pu être élevés devant la

¹³⁶¹ Selon la présentation de SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 203 et s.

¹³⁶² Voir *supra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

reconnaissance, dans un tel cas de figure, d'un différend déjà né et pas encore éteint (1), réel et non abstrait (2) et international (3).

1. *Différend actuel*

Différend déjà né

« Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes » affirme la Cour permanente de justice dès 1924¹³⁶³. L'existence du différend peut s'avérer problématique lorsque ce dernier a pour base un acte juridique interne encore inexécuté : les Etats ont-ils réellement été en mesure d'émettre leurs thèses, la contradiction est-elle d'ores et déjà soulevée ? La Pologne soulevait dans l'affaire de la *Haute-Silésie* qu'aucune opposition ne pouvait encore être relevée entre elle et le Gouvernement allemand au sujet des grands fonds ruraux qui avaient seulement fait l'objet d'une notification d'intention d'exproprier. Sans décision d'expropriation subséquente ni, encore moins, d'exécution matérielle d'une telle décision, la requête allemande serait « prématurée »¹³⁶⁴. Il était trop tôt pour qu'un différend puisse déjà s'être élevé, la Pologne n'ayant pas eu le temps de répondre aux allégations allemandes avant la requête introductive d'instance : « (e)n résumé, tant qu'une décision formelle d'expropriation ne sera pas prise, il n'existe pas encore d'opinion du Gouvernement polonais » affirme le défenseur de ce dernier¹³⁶⁵. A l'appui de cette exception préliminaire, venait le renoncement de la Pologne, dans un des cas d'espèce, à toute mesure de liquidation par retrait d'une notification, preuve que l'opinion de la Pologne n'était pas encore définitivement fixée¹³⁶⁶. Cet argument revient à considérer le retrait de l'acte interne litigieux comme l'exécution de son obligation primaire par l'Etat – la Pologne estime que le différend n'est *pas encore né*, et non qu'il disparaît du fait du retrait des actes. Pour la Cour bien au contraire, « il est évident que la contestation soulevée sur le point de savoir si la notification a été faite ou non conformément à (la Convention de Genève) constitue une divergence d'opinion sur l'interprétation et l'application de quelques-uns des articles (...) de la Convention »¹³⁶⁷. Après

¹³⁶³ C.P.J.I., arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine (exceptions préliminaires)*, Grèce c. Royaume-Uni, *Série A*, n°2, p. 11.

¹³⁶⁴ C.P.J.I., arrêt du 25 août 1925, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (exceptions préliminaires)*, préc., p. 24.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, Discours prononcé par M. Mrozowski, *Série C*, p. 44.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, p. 44-45.

¹³⁶⁷ C.P.J.I., arrêt du 25 août 1925, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (exceptions préliminaires)*, préc., p. 25.

avoir admis sa compétence¹³⁶⁸, la Cour jugera la production des actes de notification comme des violations déjà parfaites de la Convention de Genève¹³⁶⁹. Au niveau de la recevabilité, il faut donc admettre que le différend est bel et bien né, dès la production d'actes *susceptibles* d'aller à l'encontre de droits reconnus aux ressortissants allemands par le droit international. Certes il faudrait sans doute attendre un « délai raisonnable » après contestation de l'acte en cause pour admettre qu'un différend puisse s'être élevé¹³⁷⁰. Mais ce délai doit sans doute être apprécié de manière restrictive lorsque les intérêts de sujets internes sont en cause. La conclusion reste identique : la production d'un acte juridique individuel qui peut, à elle seule, constituer un fait internationalement illicite, peut *a fortiori* faire naître un différend entre l'Etat émetteur et l'Etat national du ressortissant visé sans besoin d'attendre sa perfection.

La jurisprudence des tribunaux CIRDI achève de nous convaincre de la satisfaction de ce critère traditionnel de recevabilité par une demande relative à un acte juridique interne individuel inexécuté. Ainsi, dans la sentence *Enron Corporation* de 2004¹³⁷¹, le tribunal conclut qu'une décision fiscale non encore exécutée en vertu d'une suspension juridictionnelle établit en droit interne une obligation de payer, et suffit déjà à créer un différend justifiant la recevabilité de l'action. Pourtant, pour l'Etat défendeur, le différend était hypothétique puisque les taxes n'avaient pas été perçues et pourraient ne jamais l'être¹³⁷². Pour le demandeur en revanche, le montant de la taxe a été fixé et la somme bloquée par la société en attente de paiement. Cette somme n'a pas été perçue uniquement en raison d'une injonction de suspension de la Cour Suprême, mais pourrait l'être à tout moment¹³⁷³, sens dans lequel est allé le Tribunal¹³⁷⁴ : le différend n'est pas hypothétique.

¹³⁶⁸ La question est en effet traitée sous l'angle de la compétence, l'existence du différend étant une condition également posée par la clause compromissoire de la Convention de Genève.

¹³⁶⁹ Ainsi, le retrait de ces notifications n'intervient pas comme l'exécution des obligations incombant à la Pologne au titre de la Convention, mais bien comme l'exécution de son obligation secondaire de restaurer l'état antérieur à une violation par elle déjà commise.

¹³⁷⁰ Tal CIRDI, sentence du 27 juin 1990, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, ARB/87/3.

¹³⁷¹ Tal CIRDI, sentence du 14 janvier 2004, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, § 26 et § 72-74.

¹³⁷² *Ibid.*, § 72, p. 30.

¹³⁷³ *Ibid.*, § 73, p. 30.

¹³⁷⁴ « The Tribunal is mindful of the fact that once the taxes have been assessed and the payment ordered there is a liability of the investor irrespective of the actual collection of those amounts. This means that a claim seeking protection under the Treaty is not hypothetical but relates to a very specific dispute between the parties. Whether there has been a violation of the terms of the Treaty and its eventual extent is an aspect that belongs to the merits. » *Ibid.*, § 74 p. 31.

Différend pas encore éteint

Une fois le différend né, ce dernier doit en outre toujours exister au jour de la décision du Tribunal : cette exigence pourrait poser problème dans notre cas d'espèce. Affranchis de la condition de recevabilité d'épuisement des voies de recours internes, les tribunaux CIRDI peuvent statuer sur des demandes relatives à des actes alors même que des recours sont ouverts à leur encontre, ce qui fut le cas dans la sentence *Siemens AG* de 2004¹³⁷⁵. Peut-être prématurée en ce qui concerne le fond, la demande n'en remplit pas pour le moins la condition de réalité du différend qui peut naître d'une contestation de la production d'un acte individuel interne. C'est davantage l'actualité du différend dont on devrait discuter ici. Puisque des recours sont encore disponibles, on peut imaginer que le sujet interne, demandeur à la procédure internationale, obtienne finalement gain de cause en droit interne et que cette solution suffise à faire disparaître le différend pourtant international porté devant une juridiction du même ordre. Le différend doit en effet persister entre la requête et la décision du Tribunal. Mais si des négociations ou des recours internes – ce qui revient au même dans un cas de figure où l'individu dispose d'un droit de recours direct sans être soumis à l'obligation de leur épuisement préalable – sont toujours possibles, la juridiction ne déclarera pas pour autant la requête irrecevable. Certes, si tel est déjà le cas, le Tribunal pourra constater, à n'importe quel stade de la procédure, que le différend initial s'est éteint et ainsi, à l'instar de la C.I.J., radier l'affaire du rôle¹³⁷⁶, ou déclarer la demande sans objet¹³⁷⁷. Mais il n'a pas à s'en prémunir, et préjuger d'une éventuelle disparition du différend¹³⁷⁸. L'existence de voies de recours internes ou de possibles négociations n'est donc pas un obstacle à la recevabilité de demandes relatives à la production d'actes juridiques internes individuels. Que cette production soit en elle-même un fait internationalement illicite, ou qu'elle ne soit que la composante initiale d'un comportement global parfait au jour d'un déni de justice : ces questions, de fond, ne remettent aucunement en cause l'existence et l'actualité du différend.

En revanche, comme nous l'évoquions à l'instant, si des recours internes ou des négociations internationales ont permis l'annulation de l'acte juridique interne dont la production était le fait prétendument illicite à l'origine du litige, le différend pourra être considéré comme *éteint*. Telle est en effet la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Selon cette juridiction, une

¹³⁷⁵ Tal CIRDI, sentence du 3 août 2004, *Siemens AG c. Argentine (compétence)*, ARB/02/8, § 158-160.

¹³⁷⁶ Par exemple, C.I.J., ordonnance du 15 décembre 1973, *Procès des prisonniers de guerre pakistanais (radiation du rôle)*, Pakistan c. Inde, *Rec.*, p. 347-348.

¹³⁷⁷ C.I.J., arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, Australie c. France, *Rec.* p. 271-272

¹³⁷⁸ En effet, « le fait que des négociations se poursuivent activement pendant la procédure actuelle ne constitue pas un obstacle à l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire », et plus largement par un tribunal international à l'exercice de la fonction juridictionnelle. (C.I.J., arrêt du 19 décembre 1978, *Plateau continental de la mer Egée*, Grèce c. Turquie, *Rec.*, p. 12, § 29).

demande d'un sujet interne ne sera recevable que si le préjudice de ce dernier n'a pas encore été réparé par l'Etat. Il est en réalité question de l'actualité du différend opposant le sujet interne requérant à l'Etat auteur de l'acte individuel qui le vise¹³⁷⁹. L'épuisement des voies de recours internes, à la suite duquel l'acte peut être annulé, va permettre à l'Etat de réparer le préjudice causé et donc de faire disparaître le différend international. Lorsque l'individu bénéficie d'un droit de recours devant une juridiction internationale, le préjudice juridique causé à son Etat national passe au second plan, voire se fond totalement dans le sien. Au-delà, si l'obligation internationale violée est une obligation intégrale que chaque Etat doit respecter y compris en la personne de ses propres ressortissants, le dommage étatique s'efface totalement. Ainsi, l'épuisement des voies de recours internes permet, en cas de protection internationale des droits fondamentaux, de résoudre parfaitement un différend. Si la violation initiale est réparée, il n'entre plus dans la fonction de la Cour d'en connaître. Le requérant ne peut plus se prétendre victime d'un acte juridique interne dont les effets ont cessé rétroactivement¹³⁸⁰. Même si une violation a bel et bien eu lieu¹³⁸¹, le caractère subsidiaire de l'organe international par rapport aux juridictions internes lui interdit de la constater puisque l'Etat a déjà rempli son obligation secondaire de réparation¹³⁸². Il s'agit donc d'un obstacle d'ordre préliminaire à la reconnaissance, par un organe international, d'une violation du droit international du fait de la production d'un acte juridique interne. On comprend aisément cette exception, qui vise à ménager la susceptibilité des Etats : il n'y a que peu d'intérêt à mettre un Etat en porte-à-faux alors qu'il a, de lui-même, rempli son obligation secondaire de réparation et la position inverse n'inciterait pas les Etats à corriger rapidement leurs manquements, ce qui est bien entendu préférable pour les individus¹³⁸³.

2. *Différend réel*

Pour rester ancré dans sa fonction juridictionnelle contentieuse qui seule nous occupe dans ce premier chapitre, un tribunal international doit trancher un différend *réel*. Ce principe est

¹³⁷⁹ Voir *infra*, B., 2.

¹³⁸⁰ Cour E.D.H., arrêt du 10 octobre 2000, *Akkoç c. Turquie*, préc., § 62-68. Dans cette affaire, si la Cour considère que la requérante ne peut plus, du fait de l'annulation de sa sanction disciplinaire, se prétendre « victime » d'une violation, la Cour en tire la conclusion qu'il n'y a pas eu, du fait de la production de cet acte individuel, violation de l'article 10 de la Convention. Cela démontre bien que c'est de l'existence même du différend plus que de l'intérêt pour agir qu'il est question (§ 68 de l'arrêt).

¹³⁸¹ Et ce, malgré les propos ambigus de la Cour, *ibidem*, § 68.

¹³⁸² Pour un autre exemple, Cour E.D.H., décision du 24 juin 2003, *Chukhlova c. Ukraine (Recevabilité)*, req. 56879/00.

¹³⁸³ Une autre condition s'ajoute toutefois pour purger totalement le conflit : la juridiction interne doit avoir reconnu la violation de la convention internationale (Cour E.D.H., arrêt du 15 juillet 1982, *Eckle c. Allemagne, Série A*, n° 51, p. 32, § 69 et s. ; Cour E.D.H., décision du 20 septembre 2001, *Jensen c. Danemark*, req. 48470/99, *Rec.*, 2001-X.)

clairement affirmé par la C.I.J. dans l'affaire du *Cameroun septentrional*¹³⁸⁴ : elle « ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties »¹³⁸⁵. Cela exclut donc toute demande qui ne viserait pas à « redresser l'injustice alléguée » ou « accorder une réparation quelconque »¹³⁸⁶ ; on peut alors douter de la recevabilité d'un recours visant la production d'un acte juridique interne inexécuté, d'autant plus si cet acte a déjà cessé de produire ses effets. Dans l'affaire citée, il était demandé à la Cour de juger de la bonne exécution par le Royaume-Uni de son accord de tutelle, qui avait déjà pris fin. Or une demande visant au simple constat, sans conséquence pratique d'ordre notamment réparatoire, de la violation d'un accord qui n'était plus en vigueur, est irrecevable : aucun différend réel n'existe entre les parties. Dans le cas qui nous occupe, peut-on déterminer la réalité d'un différend alors que le fait potentiellement illicite n'a lui-même eu aucune conséquence pratique, matérielle ?

N. Scandamis, élargissant selon nous les frontières du contentieux international, considère que le jugement déclaratoire remplit dans ce cas de figure une fonction préventive, dès lors que le fait illicite et le préjudice subséquent, non encore intervenus, sont imminents¹³⁸⁷. Nous n'adhérons pas à ces propos, et voyons la production d'un acte individuel non encore exécuté et contraire à une obligation de comportement opératif de l'Etat comme une violation déjà parfaite de celle-ci, générant donc une obligation de réparer¹³⁸⁸. Elle n'est donc pas un obstacle insurmontable à la naissance d'un différend réel. Le jugement déclaratoire n'a pas ici d'« autonomie conceptuelle »¹³⁸⁹, et se résume à un jugement en responsabilité affranchi de demande prestatoire. Des requêtes peuvent ainsi être formulées sans demande de réparation quelconque, en mettant simplement en porte-à-faux l'acte interne en question : telle était celle de l'Allemagne dans l'affaire précitée de la *Haute-Silésie*, qui ne demandait initialement aucune réparation mais seulement le constat de l'illicéité du comportement polonais. Il entre dans la fonction juridictionnelle contentieuse d'émettre des jugements déclaratoires, dès lors qu'ils mettent fin à un différend entre les parties : c'est ainsi qu'a agi la Cour dans son arrêt n°7¹³⁹⁰.

¹³⁸⁴ C.I.J., arrêt du 2 décembre 1963, *Affaire du Cameroun Septentrional (exceptions préliminaires)*, Cameroun c. Royaume-Uni, *Rec.*, p. 15-39.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 33-34.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, p. 33.

¹³⁸⁷ SCANDAMIS (N.), *Le jugement déclaratoire entre États – La séparabilité du contentieux international*, Paris, Pedone, 1975, 335 p., p. 68-69.

¹³⁸⁸ *Supra*, Titre 1, Chapitre 1.

¹³⁸⁹ SCANDAMIS (N.), *Le jugement déclaratoire entre États...*, *op. cit.*, titre de la première partie : « L'autonomie conceptuelle du jugement déclaratoire ».

¹³⁹⁰ C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, préc. Dans son arrêt en interprétation, la Cour a en effet affirmé que « (l)'arrêt n°7 de la Cour est de la nature d'un jugement déclaratoire

L'arrêt ressemble en tout point à un contentieux de la responsabilité, l'unique différence étant que l'Allemagne s'est gardée de demander à la Cour de fixer les obligations secondaires à la charge de la Pologne. Ce fut fait par une requête ultérieure qui donna lieu à un arrêt sur les réparations¹³⁹¹ concernant l'usine de Chorzow ; en ce qui concerne les grands fonds ruraux soumis aux notifications d'expropriation, nul doute que l'obligation secondaire consistait en un retrait de ces dernières sans que la Cour ait besoin de l'exprimer puisque la Pologne avait déjà amorcé un mouvement en ce sens, qui se généralisa. Demander le constat de l'illicéité de la production d'un acte, même inexécuté, règle en définitive un contentieux. Une telle requête, bien qu'en jugement déclaratoire, est donc recevable car elle a de réelles conséquences sur la situation juridique des parties¹³⁹².

Différente en revanche serait une demande totalement abstraite, autrement dit détachée d'un quelconque différend, qui seule est exclue du contentieux international¹³⁹³. Il est donc important de déterminer si, au-delà de l'abstraction de la question posée, la réponse à celle-ci importerait au règlement d'une opposition entre Etats. Ainsi, dans l'affaire du *Territoire de Memel*, la requête introductive d'instance des puissances demanderesses semblait abstraite, en ce qu'elle demandait à la Cour l'interprétation du Statut international de ce territoire administré par la Lithuanie, et, dans un second temps, si la révocation du Président du Directoire de Memel était ou non régulière¹³⁹⁴. D. Anzilotti relève que « la requête, au lieu d'indiquer ce que les demandeurs croyaient avoir le droit d'obtenir de la Cour, pose des questions auxquelles la Cour est priée de répondre comme s'il s'agissait d'un avis consultatif »¹³⁹⁵. Il affirme que « (d)ans l'exercice de sa fonction judiciaire, la Cour ne peut pas répondre à des questions ; elle doit statuer sur des demandes. »¹³⁹⁶ Un jugement y répondant viserait-il à régler un différend, modifierait-il l'attitude future des Etats, autrement dit entrerait-il dans la fonction contentieuse du juge international ? Malgré l'opposition du juge Anzilotti, pour lequel de nombreux points de la requête ne posaient que des questions d'interprétation d'un accord international et auraient dû être déclarés irrecevables¹³⁹⁷, la Cour a accepté de statuer sur la demande, qui avait en réalité trait à la régularité de la révocation du Président du Directoire. L'interprétation du Statut était sans doute un moyen

qui (...) est destiné à faire connaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties » (C.P.J.I., arrêt du 16 décembre 1927, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzow)*, *Série A*, n°13, p. 4-22 p., p. 20)

¹³⁹¹ C.P.J.I., arrêt du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzow (demande en indemnité – fond)*, préc.

¹³⁹² En ce sens, SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, *op. cit.* p. 207.

¹³⁹³ *Ibidem*.

¹³⁹⁴ C.P.J.I., arrêt du 11 août 1932, *Interprétation du statut du territoire de Memel (fond)*, préc., p. 296.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, opinion dissidente de M. Anzilotti, p. 350.

¹³⁹⁶ *Ibidem*.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 349-355.

et non une fin en ce sens. Toutefois, même cette demande pourrait sembler abstraite, si l'on en croit certains auteurs pour lesquels il s'agirait d'une question de légalité du droit interne¹³⁹⁸. La Cour, sans s'attarder sur ce faux problème, n'a pas conclu ainsi. Certes, la requête visait la régularité de certains actes de droit interne mais, bien loin de chercher à juger de leur légalité abstraite, elle s'est bornée à confronter ces actes, pris comme des comportements de l'Etat, à des obligations issues d'une convention internationale¹³⁹⁹, afin de déterminer quel doit être le comportement de l'Etat et mettre ainsi fin à un différend. – le Statut de Memel. Cela ne revient aucunement à régler une question abstraite de légalité : la Cour « n'entend pas dire par là que l'acte (...), même si cet acte est contraire au traité, ait été sans conséquences juridiques dans le domaine interne. »¹⁴⁰⁰

Des demandes apparemment abstraites relatives à des actes juridiques internes peuvent ainsi s'intégrer à la fonction juridictionnelle contentieuse, dès lors qu'elles ont trait au règlement d'un différend réel, et ne peuvent être entendues comme des questions de pure légalité. Le fait que l'acte interne individuel générateur de l'illicéité ne soit pas encore exécuté ne ferait pas davantage de la demande le visant une demande abstraite. On l'a vu : l'acte atteignant des situations juridiques individuelles, il peut être à lui seul générateur d'un différend réel et actuel. Une demande prestatoire, autrement dit en indemnité, n'est définitivement pas nécessaire pour faire entrer la requête dans le jugement contentieux, puisqu'un simple constat de l'illicéité accompagné d'une demande de cessation peut constituer en lui-même une forme de réparation du préjudice juridique. On pourrait donc, tout en repoussant l'idée d'un jugement en légalité, envisager très souplement la question de la réalité du différend. Les jugements relatifs à la licéité de la production d'actes juridiques internes individuels même inexécutés se rapprochent certes d'un jugement déclaratoire. Ils n'en demeurent pas moins ancrés dans le contentieux de la réparation.

3. *Différend international*

Lorsque l'épuisement des voies de recours internes n'est pas une condition de recevabilité de la demande, le caractère international de cette dernière peut être mis en question. Cette

¹³⁹⁸ L. Cavaré conclut à un « jugement en appréciation de la légalité », CAVARE (L.), « Les recours en interprétation et en appréciation de validité devant les tribunaux internationaux », *Z.f.a.ö.R.u.V.*, 1954, p. 482-520, p. 506 ; pour Mme Marek, la Cour se prononce ici sur la « validité d'une règle interne contraire au droit international », MAREK (K.), « Les rapports entre le droit international et le droit interne... », *op. cit.*, p. 281.

¹³⁹⁹ Ainsi, « (!) la Cour croit utile d'ajouter que son rôle (...) se borne à interpréter le Statut de Memel en tant que traité » (C.P.J.I., arrêt du 11 août 1932, *Interprétation du statut du territoire de Memel (fond)*, préc., p. 336.)

¹⁴⁰⁰ *Ibidem*.

condition est fréquemment relevée comme une manière d'internationaliser un différend qui resterait, sinon, ancré dans l'ordre juridique interne, n'opposant qu'un sujet interne soumis à une décision étatique qu'il estime en violation de ses droits. Pourtant, on doit admettre que lorsque la condition de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas imposée, il puisse, comme dans le contentieux CIRDI, exister des différends internationaux. Il ne s'agit pas tant d'une question de recevabilité que d'un examen, *prima facie*, du droit international reconnu au fond aux sujets internes par traité. Comme on l'a vu, les obligations de l'Etat qui visent la réalisation d'une situation individuelle peuvent être de comportement global, ou aux modalités déterminées. Dans ce dernier cas, nul doute qu'une demande visant un acte juridique interne contraire, même encore susceptible d'annulation, relève déjà d'un différend international : la production de l'acte heurte aussitôt le droit international. Différends interne et international coexistent au lieu de se succéder¹⁴⁰¹. Les recours disponibles en droit interne s'assimileraient même, lorsque les individus disposent d'un droit d'action direct devant une juridiction internationale, à un mode alternatif de règlement du différend qui les oppose à un Etat, à la manière du règlement diplomatique face au règlement juridictionnel des conflits opposant des Etats¹⁴⁰².

Une demande contestant la production d'un acte juridique interne individuel, même inexécuté, s'inscrit donc parfaitement dans un jugement contentieux international. Pouvant certes donner naissance à un jugement de type déclaratoire, ce dernier est admissible car il reste formellement ancré dans un contentieux subjectif, et ne se transforme pas en un contentieux objectif de la légalité¹⁴⁰³. Afin d'éviter cet écueil, il est également obligatoire que la partie requérante bénéficie d'un véritable intérêt pour agir, condition de recevabilité qui va nous intéresser à présent.

B. Intérêt pour agir

La recevabilité d'une demande en réparation devant une juridiction internationale est subordonnée, outre à ce que celle-ci ait à trancher un réel différend, à la condition qu'elle puisse effectivement appliquer le droit au cours de cette entreprise. Or l'application du droit ne peut être demandée par tout sujet de droit international ; le demandeur doit, pour cela, avoir qualité pour

¹⁴⁰¹ La sentence *Siemens* précitée le montre bien (Tal CIRDI, décision du 3 août 2004, *Siemens AG c. Argentine* (compétence), préc.).

¹⁴⁰² Voir *supra*, 1.

¹⁴⁰³ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 594.

agir¹⁴⁰⁴. Ont automatiquement qualité pour agir devant une juridiction internationale tous les sujets de droit international *lésés* par une violation du droit international, ainsi que le présente la C.D.I. ; la qualité pour agir sera donc tirée de l'*intérêt* qu'a le sujet à exercer une action en responsabilité. Dans le cas qui nous occupe, cet intérêt pour agir peut être celui de l'Etat (1) ou, désormais, celui directement d'un sujet interne *victime* d'une violation du droit international dans les systèmes où il lui est reconnu un recours devant une juridiction internationale (2).

1. *Intérêt étatique*

a. Intérêt immédiat

En règle générale, seul le titulaire du droit lésé dispose d'un intérêt pour agir, spécial, dont est tirée sa qualité pour agir devant une juridiction internationale¹⁴⁰⁵. Les actions de l'Etat en responsabilité suite à un dommage subi immédiatement par lui ne nécessitent pas d'autre démonstration pour établir leur recevabilité que celle de la « règle du sien » : l'Etat pourra agir pour toute atteinte à « son » territoire, « son » drapeau, mais aussi « ses » agents, missions consulaires et diplomatiques¹⁴⁰⁶, ainsi qu'il était implicitement établi dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*¹⁴⁰⁷. C'est en effet sur ce dernier point qu'un acte juridique purement interne est le plus à même de heurter une règle interétatique, et constituer la base d'une réclamation directe d'un Etat.

Comme on a déjà pu le démontrer, un dommage subjectif est systématiquement causé par la violation du droit international du fait d'un acte individuel interne de l'Etat, lequel heurte, quelle que soit la réciprocité à laquelle obéit l'obligation violée, l'intérêt propre d'un Etat déterminé¹⁴⁰⁸. L'individualisation de l'Etat qui dispose d'un intérêt pour agir n'est toutefois pas toujours évidente. Il est bien sûr des cas où l'agent, voire l'Etat lui-même sera cité. Mais un acte juridique individuel peut heurter l'intérêt d'un tiers intéressé, ce qui est le cas d'un permis de construire touchant les voisins du terrain en question. Imaginons simplement un permis de construire un immeuble bouchant totalement la vue d'une ambassade, compromettant ainsi sa sécurité et utilisation. Nul doute en ce cas que l'Etat étranger aurait intérêt pour agir contre cet acte individuel, si tant est que l'acte en question puisse constituer, avant épuisement des voies de

¹⁴⁰⁴ Cette présentation de la qualité pour agir et de l'intérêt pour agir est empruntée à SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁴⁰⁵ C.I.J., arrêt du 18 juillet 1966, *Affaires du Sud-Ouest Africain (2^e phase)*, Ethiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud, *Rec.*, p. 6-49, § 88 p. 47.

¹⁴⁰⁶ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 217.

¹⁴⁰⁷ C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *préc.*, § 40.

¹⁴⁰⁸ Voir *supra*, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 1, § 1, B.

recours internes, une réelle violation du droit international, ce qui semble en l'occurrence douteux.

En droit du contentieux international, l'intérêt pour agir est une condition de recevabilité des demandes étatiques en responsabilité. L'intérêt pour agir d'un Etat touché par un acte individuel interne sera automatiquement établi s'il peut justifier de son droit initial. Il n'en va pas de même lorsque l'acte individuel vise non pas un Etat étranger, touchant notamment l'un de ses agents, mais un sujet interne. L'intérêt pour agir de l'Etat sera alors soumis à la condition de la nationalité continue : on verra qu'elle ne pose pas de véritable difficulté dans le cas d'une demande relative à la production illicite d'un acte juridique individuel.

b. Intérêt médiat : la condition de nationalité continue

Le sujet interne doit posséder la nationalité de l'Etat qui agit en protection diplomatique au jour du fait internationalement illicite ; c'est l'exigence de la « nationalité à l'origine », accréditant la théorie classique de la protection diplomatique¹⁴⁰⁹. La jurisprudence internationale semble également imposer la règle de la nationalité *au jour de la requête*¹⁴¹⁰, ce qui révèle alors une l'exigence d'une certaine continuité de la nationalité entre ces deux événements.

Cette continuité peut être imposée au sein du *tempus commissi delicti*. On comprend alors aisément que l'exigence n'aura lieu de s'appliquer que dans le cas d'un fait illicite qui s'étale dans le temps. Elle ne pourrait donc s'opposer à la recevabilité d'une demande relative à la production d'un acte individuel que si ce dernier n'était que l'amorce d'un fait illicite complexe, en violation d'une obligation de comportement global de l'Etat¹⁴¹¹. Dans le cadre de ce *tempus commissi delicti*

¹⁴⁰⁹ C.P.J.I., arrêt du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, Estonie c. Lituanie, *Série A/B*, n°76, p. 16 : le droit de protection diplomatique « ne peut nécessairement être exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique ». Ainsi, un Etat ne se voit lésé par la violation du droit international en la personne d'un sujet interne que parce que ce dernier est son ressortissant. Dès lors, deux victimes distinctes d'un même fait dommageable apparaissent : le sujet interne, victime immédiate de la violation du droit international, dont le dommage est avant tout de droit interne, et son Etat national, victime médiata de la violation du droit international en la personne de son ressortissant, dont le dommage, juridique, est international. Voir : WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, PUF (Publication de l'IHEI), 1990, XV-295 p., p. 11-12.

¹⁴¹⁰ Le sujet interne a en effet, dans le temps écoulé lors de l'épuisement des voies de recours internes, pu perdre sa nationalité initiale qui pourtant révèle davantage l'intérêt pour agir de l'Etat en protection diplomatique. Mais l'exigence de nationalité au jour du recours est un pendant à la règle de la nationalité initiale : on évite de ces deux manières qu'un étranger cherche à acquérir un droit qui ne lui appartenait pas au jour du dommage, en préservant au maximum la continuité de la nationalité. Voir, pour un développement : *Ibid.*, p. 227.

¹⁴¹¹ Qui, on le rappelle, vise l'ensemble de l'appareil étatique et ne peut être violée qu'au jour de l'épuisement des voies de recours internes, lorsque la production d'un acte juridique interne contraire à la situation internationalement recherchée se verra doublée d'un déni de justice. Certes ce premier acte juridique interne constitue l'amorce de la violation, parfaite par un déni de justice qui n'y ajoute substantiellement rien. Mais

spécifique, la condition de la nationalité continue exige que le sujet interne atteint par l'acte initial ait eu la nationalité de l'Etat qui exerce ce recours pendant toute la durée de ce comportement global – depuis la production de l'acte juridique individuel jusqu'à son ultime confirmation, afin que puisse s'établir l'intérêt pour agir de l'Etat national. Cette exigence est toutefois éminemment liée au fond de l'affaire, dans la mesure où la nationalité du sujet interne ne pourra être envisagée qu'avec la reconnaissance du caractère continu du fait illicite. C'est ce qu'a affirmé la C.P.J.I. dans l'affaire *Panevezys-Saldutiskis*, rejetant l'exception d'irrecevabilité et renvoyant au fond les discussions relatives à la nationalité¹⁴¹². Cet obstacle ne pourrait en effet s'ériger en cas de violation d'obligations requérant de l'Etat un comportement aux modalités déterminées. Il ne peut donc s'opposer à l'établissement de l'intérêt pour agir en protection diplomatique à l'encontre de la production d'un acte juridique déterminé qui heurterait à elle seule une obligation de l'Etat.

La continuité de la nationalité pourrait toutefois, en outre, s'imposer au niveau procédural, exigeant que le sujet interne ait eu la nationalité de l'Etat qui agit depuis la violation supposée jusqu'au jour de son recours devant une juridiction internationale, sans interruption. Cette règle pourrait alors s'opposer à l'introduction d'un recours à l'encontre de la production d'un acte individuel : si la perfection d'une violation n'est pas soumise à l'épuisement des voies de recours internes, l'introduction d'un recours le sera. Le sujet interne pourrait alors, durant ce laps de temps, perdre sa nationalité initiale. Ainsi, dans la mesure où l'épuisement des voies de recours s'impose presque toujours en préalable, et allonge considérablement le délai entre la production de l'acte interne individuel litigieux et l'éventuel recours international en raison de ce dernier, la voie à une éventuelle modification de la nationalité du sujet interne lésé est grandement ouverte. Cette règle, restrictive de la protection diplomatique, est souvent critiquée¹⁴¹³ en raison de ses effets néfastes sur la protection des droits des sujets internes, puisqu'elle pose un obstacle à la recevabilité d'une action de leur Etat national pour violation de leurs droits internationalement reconnus¹⁴¹⁴. Aujourd'hui, cette règle n'a plus pour justification d'assurer que l'Etat demandeur dispose d'un intérêt pour agir. L'intérêt pour agir naît dès le fait illicite, par la nationalité de

l'épaisseur temporelle du fait internationalement illicite s'étale sur toute la durée du comportement global de l'Etat, allant de la production normative initiale jusqu'à sa confirmation définitive en droit interne. Voir *supra*, Première partie, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 2, § 1, B.

¹⁴¹² C.P.J.I., arrêt du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, préc., p. 17.

¹⁴¹³ WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴¹⁴ « si le dommage infligé à son ressortissant lèse également l'Etat national et lui confère un droit propre, on ne voit pas pourquoi l'individu devrait garder sa nationalité par la suite ; pourquoi le droit de l'Etat serait-il remis en question par un changement de nationalité survenu ultérieurement dans la personne de l'individu lésé » s'interroge à juste titre M. Wyler, *ibid.*, p. 12. Les circonstances expliquant l'apparition d'une telle règle, tenant tant à l'histoire politique du seizième siècle caractérisée par le déséquilibre des forces entre Etats et l'utilisation de la protection diplomatique dans un objectif de pression interétatique plus que de protection des sujets internes, qu'à la perception que l'on se faisait jusqu'au dix-neuvième siècle de l'individu sur la scène internationale, ne jouissant d'aucun droit, ne sont toutefois pas aptes à expliquer sa raison d'être, son contenu (*ibid.*, p. 35-37).

l'individu instantanément concomitante à celui-ci. Non relayée par la jurisprudence internationale¹⁴¹⁵, cette règle ne peut en réalité être entendue comme coutumière et doit être rejetée en raison du danger qu'elle constitue. Aucune barrière supplémentaire n'est donc érigée face à la recevabilité d'une demande relative à un acte juridique interne individuel.

La condition de nationalité n'est bien entendu pas la seule permettant à l'Etat de justifier d'un intérêt pour agir en protection diplomatique d'un de ses ressortissants. Encore faut-il que le sujet interne soit lui-même visé par l'acte juridique dont il est question, autrement dit soit une « victime » de la mesure de l'Etat en cause, condition qui ne nécessite pas d'être examinée indépendamment de celle, identique, imposée directement au sujet interne qui bénéficie, exceptionnellement, d'un droit de recours devant une juridiction internationale.

2. *Intérêt des sujets internes*

a. Intérêt détaché de la démonstration d'un dommage matériel ou moral

Devant les juridictions internationales ouvrant leurs portes aux recours des sujets internes, ces derniers n'en doivent pas pour le moins justifier d'un intérêt pour agir. Est-il parallèle à celui d'un Etat lors d'une affaire interétatique, lequel doit démontrer avoir été « lésé » ? La fonction d'une juridiction répondant à des requêtes étatiques consiste très fréquemment, dans le cadre du règlement de différends entre Etats, à engager la responsabilité de l'un envers l'autre. Constatant un fait internationalement illicite et imposant des obligations secondaires de répartition, elle se conduira en garante de la légalité internationale. Dans le cadre des requêtes individuelles en revanche, le dommage est davantage au centre de la procédure que la protection du droit lui-même. La fonction d'une juridiction internationale est essentiellement centrée sur la protection de droits individuels dont des intérêts de sujets internes découlent immédiatement. Dans le cadre des arbitrages économiques devant le CIRDI, nul doute que la visée essentielle est la réparation d'un préjudice subi par l'investisseur. Eux seuls bénéficient d'un intérêt pour agir dès lors qu'ils remplissent la condition de nationalité d'un Etat partie à la Convention de Washington. Bien entendu, à cela se surajoute une condition, non expressément mentionnée dans cette Convention car évidente : que cet investisseur soit touché par une mesure de l'Etat défendeur. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, ce sont les intérêts des sujets internes qu'il s'agit de protéger au mieux, en accordant aux individus lésés une satisfaction équitable¹⁴¹⁶, alors même que la Cour

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 14 et p. 227.

¹⁴¹⁶ C.E.D.H., art. 50.

se refuse de donner d'autres indications quant au reste des obligations secondaires à la charge de l'Etat. Refusant que les sujets internes s'érigent en procureurs internationaux de violations qui ne les concernent pas, elle subordonne les recours individuels à la qualité de « victime » du requérant¹⁴¹⁷. C'est à cet instant qu'on voit la fonction de protection des droits individuels prendre le pas sur la sauvegarde d'un ordre public, liant nettement illicite et dommage. La Cour considère en effet que « (l)a responsabilité de l'Etat est ainsi tributaire des *deux* conditions distinctes du dommage et de l'illicéité. »¹⁴¹⁸ On retrouve cette condition auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui exige que la violation concrète d'une personne déterminée soit alléguée¹⁴¹⁹.

L'intérêt pour agir des sujets internes n'est toutefois pas lié au préjudice matériel ou même moral subi. Au-delà, un individu peut aujourd'hui affirmer avoir subi un dommage pour la simple violation de son droit, préjudice plus juridique que moral donc. Ainsi la notion de « victime » d'une violation du droit international « désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux » sans qu'il lui soit nécessaire d'arguer l'existence d'un préjudice, qui ne joue aucun rôle sur le terrain de la recevabilité mais seulement au niveau de l'évaluation de la satisfaction à lui accorder¹⁴²⁰. De même devant le CIRDI, une action semble pouvoir être intentée alors que le préjudice ne serait que juridique, bien que ce ne soit jamais le cas en pratique. La qualité de victime est donc attachée, non à l'allégation d'un préjudice quantifiable en termes économiques, mais davantage au fait qu'il a été personnellement visé par une violation du droit international. Cette condition s'avère facilement remplie lorsqu'est en cause un acte juridique individuel. Un sujet interne peut donc se prétendre victime d'un acte juridique interne qui l'atteint personnellement, alors même que cet acte est inexécuté et ne l'a pas effectivement lésé. On pense bien entendu en outre à l'ensemble de la jurisprudence relative aux expulsions d'étrangers : bien qu'encore inexécutées, les décisions d'expulsions individuelles sont justiciables devant la Cour européenne qui pourra ainsi ordonner des mesures provisoires afin, justement, d'éviter cette exécution matérielle¹⁴²¹. Les requérants sont reconnus comme victimes, sans débat, du seul fait qu'ils sont visés par l'acte individuel. Aucune réelle difficulté issue de cette condition de

¹⁴¹⁷ C.E.D.H., art. 34.

¹⁴¹⁸ Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*, Série A, n°49, p. 17. Italiques dans l'original.

¹⁴¹⁹ C.A.D.H., préc., art. 44. C.I.A.D.H., avis du 9 décembre 1994, *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention of Human Rights*, préc., § 42.

¹⁴²⁰ Cour E.D.H., arrêt du 25 juin 1996, *Amuur c. France*, Rec. III, 1996, § 36. La jurisprudence de la Cour interaméricaine n'est pas véritablement pertinente sur cette question, au regard de la gravité des violations qui lui sont soumises. On verra, plus loin, qu'elle n'admet en outre pas la notion de « victime potentielle ».

¹⁴²¹ Ainsi qu'on l'a vu, ces mesures de suspensions ont pu être admises par le Comité des Ministres en lieu et place d'une *restitutio in integrum* (Comité des Ministres, résolution finale suite à l'arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, préc. adoptée après que les autorités françaises se sont engagées à ne pas exécuter l'arrêté d'expulsion illicitement produit.) Elle pourront vraisemblablement être désormais ordonnées par la Cour.

recevabilité ne semble se poser face à une action visant un acte individuel. Deux élargissements de la notion de victime méritent en outre d'être notés, en ce qu'ils permettent un plus large recours contre la production d'un acte individuel inexécuté.

Victime potentielle

La Cour européenne a même assoupli cette condition de victime, intégrant désormais la notion de victime *potentielle*. En réalité, cette notion est polysémique. Lorsque l'acte est individuel, l'expression « victime potentielle » vient lorsque, comme dans l'affaire *Soering*, ce n'est pas réellement la production de l'acte interne qui constitue la violation de la convention mais les effets de cet acte – le traitement de l'individu qui découlera de l'expulsion en pays étranger¹⁴²². Mieux vaudrait parler exclusivement de « violation par ricochet » : au fond, une violation surviendra comme conséquence d'un acte individuel étatique et non comme effet de cet acte. La recevabilité d'une telle demande, relativement à la condition de victime du demandeur, ne faisait en revanche pas réelle difficulté puisqu'il était lui-même touché par l'acte d'expulsion individuel. Reste simplement à voir au fond si la violation par ricochet est admissible. Toute différente est la condition de victime telle qu'envisagée dans l'affaire *Klass*¹⁴²³, où les individus sont cette fois vraiment victimes potentielles, ou virtuelles, d'une loi qui devrait leur être appliquée, sens que nous envisagerons ultérieurement à propos de la recevabilité de demandes visant des règles juridiques internes.

Victime indirecte

Il est en outre envisageable d'exercer un recours, en droit international, contre la production d'un acte qui touche individuellement un sujet interne, alors même que celui-ci n'est pas le destinataire de cet acte. Cette hypothèse se rencontrerait par exemple dans le cas déjà cité d'un permis de construire heurtant les voisins immédiats du terrain en question. Si les juges de Strasbourg refusent par principe toute action d'une victime *indirecte*, ils ont pu admettre qu'une association requérante, non propriétaire d'un film, puisse se prétendre victime directe d'une décision de confiscation de celui-ci¹⁴²⁴. Dans le mécanisme interaméricain de protection des droits fondamentaux, la Commission interaméricaine est nettement plus souple dans l'examen de la

¹⁴²² Cour E.D.H., arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁴²³ Cour E.D.H., arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, préc.

¹⁴²⁴ Cour E.D.H., arrêt du 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. 13470/87, *Série A*, n° 295-A, § 39-40. La Cour admet également les recours en lieu et place d'un sujet interne qui serait dans l'incapacité d'agir, tel l'actionnaire principal d'une société lorsque celle-ci ne peut défendre ses propres droits (Cour E.D.H., arrêt du 24 octobre 1995, *Agrotexim et autres c. Grèce*, *Série A*, n° 330-A).

qualité de victime que son homologue européenne, exigeant simplement que la requête présente *une* victime, sans rechercher si le demandeur est effectivement cette victime-là¹⁴²⁵.

Il faut toutefois tempérer l'absence de lien entre la qualité de victime et l'existence d'un dommage, matériel ou moral, jusqu'ici démontrée.

b. Importance du dommage dans la détermination de l'intérêt pour agir du sujet interne

Les juges de Strasbourg rappellent fréquemment leur rôle subsidiaire par rapport aux juridictions internes, argument qu'ils invoquent pour refuser de connaître de requêtes lorsque le dommage allégué a déjà été réparé par l'Etat, s'empêchant ainsi de reconnaître officiellement certaines violations de la Convention passée. Il n'entre pas dans leur mission de mettre un Etat qui a violé la Convention puis réparé le dommage causé en porte-à-faux. Ainsi pour qu'une requête soit recevable, le sujet interne doit *toujours* disposer de sa qualité de victime. Dans l'arrêt *Eckle c. Allemagne*, la Cour européenne a estimé qu'une décision ou une mesure favorable au requérant suffit à retirer à celui-ci la qualité de « victime » si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation alléguée de la Convention¹⁴²⁶. Il est en réalité question de l'actualité du différend, lequel prend fin par reconnaissance de sa responsabilité par l'Etat et exécution de son obligation secondaire. On pourrait toutefois en déduire que la qualité de victime est attachée au préjudice puisqu'elle s'éteint avec celui-ci. Pourtant cette qualité, au même titre que la violation elle-même, a un caractère immuable. La réparation ne l'efface pas : elle fait disparaître le dommage, mais le droit demeure violé, en la personne d'un sujet interne qui pourrait porter son étiquette de victime à vie quand bien même il se serait vu versé les plus importants dommages et intérêts en compensation de cet état. Simplement, lorsque des actes individuels sont en cause, des actions pour la seule violation de leur droit, passée, ne sont pas envisageables.

L'affirmation selon laquelle l'intérêt pour agir du sujet interne n'est liée qu'à son préjudice juridique et non à son dommage matériel ou moral doit donc être nuancée. De manière assez contestable, la Cour de Strasbourg pose même des obstacles à la recevabilité de requêtes de sujets internes lorsque l'acte individuel supposé contraire à leur droit est privé, seulement *temporairement*,

¹⁴²⁵ Cette ouverture des recours tend essentiellement à permettre aux familles des victimes d'agir en cas de disparition forcée de leurs proches. Par exemple : C.I.A.D.H., arrêt du 19 novembre 1999, *Villagran Morales c. Guatemala*, Série C, n° 36, § 115-116. Voir, pour un développement de la question, HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme...*, p. 138-139, « Victimes collatérales ».

¹⁴²⁶ Cour E.D.H., arrêt du 15 juillet 1982, *Eckle c. Allemagne*, préc., § 66 p. 30-31.

d'effet juridique¹⁴²⁷. Ainsi, lorsque sont en cause des mesures d'éloignement d'étrangers, la Cour a jugé que si des arrêtés étaient suspendus, la qualité de victime ne pouvait plus être reconnue au requérant¹⁴²⁸. Si les exceptions d'irrecevabilité permettent d'écarter des demandes manifestement non fondées, il faut se prémunir contre l'exclusion, par ce biais, de requêtes portant sur une violation caractérisée. Or, lorsqu'un acte est privé d'effet juridique de manière temporaire, il cesse certes d'être exécutoire, mais seulement pour une certaine durée. Si sa production était contraire à l'obligation internationale à charge de l'Etat, sa suspension ne constitue ni la réalisation de l'obligation primaire, ni la réparation de la violation. Le préjudice juridique du sujet interne existe toujours même si la pression à son égard est moins forte du fait de la suspension de l'acte qui le vise. Rappelons que, dans la sentence CIRDI *Enron*, alors qu'une décision fiscale avait fait l'objet d'une suspension judiciaire, l'intérêt pour agir de l'investisseur n'avait pas été remis en cause¹⁴²⁹. Pourtant, on l'a vu, de manière dérogatoire, le système européen de protection des droits de l'homme semble se satisfaire, au titre de réparation, de ce que les Etats suspendent des mesures en violation de la Convention¹⁴³⁰. Il s'agirait, en somme, d'une mesure équivalente à l'annulation, recherchée mais parfois difficile à réaliser. Sans avoir véritablement opéré de mesure de réparation, le préjudice de l'individu deviendrait trop impalpable en cas de privation même temporaire de l'effet juridique d'un acte qui l'affecte pourtant. Si, au fond, l'Etat est en violation de ses obligations pour la simple production d'un acte individuel et le demeure certainement même en cas de suspension des effets de celui-ci, l'individu ne pourrait plus s'en prétendre victime. Ce refus d'octroyer la qualité de victime suite à la suspension d'un acte individuel rejoint toutefois la question de l'épuisement des voies de recours internes. Dans la jurisprudence à laquelle nous faisons référence, c'est essentiellement le fait que l'acte d'expulsion, suite à sa suspension, puisse de nouveau être attaqué devant les juridictions compétentes qui justifie le rejet de la demande¹⁴³¹. La suspension ne fait pas disparaître la qualité de victime, c'est l'existence de

¹⁴²⁷ Cour E.D.H., arrêt du 15 janvier 2007, *Syssoyeva et autres c. Lettonie* (radiation), req. 60654/00, § 92. Cette condition de recevabilité diffère de celle, précédemment évoquée, de l'actualité du différend, qui ne disparaît que par le report de l'acte contraire accompagné d'une reconnaissance par l'Etat de sa violation (voir *supra*, A, 1). Cette question était certes traitée sous l'angle de la notion de « victime », mais seule la présente, relative à la *suspension* de l'acte, entre en réalité dans cette catégorie. La suspension ne fait pas disparaître le différend international.

¹⁴²⁸ Notamment : Cour E.D.H., décision du 18 janvier 2005, *Pellumbi c. France*, préc. ; Cour E.D.H., décision du 5 juin 2007, *Ghosh c. Allemagne*, préc., mais aussi : Cour E.D.H., arrêt du 11 octobre 2001, *Kalantari c. Allemagne* (radiation), préc. ; Cour E.D.H., arrêt du 10 avril 2003, *Mebemi c. France* (n° 2), préc. ; Cour E.D.H., décision du 14 novembre 2000, *Benamar et autres c. France*, préc. ; Cour E.D.H., décision du 18 janvier 2005, *Djemilji c. Suisse*, préc. ; Cour E.D.H., décision du 13 octobre 2005, *Yildiz c. Allemagne*, préc.

¹⁴²⁹ Tal CIRDI, décision du 14 janvier 2004, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, préc., § 26 et § 72-74.

¹⁴³⁰ Voir *supra*, Titre 1.

¹⁴³¹ Cour E.D.H., arrêt du 15 janvier 2007, *Syssoyeva et autres c. Lettonie* (radiation du rôle), préc., § 92-93, et 97-104 ; Cour E.D.H., décision du 13 octobre 2005, *Yildiz c. Allemagne*, préc. ; Cour E.D.H., décision du 15 septembre 2005, *Bonger c. Pays-Bas*, req. 10154/04 (anglais uniquement) ; Cour E.D.H., décision du 5 juin 2007, *Ghosh c. Allemagne*, préc.

nouveaux recours qui a cet effet. L'épuisement des voies de recours internes est une condition de réalisation de l'illicite, non attaché à l'obligation internationale, mais à l'acte en question en droit interne, lequel ne peut être exécutoire sans être également définitif¹⁴³². Cette condition de recevabilité rejoint donc le fond de l'affaire.

En outre, une récente limitation à la recevabilité de requêtes individuelles a été posée, dans le cadre de la C.E.D.H., par le Protocole n°14 la modifiant, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. Le paragraphe 3 de l'article 35 de la Convention permet en effet à la Cour de déclarer irrecevable toute requête individuelle si elle estime « que le requérant n'a subi aucun *préjudice important* »¹⁴³³. On pourrait donc envisager ici un obstacle important face aux actions pour violation de la Convention par la seule production d'actes juridiques internes, qui ne génèrent qu'un préjudice essentiellement moral. Toutefois, cette nouvelle limite est aussitôt tempérée car aucune demande ne pourra être déclarée irrecevable si elle n'a pas pu être examinée par un tribunal interne¹⁴³⁴. Une demande visant un acte juridique interne, certes inexécuté mais encore susceptible de l'être, qui n'a été annulé par aucune juridiction interne, serait donc vraisemblablement recevable même si elle ne faisait pas état d'un préjudice matériel quelconque.

L'intérêt pour agir du sujet interne en droit international, qui se résume surtout par la condition de victime de celui-ci, est donc un obstacle à l'engagement de la responsabilité initiée de l'Etat producteur d'un acte juridique individuel inexécuté contraire à ses obligations. Comme on le verra, il est paradoxalement plus difficile de recourir à l'encontre de la production d'une décision individuelle que d'une règle de droit interne. Les recours introduits contre la première sont détachés de toute considération de protection d'un « ordre public » et ne voient pas leur recevabilité interprétée aussi soupagement.

C. Pouvoir du juge international

Ainsi que nous avons déjà pu l'évoquer, une juridiction internationale n'a pas le pouvoir de déclarer elle-même la nullité d'un acte juridique interne et il est aisé d'interpréter différemment les propos de tribunaux qui semblent s'être engagés dans cette voie. En effet, cette mission n'entre pas dans la fonction juridictionnelle internationale, qui ne peut jouer le rôle d'une juridiction supérieure aux organes internes, et ne dispose de toute façon pas des armes

¹⁴³² Voir Partie 1, Titre 1, *Chapitre 2*, Section 2, § 2, A, 1.

¹⁴³³ C.E.D.H., préc., nous soulignons.

¹⁴³⁴ Protocole n°14, préc., article 12.

nécessaires pour y parvenir. « La juridiction étant internationale, elle tend à l'adjudication des droits internationaux. C'est dans l'ordre international qu'elle exerce ses pouvoirs. Les conclusions tendant à l'annulation des actes internes sont donc irrecevables. »¹⁴³⁵ Il s'agit ici d'isoler clairement les actes juridiques purement internes d'actes juridiques qui, bien que formellement émis par l'ordre juridique interne, n'en déploient pas pour le moins leurs effets dans la sphère internationale. Ces derniers peuvent être « annulés », ou tout au moins connus et déclarés inopposables par une juridiction internationale qui reste dans son domaine de compétence. Une réelle annulation est en outre envisageable si l'on prend en considération les actes des organisations internationales face aux juridictions qui sont en charge de leur contrôle¹⁴³⁶. En ce qui concerne des actes juridiques purement internes toutefois, il est impossible pour une juridiction internationale de répondre à une demande tendant à leur annulation, qui sera ainsi irrecevable.

Dans la sentence CIRDI *Enron*, les pouvoirs du tribunal arbitral ont été discutés par les parties, l'Etat défendeur estimant que la juridiction internationale ne disposait d'aucun pouvoir d'injonction, et ne pouvait entraver une mesure d'expropriation qui relevait de la souveraineté de l'Etat. Le tribunal devrait se contenter de déclarations, établissant si une mesure est ou non licite, et déterminant la compensation correspondante¹⁴³⁷. Le tribunal arbitral a rappelé l'étendue des pouvoirs d'une juridiction internationale, allant bien entendu jusqu'à ordonner des mesures injonctives, telle une obligation de cessation de faits illicites continus. Certes, les investisseurs ne demandent le plus souvent devant le CIRDI que l'indemnisation pécuniaire du dommage qui leur a été causé ; le tribunal arbitral n'en reste pas pour le moins une juridiction internationale qui pourrait, si cela lui était demandé, enjoindre l'Etat de cesser une mesure illicite¹⁴³⁸. Toutefois, dans ces conclusions, il apparaît clair que si le Tribunal affirme disposer en plus de pouvoirs déclaratoires, du pouvoir d'ordonner des mesures relatives à l'exécution de certains actes, il n'en demeure pas moins dans l'impossibilité d'annuler lui-même une mesure étatique¹⁴³⁹. Pouvoir d'ordonner n'est pas pouvoir de faire, et l'on sait que, si une juridiction internationale émet des jugements obligatoires, ces derniers n'en sont pas pour le moins dénués de caractère exécutoire.

¹⁴³⁵ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 249.

¹⁴³⁶ *Ibidem*.

¹⁴³⁷ Tal CIRDI, décision du 14 janvier 2004, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, préc., § 76.

¹⁴³⁸ SCHREUER (C. H.), *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, LXVII-1524 p., § 73.

¹⁴³⁹ Tal CIRDI, décision du 14 janvier 2004, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, préc., § 81 : « The Tribunal accordingly concludes that, in addition to declaratory powers, it has the power to order measures involving performance or injunction of certain acts. Jurisdiction is therefore also affirmed on this ground. What kind of measures might or might not be justified, whether the acts complained of meet the standards set out in the *Rainbow Warrior*, and how the issue of implementation that the parties have also discussed would be handled, if appropriate, are all matters that belong to the merits. »

Tout concorde donc pour qu'une requête visant à l'annulation, par la juridiction internationale, d'un acte juridique interne, soit aussitôt frappée d'irrecevabilité.

Le point de vue selon lequel il existerait en droit international une forme de contentieux de l'annulation d'actes juridiques internes ne nous permet pas d'aller en sens inverse. Les cas cités à l'appui de ce raisonnement s'excluent en effet totalement du contentieux de la réparation¹⁴⁴⁰. Ils seront donc à étudier dans un second chapitre.

Si l'on se limite à observer les pouvoirs du juge international face au droit interne contraire aux obligations qu'il est en charge de préserver, les propos de la CJCE tenus en 1960 dans l'affaire *Humblet* peuvent être tout à fait éloquents. Certes, ainsi qu'on a pu l'évoquer, le système communautaire se rapprochant davantage d'un système fédéraliste que d'une logique internationaliste, la contrariété entre une loi communautaire et du droit interne équivaut, *ipso facto*, à la nullité de ce dernier ou tout au moins à sa paralysie¹⁴⁴¹. En revanche la Cour s'est exprimée sur les pouvoirs du juge communautaire qui vont en-deçà de ceux d'une juridiction internationale classique sur ce point. A une demande visant l'annulation de mesures de taxation d'un fonctionnaire communautaire, contraires au traité CECA qui les faisant bénéficier d'immunités fiscales, la Cour a répondu par une irrecevabilité, affirmant qu'elle n'avait « pas compétence pour annuler des actes législatifs ou administratifs d'un des États membres »¹⁴⁴². Sur ce point, la Cour de Justice des Communautés ne se départ pas fondamentalement d'une juridiction internationale quant à la procédure contentieuse qui en régit le fonctionnement. Gardienne du droit communautaire, « elle est compétente (...) pour statuer sur toute contestation portant sur son interprétation ou son application, mais ne peut cependant, de sa propre autorité, annuler ou abroger des lois nationales d'un Etat membre ou des actes administratifs de ses autorités »¹⁴⁴³. Les propos de ces arrêts viennent donc confirmer cette cause d'irrecevabilité susceptible d'atteindre des requêtes visant la violation du droit international par la production d'actes juridiques internes.

¹⁴⁴⁰ CAVARE (L.), « Les recours en interprétation et en appréciation de validité devant les tribunaux internationaux », *Z.f.a.ö.R.u.V.*, 1954, p. 482-520, p. 505 et s.

¹⁴⁴¹ Voir *supra*, Titre 1.

¹⁴⁴² C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Humblet c. Belgique*, préc., p. 1145.

¹⁴⁴³ *Ibidem*.

§ 2. *Condition spéciale : la règle de l'épuisement des voies de recours internes*

La condition exigée *in limine litis* d'avoir épuisé les voies de recours internes avant d'exercer un recours international, de nature coutumière, est intrinsèquement liée au mécanisme de la protection diplomatique. Exigence procédurale aux fondements multiples, elle peut élever une barrière non négligeable à la mise en œuvre contentieuse de la responsabilité de l'Etat pour la production d'actes juridiques internes de l'Etat (A). Cette condition connaît aujourd'hui un certain recul qui, peut-être, ouvrirait les recours aux demandes visant des actes juridiques internes avant tout épuisement des voies de recours internes disponibles (B).

A. **Obstacle lié au mécanisme de la protection diplomatique**

1. *Fondements de la règle en tant qu'exigence procédurale*

L'épuisement des voies de recours internes peut constituer une règle procédurale attachée au fond, en relation avec une obligation internationale exigeant de l'Etat un comportement global dont la violation ne peut être parachevée que par un déni de justice (a). Elle peut également être strictement procédurale, et alors seulement mettre un frein à une demande visant un acte juridique individuel interne, violation déjà parfaite du droit international (b).

a. Condition procédurale liée au fond du litige

Ainsi que nous avons pu le présenter au début de cette thèse¹⁴⁴⁴, nous retenons une vision mixte de la règle de l'épuisement des voies de recours internes qui, dans certains cas seulement, a pour raison d'être une règle de fond. Condition de recevabilité, elle permet d'examiner si la violation d'une obligation internationale est plausible *prima facie*, en raison de la nature de cette dernière. Requéran un comportement global de l'ensemble de l'appareil étatique de l'Etat, l'obligation à sa charge ne peut être violée qu'au jour de la perfection d'un comportement initial par un déni de justice final. Dès lors, on comprend aisément pourquoi cette condition n'est pas un réel obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait de la production d'un acte juridique individuel : cette production n'étant pas, à elle seule, un fait internationalement illicite, aucune responsabilité ne peut être engagée. L'irrecevabilité d'un recours s'explique par la

¹⁴⁴⁴ Voir *supra*, Première partie, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 2, § 1, A.

certitude, dès l'examen préliminaire de la requête, de son caractère infondé. Elle permet simplement d'éviter des recours prématurés, et n'est pas théoriquement attachée au mécanisme de la protection diplomatique.

En revanche, lorsqu'au fond, l'obligation pesant sur l'Etat impose un comportement aux modalités déterminées, la condition devient purement procédurale.

b. Condition purement procédurale

La violation étant susceptible de naître sans déni de justice se surajoutant à la production d'un acte juridique interne contraire aux obligations étatiques, la condition de l'épuisement des voies de recours internes devient, aujourd'hui, une règle majoritairement procédurale sans lien avec le fond du litige. Liée au mécanisme de la protection diplomatique, elle trouve sa justification, pragmatique, dans l'évaluation du dommage.

Un principe coutumier

Importante règle, voire principe de droit international, l'épuisement des voies de recours internes appartient au domaine coutumier¹⁴⁴⁵. De nombreuses exceptions peuvent aujourd'hui être rencontrées, mais il reste généralement applicable en l'absence de disposition contraire. Dans la sentence *Salem* par exemple, si le tribunal arbitral a pu interpréter l'accord juridictionnel des Etats comme ayant mis cette règle à l'écart, elle demeurerait valable dans le silence des textes¹⁴⁴⁶. L'article 44 du projet définitif d'articles sur la responsabilité de l'Etat de la C.D.I. dispose que « (l)a responsabilité de l'Etat ne peut pas être invoquée si (...) (t)outes les voies de recours internes n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes. » Il est toutefois renvoyé aux travaux sur la protection diplomatique le soin d'établir une définition exhaustive de cette règle¹⁴⁴⁷. C'est donc à ce mécanisme que doit être rattaché ce principe coutumier de mise en œuvre de la responsabilité. En effet, lorsque l'Etat agit en son intérêt immédiat, il n'a bien évidemment pas à se soumettre aux tribunaux d'un Etat étranger comme préalable à un recours, même si la supposée violation a été causée dans l'ordre

¹⁴⁴⁵ Ce principe est rappelé par la C.I.J. dans l'affaire *Interhandel* : C.I.J., arrêt du 21 mars 1959, *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis, *Rec.*, p. 6 et s., p. 27. La Cour l'a qualifié de principe du droit international dans l'affaire *ELSI*, C.I.J., arrêt du 20 juillet 1989, *ELSI*, préc., § 50, p. 42.

¹⁴⁴⁶ Sentence arbitrale du 8 juin 1932, *Salem*, Egypte /Etats-Unis, *RSA*, vol. II, p. 1165-1203, spéc. p. 1189.

¹⁴⁴⁷ CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat...*, *op. cit.*, p. 330.

juridique interne de ce dernier¹⁴⁴⁸. En outre, la règle ne s'applique que lorsque l'Etat agit en protection diplomatique et non en protection d'un intérêt qui le dépasse. Cette distinction a été très tôt opérée par les juges de Strasbourg relativement aux recours des Etats qui peuvent tantôt agir en protection de l'ordre public européen¹⁴⁴⁹, tantôt exercer une action qui se rapproche, l'exigence de nationalité en moins, d'une demande en protection diplomatique. C'est ce qu'exprime la Commission des droits de l'homme dans la deuxième affaire chypriote qui, à la différence de la première, avait trait à des cas précis de violations concrètes. Les recours étatiques devaient alors être épuisés par les victimes en préalable à une action étatique¹⁴⁵⁰. Nul doute ici du caractère coutumier de la règle, puisque la C.E.D.H. énonce, article 35, qu'elle s'applique « tel qu'il est entendu par les principes du droit international généralement reconnus »¹⁴⁵¹.

Une justification pragmatique

Plusieurs raisons sont fréquemment avancées en justification de l'existence de cette condition de recevabilité. Lorsque les justifications n'ont pas trait au fond du litige, elles mettent en avant des arguments pragmatiques, telle la préservation de bonnes relations diplomatiques entre Etats. Il serait en effet peu délicat d'exercer un recours alors même que l'Etat entend annuler l'acte illicitement produit et dédommager l'individu qui en a fait les frais. Si l'annulation de l'acte en question ne permet pas de se soustraire à une illicéité déjà consacrée – si tant est l'obligation assez précise – elle permettrait certainement de mettre fin à un différend, l'Etat défendeur ayant de lui-même rempli son obligation secondaire de réparation en restaurant l'état antérieur à la violation. On comprend dès lors aisément qu'il soit laissé à l'Etat le loisir de réparer le préjudice causé, et l'épuisement des voies de recours internes joue, sur le plan interne, le rôle que les négociations diplomatiques auraient joué à un degré interétatique. Comme si deux niveaux se superposaient, les négociations ne pourraient être considérées en échec tant que l'Etat a encore la faculté, dans son ordre juridique interne, d'accéder à la demande de son pair en réparant le préjudice causé à son ressortissant. Bien entendu, le dommage dont l'Etat cherche réparation dans une action en protection diplomatique est avant tout le sien propre, causé médiatement par l'atteinte portée au droit international de son ressortissant. Ceci étant dit, le préjudice juridique causé à l'Etat est toujours évalué à la hauteur du préjudice concret causé à son national, et sera effacé par la réparation de ce dernier. L'épuisement des voies de recours internes qui ne se

¹⁴⁴⁸ C'est par exemple le cas d'une atteinte à un représentant de l'Etat (C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt...*, préc., § 40) ou à une mission diplomatique (C.I.J., arrêt du 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, préc., p. 3-45.)

¹⁴⁴⁹ Même si cette forme d'action se révèle tout à fait exceptionnelle et en réalité animée d'intérêts autres.

¹⁴⁵⁰ Comm. E.D.H., décision du 12 octobre 1957, *Grèce c. Royaume-Uni (recevabilité)*, req. 299/57, *Ann. Comm. E.D.H.*, 1958-1959, p. 187.

¹⁴⁵¹ C.E.D.H., préc., art. 33 comparé à art. 34.

solderait pas par un déni de justice serait donc à même de satisfaire aux exigences d'un Etat prenant fait et cause pour son ressortissant. Certes la responsabilité de l'Etat auteur du fait illicite n'a pas été reconnue sur la scène internationale, et sans doute, pour voir totalement disparaître le différend interétatique, faudrait-il qu'il fasse une déclaration en ce sens¹⁴⁵². Reste que l'obligation secondaire à sa charge a été remplie et qu'il s'avérerait peu amical d'exercer tout de même un recours contre lui. La voie juridictionnelle aurait sinon le caractère d'un recours punitif. En tout état de cause, si l'épuisement des voies de recours internes ne permettait pas la réparation parfaite du préjudice causé à l'étranger, il serait nécessaire afin d'avoir une vision juste et définitive de ce dernier, et d'arrêter ainsi l'évaluation du préjudice indirectement causé à son Etat national.

2. *Obstacle posé par la règle*

Une obstruction...

La règle de l'épuisement des voies de recours internes peut obstruer une demande en responsabilité du fait de la production d'un acte individuel. Le projet d'article relatif à l'épuisement des voies de recours internes rédigé par la C.D.I. dans le cadre de la codification du droit de la protection diplomatique énonce que doivent être épuisés tous les « recours ouverts de droit aux personnes physiques ou morales devant les tribunaux ou autorités judiciaires ou administratifs ordinaires ou spéciaux »¹⁴⁵³. Dans la sentence *Ambatielos*, il est affirmé que l'ensemble du système de protection juridique de l'Etat doit avoir été sollicité pour conclure à un épuisement satisfaisant. Malgré quelques opinions plus extensives¹⁴⁵⁴, ne doivent en revanche pas être compris dans les recours à épuiser ceux qui ont un caractère discrétionnaire, gracieux¹⁴⁵⁵. Le critère déterminant étant ainsi la juridicité du recours disponible, les recours administratifs ouverts contre un acte juridique interne ne se soustraient donc pas à l'exigence. Dès que la production d'un acte juridique est susceptible d'annulation en droit interne, la recevabilité d'une demande internationale sera mise entre parenthèses. La règle de l'épuisement des voies de recours internes peut donc faire obstacle à la recevabilité d'une action visant la production d'un acte

¹⁴⁵² On a déjà pu évoquer la position de la Cour de Strasbourg pour qui le litige n'est purgé que si l'Etat défendeur répare le préjudice de la victime *tout en reconnaissant la violation de la C.E.D.H* (affaire *Eckle c. Allemagne*, préc.)

¹⁴⁵³ DUGART (J.), « Deuxième rapport sur la protection diplomatique », A/CN.4/514, 2001, Art. 10, p. 3.

¹⁴⁵⁴ SOHN (L. B.) ET BAXTER (R. R.), *Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, Cambridge, Harvard Law School, 1961, VIII-250 p., p. 164. Le projet de Convention de la Harvard Law School semble en effet admettre que des recours tels les recours britanniques en sollicitation du législateur entreraient dans ceux à épuiser. Cet élargissement est contesté : DUGART (J.), « Deuxième rapport sur la protection diplomatique », préc., p. 8.

¹⁴⁵⁵ AMERASINGHE (C.), *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Pbl. Ltd, 1990, 410 p., p. 36.

juridique interne individuel, alors même qu'elle constituerait, au fond, une violation déjà réalisée du droit international.

La complexité des recours individuels contre des actes juridiques internes rend parfois l'entreprise bien délicate. Il faut noter qu'une présomption d'existence de recours pèse, la charge de la preuve contraire incombant au requérant. L'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* l'illustre parfaitement : la Cour permanente refuse en effet de considérer les recours internes épuisés, alors même que l'acte interne de refus de reconnaissance des droits de propriété d'une société, *de jure imperii*, semblait inattaquable. Au demandeur de prouver qu'aucun recours juridique n'était disponible, ce qui s'avère impossible tant que le sujet interne n'a pas exercé un recours soldé par une déclaration d'incompétence des tribunaux internes¹⁴⁵⁶. On pense immédiatement aux actes de gouvernement français, lesquels sont insusceptibles de contrôle administratif. En France, le justiciable bénéficie d'un droit de recours contre les actes de l'administration, lui ouvrant les portes d'une juridictions compétente pour annuler – recours en excès de pouvoir – voire prendre des décisions en lieu et place de l'administration elle-même – recours de plein contentieux. L'exigence d'épuiser ces voies de recours, utiles et efficaces, se justifie donc pleinement. Mais ce n'est toutefois pas le cas partout dans le monde, et le Conseil d'Etat français fait parfois figure d'exception tant son contrôle de l'activité administrative est poussé¹⁴⁵⁷. Lorsque des recours existent mais que leur efficacité est moindre, l'empêchement d'agir au niveau international est plus critiquable.

Pourtant, on doit aujourd'hui admettre qu'une jurisprudence constante niant la compétence des tribunaux pour connaître d'une certaine catégorie d'actes, ou ne fournissant pas au fond de réparation adéquate aux sujets internes, soit suffisante pour se soustraire à l'obligation d'épuisement. Seuls doivent être en effet épuisés les recours réellement *disponibles et efficaces*.

... temporaire

Cette cause d'irrecevabilité ne génère toutefois qu'un éventuel report de la procédure, et non un obstacle irréductible à son examen au fond¹⁴⁵⁸. La demande pourrait être renvoyée devant

¹⁴⁵⁶ C.P.J.I., arrêt du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, préc., p. 19.

¹⁴⁵⁷ BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*. Paris, Dalloz, 2006 (réédition de Delagrave, 1934), 286 p. R. Bonnard explique que la seule conséquence logique d'une constatation d'illégalité est l'annulation de l'acte. La réformation ou substitution va plus loin : c'est une formation de droit, p. 81.

¹⁴⁵⁸ La meilleure illustration est fournie par la Commission interaméricaine qui, bien qu'appliquant certainement la même version « édulcorée » de la condition de l'épuisement des voies de recours internes que son

l'instance internationale dès le déni de justice prouvé. Frein plus que barrière, la règle de l'épuisement des voies de recours interne semblerait plutôt juste. Il faut également noter que l'épuisement ne s'oppose pas à l'attaque d'un acte inexécuté : même après épuisement des recours contre ledit acte, si ce dernier persiste, une demande le visant pourra être exercée alors que son exécution matérielle ne sera toujours pas survenue.

On pointe toutefois le doigt sur le risque que comporte l'attente en la matière. En premier lieu, la juridiction administrative française a beau, au fond, être largement compétente, des problèmes de délais sont fréquemment soulevés. On imagine donc que la procédure internationale puisse en réalité être reportée pour de longues années, risquant entre-temps l'aggravation du dommage subi par la simple production de l'acte individuel. En outre, l'exécution, généralement suspendue en cas de recours devant les tribunaux internes, devient imminente dès lors que ces derniers sont épuisés. La juridiction internationale devrait prononcer des mesures conservatoires pour les éviter, mais on sait le sort que certains Etats en font. Les délais de procédure rendent la juridiction bien peu à même d'éviter la survenance d'un dommage plus grand que celui, purement moral, causé par la seule production d'un acte juridique individuel, qui sera nécessairement induit par l'exécution concrète de ce dernier.

Enfin, il faut rappeler qu'une certaine diligence du sujet interne est requise en la matière. Si ce dernier laisse écouler, par manque d'information, le délai légal d'action à l'encontre de l'acte juridique qui le vise, délai nécessaire pour préserver une certaine sécurité juridique, la juridiction considérera certainement les recours comme non épuisés, et ce de manière irrévocable. L'épuisement est en effet à la charge du demandeur, et si la faillite dans cette entreprise lui incombe, par des arguments inadaptés ou des délais non respectés, les voies de recours internes, bien que recherchées, ne seront pas considérées comme épuisées par la juridiction internationale. Dans ce cas de figure, cette décision sera irrévocable et la demande internationale à jamais rejetée sauf à imaginer une possibilité de réouverture d'un procès clos en droit interne.

Reste à préciser que la règle de l'épuisement des voies de recours internes est, dans le cadre de la protection diplomatique, à la disponibilité de l'Etat défendeur qui peut choisir de ne pas y soumettre son adversaire. La C.I.J. l'a rappelé dans l'affaire *ELSI*, tout en rejetant toute

homologue européenne, adopte ici une attitude pragmatique qui pourrait même être transposée en droit international général : au lieu de se désaisir d'une affaire lorsque la condition n'a pas été remplie, elle se contente de la mettre en attente, le temps que le requérant termine d'épuiser les recours. Voir, pour plus de détails : HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme...*, p. 169.

possibilité d'exclusion tacite de cet important principe du droit de la protection diplomatique¹⁴⁵⁹. Ce n'est qu'hors de ce cadre qu'il pourrait être remis en cause, ainsi que nous allons l'étudier à présent.

B. Recul de la protection diplomatique

Intrinsèquement liée au mécanisme de la protection diplomatique, la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne trouve pas, par principe, à s'appliquer hors de ce cadre. Le recul de la protection diplomatique, observé dans certains recours étatiques (2) mais surtout causé par l'amplification des recours directs des sujets internes sur la scène internationale (1), a pour corollaire le recul de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, permettant ainsi d'accélérer une demande en responsabilité pour la production d'un acte juridique interne.

1. Intérêt pour agir immédiat des sujets internes : le recours individuel.

C'est dans le cadre des recours individuels exceptionnellement ouverts que l'on s'aperçoit de la disponibilité de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Les États choisissent le plus souvent de ne pas y soumettre les sujets internes, ainsi que l'illustre le contentieux devant les tribunaux arbitraux mixtes et de protection des investissements (a.). La règle s'applique en revanche devant les juridictions permanentes de protection des droits de l'homme (b.)

a. Tribunaux arbitraux

Non liée au mécanisme de la protection diplomatique, auquel se substitue un droit de recours direct du sujet interne lésé, l'exigence d'épuisement des voies de recours s'applique de manière contingente et non plus coutumière. Les États décideront donc, au moment de l'établissement d'un droit de recours individuel, si la règle s'applique ou non. Confirmation sera donnée par compromis ou clause compromissoire.

La Convention de Washington précise en effet, article 26, que les États contractants peuvent simplement exiger, comme condition limitative de leur engagement à se soumettre à

¹⁴⁵⁹ C.I.J., arrêt du 20 Juillet 1989, *ELSI*, préc., § 50 p. 42 : « La Chambre ne doute pas que les parties à un traité puissent convenir, dans son texte, soit que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquera pas aux demandes fondées sur de prétendues violations de ce traité, soit confirmer qu'elle s'appliquera. Mais la Chambre ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée. »

l'arbitrage CIRDI, que les recours internes soient épuisés¹⁴⁶⁰. *A contrario*, si aucune stipulation expresse n'est faite en ce sens, la règle ne s'applique donc pas. Rares sont les T.B.I. qui posent l'obligation de s'y soumettre, et divers problèmes se posent alors, ainsi que l'illustre la sentence *Siemens*¹⁴⁶¹. Alors la difficulté est la suivante : ne peut-on pas douter de la réalité d'un différend dès lors que l'investisseur a fait auparavant appel aux juridictions internes qui l'ont indemnisé ? Certainement, s'il a reçu une juste indemnisation, il n'est plus lésé. Pourtant, ses recours sont encore recevables, et il ne s'agira que de déterminer si l'indemnisation était ou non suffisante. Les recours deviennent concurrents, sans qu'aucune règle de conflit ne vienne donner une solution à ce problème. Rien n'empêche donc, sauf cas particulier, d'exercer immédiatement un recours suite à la production d'un acte juridique interne individuel, alors même que des recours sont disponibles en droit interne, voire pendants. Cette solution a le mérite d'éviter à l'investisseur requérant les désagréments dont nous avons fait mention précédemment. Elle a toutefois l'inconvénient de permettre, éventuellement, à un sujet interne de bénéficier de deux réparations si jamais il choisit de faire valoir son droit en droit interne en parallèle de la procédure internationale. Dès lors, certains traités posent, au fond, une alternative : l'investisseur a le choix entre demander réparation interne, ou réparation internationale – c'est la « *fork-in-the-road* » *provision*¹⁴⁶². Le recours international devient alors exclusif des recours internes.

Il en va de même devant l'ensemble des tribunaux arbitraux mixtes qui ont pu être institués, donnant aux sujets internes lésés un droit de recours direct. C'est dans les engagements juridictionnels des Etats que l'on trouve mention du sort réservé à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, le plus souvent exclue. Il en va ainsi du Tribunal arbitral pour la Haute-Silésie, qui a pu prendre acte d'une convention avec clause compromissoire prévoyant qu'il trancherait directement les litiges relatifs aux droits individuels¹⁴⁶³. De même, le Tribunal irano-américain des différends n'exige pas l'épuisement des voies de recours internes, suivant par-là les engagements juridictionnels qui n'expriment pas cette condition de recevabilité¹⁴⁶⁴. Ce tribunal a été jusqu'à énoncer que l'action directe ne relevait pas de la protection diplomatique¹⁴⁶⁵. En effet, c'est cette fois le droit de l'individu que l'on défend et non le droit de l'Etat à voir le droit de son

¹⁴⁶⁰ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Washington, 18 mars 1965.

¹⁴⁶¹ Tal CIRDI, décision du 3 août 2004, *Siemens AG c. Argentine (compétence)*, préc.

¹⁴⁶² Voir le T.B.I. chilien dans l'affaire *Siemens*, et le raisonnement argentin y relatif.

¹⁴⁶³ Voir par ex, Tribunal arbitral pour la Haute-Silésie, 30 mars 1928, *Steiner et Gross c. Pologne*, I.L.R., vol. 4, 1927-1928, p. 472-473.

¹⁴⁶⁴ Voir par ex, Tribunal irano-américain des différends, sentence du 30 décembre 1982, *Amoco Iran Oil Co. C. Iran et al.*, I.L.R., vol. 70, p. 490-495.

¹⁴⁶⁵ Tribunal irano-américain des différends, sentence du 24 octobre 1985, *Sedco Inc. et al. c. Iran et al.*, I.L.R., vol. 84, p. 489-518, spéc. p. 494.

ressortissant respecté, et la règle de l'épuisement apparaît donc parfaitement disponible. Si un recours international est ouvert au sujet interne, il peut l'être directement et sans passer par les canaux du droit interne. Tout est en réalité fonction du rôle que remplit celui-là, s'il se présente comme un palliatif aux carences étatiques ou subsidiaire par rapport aux remèdes du droit interne considérés *a priori* comme satisfaisants. La règle ne revêt plus une nature de principe et devient de pure casuistique. On ne voit toutefois pas non plus ici l'émergence d'un principe inverse selon lequel elle serait inapplicable, sauf mention dans l'engagement juridictionnel¹⁴⁶⁶ ; on connaît les inconvénients de l'une et l'autre solution, et il serait délicat de prendre ici position de la sorte. Un indice déterminant en cas de silence de l'engagement juridictionnel est le traité instituant le tribunal, pour l'arbitrage institutionnel, qui détermine sa place par rapport aux tribunaux internes.

L'épuisement des voies de recours internes est donc, procéduralement, plutôt exclu par les Etats eux-mêmes dans leur engagement juridictionnel, voyant dans la procédure internationale instituée une manière de décharger leurs tribunaux et de régler un conflit avec l'Etat de façon plus impartiale que par les tribunaux de cet Etat lui-même. Même exclu comme condition de recevabilité de la requête, l'épuisement des recours interne peut toujours revenir comme exigence préalable, en lien avec la nature de l'obligation supposément violée, comme dans l'affaire *Loeven* devant le CIRDI¹⁴⁶⁷. Bien que fortement critiquée¹⁴⁶⁸, cette solution était nécessaire puisqu'un déni de justice était en cause ici, et que pour conclure à un tel fait internationalement illicite il est indispensable que l'ensemble de l'appareil judiciaire étatique ait été mis en mesure d'agir.

L'exigence de l'épuisement des voies de recours internes fait un retour remarqué devant les juridictions permanentes de protection des droits de l'homme qui, sans concurrencer ou remplacer les juridictions internes, se présentent comme subsidiaires par rapport à ces dernières.

b. Juridictions permanentes de protection des droits de l'homme

La C.E.D.H. pose expressément l'exigence préalable d'épuiser les voies de recours internes dans son article 35. 1, sans distinguer sur ce point les demandes étatiques des demandes individuelles, en renvoyant aux principes du droit international général. Ici encore, il apparaît donc douteux que la règle puisse être de principe inapplicable et applicable seulement par voie

¹⁴⁶⁶ Pour une opinion contraire, voir SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 268.

¹⁴⁶⁷ Tal CIRDI (mécanisme supplémentaire en vertu du Chap. 11 de l'ALENA), sentence du 26 juin 2003, *Loeven c. États-Unis* (fond), préc, voir *supra*, Partie 1, Titre 1.

¹⁴⁶⁸ Voir cette sentence au *J.D.I.*, 2002, p. 217 et s, observations E. Gaillard, et GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, IV-1105 p., p. 787 et s.

d'exception. L'applicabilité de l'exigence d'épuisement est ici parfaitement justifiable par le caractère subsidiaire de la juridiction européenne des droits de l'homme par rapport aux juridictions internes dont on présume qu'elles sont en mesure de réparer le dommage causé à l'individu. Renforce également cette présomption le caractère intégral des obligations de protection des droits fondamentaux, qui servent aujourd'hui majoritairement à protéger des individus contre des violations perpétrées par leur propre Etat national. Il serait donc malvenu de court-circuiter la procédure interne pour porter directement le litige sur la scène internationale, et la Cour laisse toujours à l'Etat la possibilité de rétablir la situation antérieure à la violation avant de se prononcer.

C'est devant les juges de Strasbourg que la jurisprudence la plus abondante relative à l'épuisement des voies de recours internes a vu le jour, mais il n'est pas certain que ses solutions puissent être transposées au contentieux de la protection diplomatique car la logique en est différente. Un assouplissement notable de cette condition s'est en effet opéré au fil des années, la Cour européenne en retenant une approche peu formaliste. Des demandes contre des actes juridiques internes individuels ont davantage de chances d'aboutir, contournant l'obstacle de l'épuisement des voies de recours internes. Notamment, la charge de la preuve semble renversée par rapport aux arrêts en protection diplomatique, et il appartient au gouvernement défendeur d'établir l'existence de recours effectifs et adéquats que le requérant aurait dû exercer, ce qui permet plus facilement d'exercer un recours contre un acte de gouvernement dont la contestation interne est normalement impossible. De même, lorsque les recours qui s'ouvrent au requérant semblent excessivement longs et comporter des dangers pour l'individu qui pourrait, entre temps, voir son cas aggravé, la Cour admet facilement une exception à la règle qui ne sera plus imposée¹⁴⁶⁹. L'Etat doit donc faire preuve de diligence dans la conduite de la procédure. Ces assouplissements paraissent répondre aux critiques élevées plus haut contre la règle de l'épuisement des recours internes et mériteraient d'être appliqués par l'ensemble des juridictions internationales aux demandes en protection diplomatique, voie dans laquelle ces dernières semblent s'engager¹⁴⁷⁰. Dans l'affaire *ELSi* en effet, la C.I.J. considère que, dès lors que les tribunaux internes ont été saisis de la question qui forme l'essence de la requête de l'Etat demandeur, l'exigence est remplie. Il revient à l'Italie, défendeur, d'établir la réalité de l'existence d'un recours interne. Certes, il était déjà établi que seuls les recours *effectifs* dussent être épuisés, mais la Cour est certainement allée plus loin, considérant que seuls les recours *raisonnables*

¹⁴⁶⁹ Par exemple, Cour E.D.H., arrêt du 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, Rec., 1999-V, dans une affaire de torture.

¹⁴⁷⁰ C'est principalement le cas de la Cour interaméricaine, qui adopte les mêmes solutions. Voir, en ce sens, HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme...*, p. 167-178.

devaient être pris en considération. C'est en ce sens que va le juge Schwebel, considérant dans son opinion dissidente que la Chambre « a ainsi ramené à de sages limites certaines interprétations antérieures de l'extension de la règle de l'épuisement de recours internes. »¹⁴⁷¹ Dans le reste des cas, la règle s'impose pour préserver la primauté aux juridictions étatiques, et, d'un point de vue plus pragmatique, permettra de ne pas avoir à réajuster la satisfaction accordée au sujet interne, qui est bien évidemment fonction du dédommagement qu'il aura reçu, ou non, en droit interne.

L'épuisement des voies de recours internes n'a, en revanche, pas lieu d'être en droit communautaire, comme le prouve l'arrêt *Humblet* rendu dès 1960 par la C.J.C.E. Loin d'être une action directe reconnue à des sujets internes et exemptée de l'épuisement, le droit de recours fourni par l'article 16 du Protocole relatif aux privilèges et immunités de la CECA permet aux fonctionnaires d'agir devant la Cour de justice pour tout différend. La juridiction communautaire n'est pas la concurrente des juridictions nationales, lesquelles n'ont tout simplement pas voie au chapitre en l'espèce :

« les traités instituant les Communautés européennes n'ont point superposé la Cour de justice de ces Communautés aux instances judiciaires nationales, en ce sens que les décisions prises par ces instances seraient susceptibles d'être attaquées devant la Cour ; que, par contre, quant à l'interprétation du protocole, la Cour a compétence exclusive ; (...) qu'il s'en suit que tout chevauchement entre les compétences dévolues à ces différentes juridictions est exclu ; que, par conséquent, dans la mesure où il y a compétence de la Cour, il ne saurait être question d'un « épuisement » préalable de la voie judiciaire nationale, qui consisterait à soumettre une seule et même question à la décision d'abord des tribunaux nationaux et ensuite de la Cour »¹⁴⁷²

Alors qu'on voyait davantage une spécificité communautaire dans la nature des règles de cet ordre juridique que dans le fonctionnement de sa juridiction, on comprend ici qu'il se distingue, même au contentieux, du droit international. Il institue une juridiction à la compétence exclusive, et non concurrente ou subsidiaire des Etats. Le rejet de la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas fondé sur l'engagement juridictionnel des Etats mais sur la nature même de la juridiction.

¹⁴⁷¹ C.I.J., arrêt du 20 Juillet 1989, *ELSI*, préc., opinion dissidente du juge Schwebel, p. 94.

¹⁴⁷² C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Humblet c. Belgique*, préc., p. 1151.

Outre la recrudescence des recours ouverts aux individus, le recul de la protection diplomatique est également dû à l'émergence, dans le cadre d'actions étatiques, d'apparentes demandes en représentation de sujets internes.

2. *Recul de la protection diplomatique dans les recours étatiques*

La protection diplomatique n'a pas lieu de s'appliquer lorsque l'Etat recourt contre la violation immédiate de son droit, en sa personne de sujet de droit international. Toutefois, il est notable que, malgré le caractère transétatique de l'obligation et les dommages subis par des sujets internes, l'Etat puisse désormais agir immédiatement, sans rechercher spécifiquement la protection de ses ressortissants¹⁴⁷³. C'est notamment le cas de certains recours étatiques devant la Cour de Strasbourg, s'attaquant à une pratique administrative ou une législation. Ce type de procédure ne s'applique en revanche pas dès lors qu'un acte juridique individuel spécifique est en cause, et les règles de la protection diplomatique retrouveront leur place.

Le critère de l'intérêt prépondérant

En droit international général, il semble peu probable que l'Etat puisse agir hors des canaux de la protection diplomatique lorsqu'un acte juridique supposé contraire au droit international a heurté, individuellement, un sujet interne¹⁴⁷⁴. Dans l'arrêt *Interhandel*, la C.I.J. a considéré que seul *un* intérêt, médiate ou immédiat, pouvait être recherché. N'essayant pas de savoir si, en l'espèce, un dommage avait ou non été directement causé à la Suisse sans l'intermédiaire de son ressortissant, la Cour estima que, quelque fut la réponse à cette interrogation, la demande relevait dans son intégralité du mécanisme de l'endossement. Dès lors qu'un intérêt prédomine, l'ensemble de la demande sera soumis aux conditions de recevabilité qui lui sont propres. Il serait ainsi bien délicat de s'exempter de l'exigence d'épuisement des voies de recours internes attachée à la protection diplomatique, sauf à ne pas du tout invoquer de dommage médiate.

Une légère inflexion de cette jurisprudence est sensible dans l'affaire *ELSI*, lors de laquelle une chambre restreinte de la C.I.J. a, semble-t-il, au moins accepté d'examiner l'argument. Pour

¹⁴⁷³ Ces recours peuvent toutefois être compris comme extérieurs au contentieux de la réparation, voir *infra*, Chapitre 2, Section 1.

¹⁴⁷⁴ Ou bien il ne faudrait pas demander réparation du préjudice subi par le ressortissant, autrement dit ne pas espérer l'annulation de l'acte interne en question. Cette hypothèse ne nous concerne donc pas. Voir à ce sujet SANTULLI (C.) *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 342-343 et la jurisprudence citée.

ne pas avoir à remplir les conditions d'une demande en protection diplomatique, les Etats-Unis plaidaient en effet ne pas uniquement endosser le préjudice de leurs ressortissants, mais réclamer également de la Cour un arrêt déclaratoire de la violation des droits qu'ils tiraient d'un traité. L'un des préjudices mis en avant était juridique, directement causé aux Etats-Unis par la violation du droit international¹⁴⁷⁵. Au lieu de refuser, par principe, d'opérer une telle distinction, la chambre a conclu à son inexistence, ne parvenant

« pas à discerner en l'espèce un différend sur une prétendue violation du traité ayant pour résultat un préjudice directement causé aux Etats-Unis, différend qui serait à la fois distinct et indépendant du différend sur la violation dont le traité aurait été l'objet à l'égard de Raytheon et Machlett. »¹⁴⁷⁶

La Commission du droit international, dans le cadre de ses travaux relatifs à la protection diplomatique, tout en reconnaissant la difficulté de la distinction des intérêts en cause dans le cadre d'une demande « mixte », a retenu le critère de l'« intérêt prépondérant »¹⁴⁷⁷, et considéré que les recours internes ne devaient être épuisés que lorsque la réclamation reposait *principalement* sur un dommage causé à un national¹⁴⁷⁸. C'est toutefois sans prendre en compte une évolution plus récente de la jurisprudence internationale que ce projet d'article a été établi.

Les intérêts parallèles

Un net assouplissement, marqueur d'un recul de la protection diplomatique, a en effet été opéré par les affaires de protection consulaire aux Etats-Unis. Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour accepte pour la première fois une telle distinction, et considère que l'Allemagne poursuit à la fois la violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires en sa propre personne, et en la personne de ses ressortissants¹⁴⁷⁹. Il est en effet possible d'isoler certains articles s'adressant à l'Etat, d'autres donnant des droits directs aux individus. Une telle évolution permettrait de se soustraire, au moins pour une partie de la demande, aux conditions de recevabilité propre à la protection diplomatique. En l'espèce, cette argumentation avait toutefois trait à la compétence *ratione materiae* de la Cour, et non à la recevabilité de la demande. L'Allemagne ne cherchait pas à

¹⁴⁷⁵ C.I.J., arrêt du 20 Juillet 1989, *ELSI*, préc., p. 42

¹⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 43.

¹⁴⁷⁷ DUGART (J.), « Deuxième rapport sur la protection diplomatique », préc., p. 10-15.

¹⁴⁷⁸ L'article 11 du projet est ainsi formulé : « Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose *principalement* sur un préjudice causé à un national et que la procédure judiciaire en question n'aurait pas été engagée en l'absence d'un tel préjudice. », *ibid.*, p. 10. Nous soulignons.

¹⁴⁷⁹ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 42 p. 482-483.

s'exempter de la règle de l'épuisement des voies de recours internes¹⁴⁸⁰, que la Cour considéra comme parfaite. Dans ce dessein, l'arrêt apporte un assouplissement à cette règle. La Convention de Vienne n'avait en effet pas été invoquée devant les tribunaux internes « en temps opportun »¹⁴⁸¹. Mais ce manquement était intrinsèquement lié à celui, initial, des Etats-Unis qui avaient failli à leur obligation d'information des étrangers de leur droit à la protection consulaire¹⁴⁸². A cela s'ajoutait le fonctionnement du système judiciaire américain qui, par la règle de la carence procédurale, a empêché les sujets internes, après découverte de ce droit, de s'en prévaloir à un stade ultérieur de la procédure¹⁴⁸³. Les recours n'ont donc pas été considérés comme efficaces¹⁴⁸⁴. La violation de l'obligation de protection consulaire entraîne ainsi, *ipso facto*, un tempérament à la condition de l'épuisement des voies de recours internes qui s'applique mais est considérée comme remplie malgré la présentation tardive d'un moyen devant les juridictions internes ; cette solution nous semble parfaitement compréhensible.

L'absence de protection diplomatique ?

Dans l'affaire *Avena*, la C.I.J. ira plus loin. Le Mexique entendait agir en protection diplomatique de ses ressortissants¹⁴⁸⁵ et la Cour, en accord sur ce principe, note que les droits conférés aux sujets internes par la Convention de Vienne doivent en premier lieu être recherchés

¹⁴⁸⁰ Il est évident en effet que la première des demandes de l'Allemagne, relative à la responsabilité des Etats-Unis du fait de la violation de leur obligation d'information consulaire, était une demande en protection diplomatique. Certes, elle n'en fait pas expressément mention, mais en rappelle les conditions : les frères LaGrand ont la nationalité allemande (Mémoire de l'Allemagne du 16 septembre 1999, préc., § 3.62-3.78), et ont épuisé, à son sens, les voies de recours internes (*ibid.*, § 5.16-5.17, point traité comme une condition de fond).

¹⁴⁸¹ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 58 p. 487. Notons que cette exception préliminaire n'était pas soulevée dans le contre-mémoire américain (C.I.J., contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique du 27 mars 2000 *LaGrand*, préc., § 50, les Etats-Unis acceptent que la Cour juge au fond de la violation de l'article 36. 1 (b) de la Convention de Vienne, sans évoquer la condition d'épuisement des voies de recours interne qui n'apparaissait pourtant pas, *prima facie*, remplie). Ce n'est que très tardivement, lors des débats oraux, et alors même que les conseillers américains n'avaient pas souhaité prendre la parole en premier au titre de leurs exceptions préliminaires, que T. Meron souleva enfin cette question (C.I.J., audience publique tenue le mardi 14 novembre 2000, CR2000/28, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/4661.pdf>>, § 3.21-3.42). Il est un principe en effet bien établi que lorsque le moyen tiré du droit international n'est pas invoqué en temps utile – autrement dit ici, devant les juridictions de l'Etat fédéré et sans attendre, comme l'ont fait les conseillers des LaGrand, le niveau fédéral sous peine de se voir opposer la règle de la carence procédurale – les recours internes ne sont pas considérés comme épuisés de manière satisfaisante. L'Etat national du sujet interne ne peut dès lors endosser son préjudice et porter l'affaire en droit international.

¹⁴⁸² *Ibid.*, § 58-60. En ce sens également : C.I.J., Mémoire de la République du Paraguay, 9 octobre 1998, *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (Paraguay c. Etats-Unis), <<http://www.icj-cij.org/docket/files/99/13106.pdf>>, § 4.41-4.43.

¹⁴⁸³ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 60 p. 488.

¹⁴⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁴⁸⁵ Bien que le mémoire du Mexique n'ancre pas clairement la demande en protection diplomatique (C.I.J., Mémoire du Mexique du 20 juin 2003, *Avena et autres ressortissants mexicains*, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8272.pdf>>), la plaidoirie répondant à l'exception d'irrecevabilité américaine précise qu'« (i)l est clair que le Mexique a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants visés en l'espèce, et que la règle de l'épuisement des recours internes ne fait nullement obstacle à la recevabilité. » (C.I.J., audience du 15 décembre 2003 (traduction), CR2003/25, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/4081.pdf>>, § 304).

devant les tribunaux internes américains¹⁴⁸⁶. Si les recours internes n'avaient pas été épuisés dans certains cas¹⁴⁸⁷, le Mexique arguait que leur inefficacité systématique permettait de se soustraire à cette condition¹⁴⁸⁸. Ce n'est toutefois pas sur ce fondement que la Cour considéra la requête recevable. Elle note en effet que le Mexique n'agit pas uniquement en endossement du préjudice de ses ressortissants, et présente en outre des demandes relatives à son dommage immédiat. Elle accepte que des intérêts parallèles soient soulevés, distinguant entre les demandes comme dans l'affaire *LaGrand*. Mais elle met aussitôt l'accent, dans le cas d'espèce, sur l'« interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels » issus de l'article 36. 1 de la Convention de Vienne¹⁴⁸⁹. Dans ce cas de figure, le Mexique est en droit de faire une demande relative tant à son préjudice qu'à celui causé médiatement en la personne de ses ressortissants, sans passer par le canal de la protection diplomatique, et est exempté de la condition de l'épuisement des voies de recours internes¹⁴⁹⁰. A la théorie de l'intérêt parallèle, dans laquelle chaque intérêt aurait été soumis à ses propres conditions de recevabilité, est donc mixée celle de l'intérêt prépondérant, dans lequel un intérêt effacerait l'autre. Ici, les deux intérêts subsistent dans la demande, mais l'un donne le « la » et décide des conditions de recevabilité applicables à l'ensemble. Que cet intérêt soit celui, immédiat, du Mexique, alors même que son intérêt médiat – du fait de la lésion des droits de ses ressortissants – était de toute évidence central dans cette affaire, conduit droit vers un recul de la protection diplomatique. Si l'institution y est encore présente à l'état de concept, elle devient un vase creux sans les conditions qui l'accompagnent.

Le professeur Santulli a d'ailleurs cherché à analyser l'attitude de la C.I.J., considérant que la notion même de protection diplomatique devait être ici rejetée, au profit d'une action en

¹⁴⁸⁶ La formule ancre clairement la demande en protection diplomatique : « La Cour fera d'abord observer que les droits individuels que les ressortissants mexicains tirent de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sont des droits dont la réalisation doit, en tout cas en premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des Etats-Unis. Ce n'est qu'une fois ce processus mené à son terme et les voies de recours internes épuisées que le Mexique pourrait faire siennes des demandes individuelles de ses ressortissants par le mécanisme de la protection diplomatique. », C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 40.

¹⁴⁸⁷ Selon les Etats-Unis, des voies de recours internes restaient disponibles dans la quasi-totalité des affaires (C.I.J., audience du 16 décembre 2003, CR2003/26, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/4074.pdf>>, §2.16). Le Mexique considère en revanche que la majorité des sujets internes ont formé des recours judiciaires aux Etats-Unis et en ont été déboutés en raison de la doctrine de la carence procédurale (C.I.J., audience du 15 décembre 2003 (traduction), préc., § 305). Reste toujours une minorité dont la procédure était pendante ou les recours encore inutilisés. Il n'était donc pas seulement question, comme dans l'affaire *LaGrand*, de non-invoication du moyen tiré du droit international devant les juridictions internes. L'argument de la violation par les Etats-Unis de leur obligation d'information, invoqué avec succès dans la précédente affaire, ne pouvait dès lors faire ici échec à elle seule à l'exigence d'épuisement.

¹⁴⁸⁸ C.I.J., audience du 15 décembre 2003 (traduction), préc., § 307.

¹⁴⁸⁹ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 40.

¹⁴⁹⁰ *Ibidem*.

représentation du Mexique¹⁴⁹¹. On comprend cette interprétation, puisque la Cour semble bien faire disparaître l'intérêt médiat de l'Etat demandeur sous le voile de son intérêt immédiat. La conclusion la plus « naturelle »¹⁴⁹² était donc que seul ce dernier persistait, et que la Cour acceptait une action du Mexique, directement intéressé à la lésion de ses droits, et à ceux de ses ressortissants qu'il représente. Le mécanisme de l'endossement n'aurait donc plus lieu d'être.

Si l'on se trouve certes devant une nouvelle réponse apportée aux questions d'épuisement des voies de recours internes, il ne nous semble toutefois pas que l'on soit en face d'une « nouvelle théorie »¹⁴⁹³, excluant la protection diplomatique en cas de lésion des droits de sujets internes. Tout d'abord, on le rappelle, la Cour a fait mention, à plusieurs reprises, de cette institution. Ensuite, il était certainement question, dans ces affaires, de passer outre le caractère dilatoire de la protection diplomatique pour agir dès la violation du droit international. Rappelons qu'en l'espèce les violations de la Convention de Vienne, nombreuses et répétées, furent reconnues au fond par la Cour. Un droit sans action laisse toujours un goût amer, surtout s'il est question de vies humaines. De manière pragmatique, on doit certainement se féliciter de cet arrêt rapidement rendu par la Cour. Mais il est vrai que la rigueur juridique du raisonnement n'est pas exemplaire, et qu'il aurait sans doute été préférable de considérer la règle de l'épuisement comme applicable et d'y faire échec par des moyens tirés du cas d'espèce¹⁴⁹⁴. Le comportement de la C.I.J. rappelle ici celui d'une Cour de protection des droits de fondamentaux, acceptant les recours étatiques pour violation du droit international du fait de pratiques générales, soustraites aux conditions de la protection diplomatique¹⁴⁹⁵. En effet, il est notable que le Mexique vise, dans ses conclusions finales, cinquante-deux cas où la Convention a été violée, du fait de l'inobservation systématique par les Etats-Unis de l'obligation d'information consulaire – et du refus de réformer

¹⁴⁹¹ SANTULLI (C.), « Entre protection diplomatique et action directe : l'action en représentation. Eléments épars du statut international des sujets internes », S.F.D.I., Colloque du Mans, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, 170 p., p. 85-98, spéc. p. 93. Même opinion reprise dans *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 268 et p. 340-341.

¹⁴⁹² SANTULLI (C.), « Entre protection diplomatique et action directe : l'action en représentation... », préc., note 26 p. 93.

¹⁴⁹³ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena*, préc., opinion individuelle du juge Tomka, § 6.

¹⁴⁹⁴ L'argumentaire mexicain était sur ce point assez convaincant (C.I.J., audience du 15 décembre 2003 (traduction), préc., § 307). Voir toutefois notre raisonnement sur cette problématique, *infra*, Section 2.

¹⁴⁹⁵ Voir Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., spéc. p. 64 : « La notion de pratique offre un intérêt particulier pour le jeu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Telle que la consacre l'article 26 (*ex art. 35*) de la Convention, cette règle vaut pour les requêtes étatiques (article 24 *ex art. 33*), comme pour les requêtes « individuelles » (article 25 *ex art. 34*) quand l'Etat demandeur se borne à dénoncer une ou des violations prétendument subies par des particuliers auxquels il se substitue en quelque sorte. En revanche, elle ne s'applique en principe pas s'il attaque une pratique en elle-même, dans le but d'en empêcher la continuation ou le retour et sans inviter la Commission ni la Cour à statuer sur chacun des cas qu'il cite à titre de preuves ou exemples de cette pratique. » La difficulté que l'on perçoit aisément ici est que le Mexique demandait bien à la Cour de statuer, en premier lieu, sur des cas individuels de violation. La C.I.J. aurait ainsi été plus loin que la Cour de Strasbourg elle-même.

les arrêts subséquents en application de la règle de la carence procédurale. Certes, la Cour refuse, au fond, de faire droit à la demande visant le caractère général de la violation¹⁴⁹⁶. Mais la voie est ouverte, procéduralement, à une demande en ce sens. Alors que dans l'affaire *LaGrand*, le juge Guillaume avait précisé que l'arrêt se limitait aux cas des ressortissants allemands condamnés à mort, la Cour dans l'affaire *Avena* évolue et ne rejette pas un impact plus général de son jugement :

« bien que les observations de la Cour intéressent les cas des ressortissants mexicains qui lui ont été soumis par le Mexique, elle s'est référée aux questions de principe soulevées au cours de la présente instance du point de vue de l'application générale de la Convention de Vienne (...) » ;

plus loin, elle affirme qu'

« on ne saurait déduire du fait que la Cour a eu à se prononcer uniquement sur le cas de ressortissants mexicains dans le cadre de la présente affaire que les conclusions de cet arrêt sont inapplicables à d'autres ressortissants étrangers se trouvant dans les mêmes conditions aux États-Unis. »¹⁴⁹⁷

Conclusion de la section

Les demandes visant la violation du droit international par un acte individuel doivent, si elles ne peuvent faire l'objet de recours direct du sujet interne devant une juridiction internationale, être soumises aux conditions d'introduction d'une action en protection diplomatique et respecter la règle de l'épuisement des voies des recours internes. Des assouplissements notables de cette exigence permettent d'écarter ses effets dilatoires les plus gênants. L'évolution récente que nous venons d'étudier est la preuve, non pas du recul de la protection diplomatique au profit d'une action en représentation, mais bien celle de l'ouverture du contentieux international à des demandes étatiques visant, en outre, des violations prenant leur source dans des pratiques ou règles générales internes. De nombreux obstacles procéduraux resteraient tout de même élevés à l'encontre de telles demandes, sur lesquels nous allons à présent nous attarder.

¹⁴⁹⁶ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 149.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, § 151.

Section 2. Cas des règles juridiques

L'introduction de recours visant des règles juridiques internes se heurte à divers problèmes de recevabilité, pour la plupart en raison du caractère général de celles-ci. Ces questions seront toutefois posées en termes légèrement distincts dans les cas de violation d'obligations de comportement opératif (§ 1) et de comportement normatif (§ 2). Comme on le sait à présent, une règle immédiatement exécutoire peut être perçue comme contraire à des obligations de comportement opératif de l'Etat, relatives à la réalisation de situations individuelles, et sa production et son maintien en vigueur considérées comme un fait internationalement illicite y relatif. Pourtant, la généralité de ces règles posera d'importants problèmes, essentiellement au niveau de la recevabilité de recours potentiellement multiples, et on verra une fois de plus¹⁴⁹⁸ qu'il est fort délicat de les traiter au même niveau que n'importe quelle action matérielle de l'Etat. Seules les obligations de comportement normatif de l'Etat prenaient en compte la véritable nature de sa conduite. Ainsi, l'état de ses règles juridiques internes pouvait donner lieu à un fait internationalement illicite. Les recours à l'encontre de tels comportements étatiques apparaîtront cette fois d'autant plus réfractaires aux conditions posées par le droit du contentieux de la réparation.

§ 1. *Recours pour violation d'une obligation de comportement opératif*

Les règles juridiques internes immédiatement exécutoires sont susceptibles d'une contrariété avec le droit international ; leur production devrait donc pouvoir être portée à la connaissance de juridictions internationales aux fins de reconnaissance d'une responsabilité de l'Etat auteur. C'est toutefois sans compter certains obstacles de recevabilité liés à leur caractère général et impersonnel. Ces obstacles sont contenus dans les conditions générales de recevabilité du procès international (A) ainsi que dans la condition spéciale de l'épuisement des voies de recours internes (B).

¹⁴⁹⁸ De même, le caractère général des règles même immédiatement exécutoires était un obstacle à la reconnaissance d'un dommage, réparable. Voir *supra*, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 2, § 1.

A. Conditions générales de recevabilité

La généralité de l'acte dont la production est en question peut, à première vue, faire obstacle à la reconnaissance d'un différend entre les parties (1). C'est en réalité l'intérêt pour agir qui sera le plus délicat à déceler (2), alors que la question du pouvoir du juge ne pose aucun problème spécifique en l'espèce (3).

1. *Existence d'un différend*

a. Différend actuel

La règle, par opposition à l'acte individuel, n'a pas de spécificité en matière de naissance du différend tant qu'elle est immédiatement exécutoire, par un simple comportement matériel d'exécution. Une difficulté provient-elle du caractère permanent de l'acte, qualité traditionnellement attachée aux règles juridiques ? Il ne semble pas qu'il soit plus délicat de déterminer le point de départ d'un différend en de telles circonstances. Et, cette fois, la question de l'extinction de ce dernier, puisque l'acte ne s'épuise même pas en un instant mais reste en vigueur pour s'exécuter dans d'autres cas d'espèce, ne se pose plus avec autant d'acuité.

Il faut malgré tout déterminer si le différend est toujours d'actualité lorsque la règle en question est annulée, ou seulement abrogée par l'Etat auteur. Les principes du contentieux international invitent à rayer l'affaire du rôle, l'objet du différend ayant disparu. Le tribunal international garde toutefois une marge d'appréciation pour déterminer si le litige est effectivement éteint. Un requérant peut en effet avoir un intérêt à un jugement au fond sur la licéité de la production et du maintien de cette règle, même abrogée. L'irrecevabilité – ou, plus précisément ici, le non-lieu à statuer¹⁴⁹⁹ – ne sera ainsi pas automatique. La Cour de Strasbourg a pu accepter de juger au fond malgré une modification de la loi intervenue avant son jugement, sur la base de la législation antérieure en vigueur au moment des faits¹⁵⁰⁰. Elle est particulièrement encline à une telle solution lorsque la règle a été concrètement exécutée et que la victime recherche une satisfaction matérielle et non seulement morale¹⁵⁰¹. Notons bien qu'elle jugera en ce cas sur le fondement de la loi ancienne, sans se prononcer sur la contrariété de la loi nouvelle,

¹⁴⁹⁹ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 208.

¹⁵⁰⁰ Cour E.D.H., arrêt du 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, Série A, n°61, § 25 à 56 et § 78-79. Le Royaume-Uni a modifié sa législation relative au secret de la correspondance en matière pénitentiaire en 1981.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*

qu'elle estime détachée du cas d'espèce et assimile à une demande *in abstracto*¹⁵⁰². Un autre raisonnement aurait pu être tenu puisque la loi s'applique automatiquement au requérant. Mieux aurait-il valu considérer la requête comme nouvelle et refuser d'en juger sur ce fondement, car elle ne nous semble pas abstraite même en l'absence d'exécution de la loi modifiée.

Si l'Etat reconnaît sa violation passée lors du changement de loi, et que cette dernière n'a eu aucune conséquence concrète, on peut s'attendre en revanche à ce que la Cour radie l'affaire du rôle¹⁵⁰³. En tout état de cause, la Cour refusera de surseoir à statuer en attente d'une modification de la législation en cours¹⁵⁰⁴.

b. Différend réel

Bien évidemment, la généralité de la règle renforce les doutes relatifs à la réalité du litige opposant les parties. Le défendeur peut se demander si le problème n'est pas essentiellement théorique tant que la règle n'a pas été appliquée. Toutefois, les règles qui nous occupent en premier lieu étant exécutoires, la question revient exactement au même que dans le cas d'actes individuels inexécutés. Les juridictions internationales, au premier rang de laquelle figure la Cour de Strasbourg, refusent effectivement de statuer *in abstracto* sur la compatibilité de règles de droit interne avec le droit international¹⁵⁰⁵. Les Etats défendeurs, telle la Belgique en l'affaire *Marckx*, soulèvent ainsi l'exception d'irrecevabilité selon laquelle les problèmes déferés à la Cour seraient « essentiellement théoriques »¹⁵⁰⁶. Les requérantes se plaignaient en effet de la législation belge relative aux enfants nés hors mariage et aux mères célibataires, discriminatoires et portant atteinte à leur vie privée. La Belgique mit notamment en avant que rien ne montrait que ces lois avaient eu un impact concret sur leur vie, les demanderessees n'ayant notamment pas encore désiré tester ou procéder à une donation¹⁵⁰⁷. De même dans l'affaire *Johnston*, l'Irlande argue, face aux critiques adressées à sa législation en droit de la famille, interdisant le divorce et refusant tout statut aux concubines et enfants illégitimes, que, au vu de la « situation de 'tranquillité domestique' » dans

¹⁵⁰² *Ibid.*, § 79.

¹⁵⁰³ La Cour de Strasbourg exige en effet que l'Etat reconnaisse, expressément ou en substance, la violation et en répare les conséquences pour considérer qu'un litige a disparu. Ce point sera développé dans le paragraphe suivant.

¹⁵⁰⁴ Tacitement : Cour E.D.H., arrêt du 9 octobre 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., §20-21. Expressément : Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, préc., § 36-37 et § 43 : « La Cour n'estime pas devoir surseoir à statuer, comme l'y invite le Gouvernement, jusqu'à l'adoption du projet de loi sur le statut des enfants, lequel tend à modifier à plusieurs égards la législation irlandaise en cause (paragraphe 36 ci-dessus). A plusieurs occasions, elle a poursuivi l'examen d'une affaire alors même que des réformes étaient proposées ou déjà réalisées ».

¹⁵⁰⁵ Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, préc., § 39 p. 19.

¹⁵⁰⁶ Cour E.D.H., arrêt du 9 octobre 1979, *Marckx c. Belgique*, préc.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, § 26.

laquelle se trouvaient les requérants, ces derniers se placeraient « (d)ans le cadre d'un différend sorti de leur imagination » et « soulèveraient des problèmes purement hypothétiques. »¹⁵⁰⁸ Cependant, même en l'absence d'acte individuel d'exécution, la demande ne peut ici être considérée comme abstraite car elle touche, du simple fait de sa production et de son maintien en vigueur, les sujets internes. On l'a vu : les actes tels ceux relatifs au statut personnel affectent automatiquement les individus, et seules des circonstances extérieures à la volonté des organes de l'Etat peuvent déclencher leur exécution concrète. En attendant, ils déterminent le statut personnel, ou encore un régime fiscal, et peuvent déjà être source de différend, de la même façon que les actes individuels pouvaient être à l'origine d'un problème concret en l'absence d'exécution matérielle. Preuve en est incidemment apportée par la décision de la Cour sur la recevabilité en l'affaire *Selim c. Chypre*. La Cour avait en effet à juger d'une demande relative au droit civil chypriote, qui ne permettait pas aux Chypriotes turcs musulmans de contracter mariage. Si le requérant a effectivement tenté de se marier, essuyant un « refus » matérialisé par une lettre de la mairie, cette dernière ne peut être perçue comme un acte individuel d'application. La Cour précise bien que ladite lettre « revêtait essentiellement un caractère informatif, en ce qu'elle portait à la connaissance du requérant » l'état du droit civil chypriote.

Elle « n'avait pas – et n'était pas censée avoir – d'effet juridique, et n'a pas eu pour résultat – et n'avait pas pour finalité – de créer, de modifier ou d'affecter d'une quelconque autre façon les droits et obligations du requérant, qui étaient exclusivement régis par les dispositions de la loi sur le mariage civil, sur lesquelles elle attirait l'attention. »¹⁵⁰⁹

Il est ainsi limpide que seule la loi sur le mariage civil était source du différend, laquelle ne nécessitait aucune norme individuelle d'application pour toucher effectivement les sujets internes. Lorsque le caractère hypothétique du différend est soulevé, la Cour de Strasbourg n'examine d'ailleurs même pas l'exception, qu'elle traite exclusivement sous l'angle de l'intérêt pour agir et sa notion extensive de « victime »¹⁵¹⁰, points sur lesquels nous allons nous pencher à présent.

2. *Intérêt pour agir*

En droit du procès international, l'Etat dont le droit est prétendument violé dispose en principe d'un intérêt pour agir. Cet intérêt doit être continu depuis la naissance du différend

¹⁵⁰⁸ Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, préc., § 41. Voir également : Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, req. 13378/05, § 25.

¹⁵⁰⁹ Cour E.D.H., décision du 18 septembre 2001, *Selim c. Chypre*, req. 47293/99, Section III n°34.

¹⁵¹⁰ Cour E.D.H., arrêt du 9 octobre 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., §27 ; Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, préc., §42.

jusqu'à l'introduction de la demande : on fait ici référence à la règle de la continuité de la nationalité, élément de l'intérêt étatique lorsque celui-ci est médiat, déjà évoqué. Dans tous les autres cas, une difficulté demeure attachée au caractère général de la règle : si l'intérêt existe, encore faudra-t-il pouvoir le démontrer (a.) Des éclaircissements seront apportés à ce dernier point par la résolution de la question de l'intérêt pour agir des sujets internes devant les juridictions internationales qui leur ouvrent directement leurs portes (b.)

a. Intérêt étatique

(i) Continuité de l'intérêt

On sait que l'introduction d'une demande en protection diplomatique est soumise à la condition de la nationalité du sujet interne atteint, et que cette nationalité doit être continue durant tout le *tempus commissi delicti*¹⁵¹¹. L'intérêt pour agir de l'Etat s'établit en effet sur toute la durée du fait illicite. Or, justement, une première caractéristique du fait illicite à l'origine du recours ici envisagé est sa continuité, propre de la norme générale et abstraite, qui reste en vigueur sans s'épuiser en une application à un cas individuel. Cette condition devra donc être remplie, sur un laps de temps qui peut s'avérer très long.

Que l'intérêt de l'Etat soit médiat ou immédiat, il devra dans les deux cas le démontrer.

(ii) Démonstration de l'intérêt

Dans le cadre d'un recours étatique pour violation du droit international par la production d'une règle juridique interne, l'intérêt pour agir de l'Etat sera lié aux sujets internes dont la situation individuelle est modifiée par ladite règle immédiatement exécutoire – organes ou nationaux. L'Etat devra démontrer que sa situation juridique ou celle d'un de ses ressortissants a bien été modifiée, afin de prouver que son droit propre est atteint et qu'il a ainsi intérêt pour agir à l'encontre de l'Etat auteur de la règle. Une difficulté s'élève d'emblée en raison du caractère général et impersonnel de l'acte, qui ne visera pas individuellement un Etat, ni un sujet interne. Le risque est grand de s'éloigner de la recherche de son intérêt personnel pour aboutir à la défense d'un intérêt collectif. Mais les actes internes en question étant immédiatement exécutoires, nul

¹⁵¹¹ Voir *supra*, § 1, B pour une présentation plus détaillée de cette condition de recevabilité des demandes en protection diplomatiques, et l'ouvrage de référence : WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op. cit.*

doute que des cas individuels seront, même de manière commune, déjà atteints. Il faudrait donc apporter la preuve de leur identité pour permettre à l'Etat d'agir, directement ou en endossement du préjudice d'un national. Cette entreprise peut s'avérer bien délicate voire impossible en l'absence de dommage spécial causé par l'exécution concrète dudit acte. Aussi nous verrons que les mécanismes du droit international dont les obligations internationales sont fréquemment violées par la production de règles internes, même immédiatement exécutoires, assouplissent la condition de l'intérêt pour agir voire s'en affranchissent¹⁵¹². En attendant, la satisfaction de cette condition de recevabilité dans le chef de sujets internes requérants en droit international nous permet d'en envisager la possibilité.

b. Intérêt des sujets internes

En matière de protection des droits fondamentaux, on le rappelle, la qualité de « victime » d'un individu requérant apporte la preuve de son intérêt pour agir. Du fait du caractère immédiatement exécutoire de la règle, qui touche automatiquement les individus, l'existence de « victimes » est certaine. Cet intérêt pour agir peut parfois apparaître de façon on ne peut plus claire, comme dans l'arrêt *Matthens* où, bien qu'une règle juridique, excluant les britanniques de Gibraltar du droit de vote aux élections du Parlement européen, eut été en cause, la requérante était automatiquement victime puisqu'elle ne pouvait demander de carte d'électeur ni *a fortiori* voter. Peu importait donc que son recours ait été exercé en juin 1998 alors que les élections européennes n'eurent pas lieu avant mai 1999. Ce point n'était d'ailleurs pas soulevé par l'Etat défendeur¹⁵¹³. L'intérêt est parfois moins évident, lorsque ce n'est pas d'une impossibilité d'agir dont il est question mais d'un traitement positivement discriminatoire. Mais, même dans ce cas, la Cour a pu considérer que les individus dont le statut était modifié par une règle interne étaient victimes de cette dernière¹⁵¹⁴. Dès lors que « les requérants s'en prennent bien aux répercussions de la loi *sur leur propre vie* »¹⁵¹⁵, leur demande est recevable. Dans l'affaire *Marckx*, première du genre, la Cour renvoie certes au précédent *Klass* en rappelant qu'un individu qui *risque* d'être victime l'est déjà au sens de l'article 34¹⁵¹⁶. Mais le cas d'espèce, mettant en cause une règle

¹⁵¹² Voir *infra* Chapitre 2, Section 1, § 2.

¹⁵¹³ Cour E.D.H., arrêt du 18 février 1999, *Matthens c. Royaume-Uni*, préc.. Dans l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, il était également question d'une impossibilité d'agir – en justice cette fois. Certes, la requérante s'était en l'espèce vu refuser concrètement un droit d'action, mais nul doute que, même en l'absence de cette circonstance exécutoire, sa requête eut été recevable. Il serait absurde d'imposer à un requérant qu'il cherche à exercer un droit dont il ne dispose pas.

¹⁵¹⁴ Cour E.D.H., arrêt du 9 octobre 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., §27.

¹⁵¹⁵ Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, préc., §42 p. 21. Nous soulignons.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, reprenant Cour E.D.H., arrêt du 9 octobre 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., § 27. Egalement, entre autres : Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, préc., § 28-29.

immédiatement exécutoire, est bien différent et il faut admettre que les individus dont le statut est ainsi modifié ne risquent pas d'être victimes mais le sont déjà. Cette même ambiguïté se retrouve dans l'affaire *Burden et Burden*, relative à des lois fiscales successorales, discriminatoires pour les couples homosexuels. La Cour met en effet l'accent sur l'âge avancé des requérantes, qui les rapproche nécessairement de la dévolution successorale¹⁵¹⁷. Leur intérêt pour agir est-il actuel, lié à leur appartenance à une catégorie automatiquement affectée par une disposition législative fiscale en droit des successions, ou bien potentiel ? On penche pour la première solution, la proximité de la concrétisation de la règle successorale par le décès à venir d'une des requérantes rendant seulement la situation plus palpable qu'elle ne l'était déjà¹⁵¹⁸. Mais on ne peut ériger la proximité de la concrétisation potentielle d'un acte immédiatement exécutoire comme critère de l'intérêt pour agir.

On touche ici à la difficulté majeure dans la détermination d'un intérêt pour agir contre une règle juridique interne. La règle en question heurte certes automatiquement les sujets internes, causant par là *des* victimes ; mais *lesquelles* ont un intérêt *personnel* à agir ? En effet la règle, du fait de sa généralité, ne touche aucun sujet interne individualisé. Il est donc impossible de déterminer quelle est la personne directement concernée. Or c'est là un des éléments majeurs de l'intérêt pour agir : il doit être personnel. La Cour de Strasbourg abandonne-t-elle pour autant, dans ces cas de figure, cette exigence contentieuse ? Il s'avère qu'elle préfère étendre le concept de « victime », mais que dès lors, il répond difficilement à sa fonction de détermination de l'intérêt pour agir. Dans l'affaire *Marckx*, la Cour estima que les articles du code civil s'appliquant immédiatement aux requérantes, ces dernières pouvaient se prétendre victimes des faits illicites découlant de leur production¹⁵¹⁹. Toutefois, cette règle de droit était, généralement, relative au droit des successions impliquant des enfants naturels. Son caractère général et impersonnel ne peut donc être remis en question, et il est difficile d'établir que les requérantes, bien qu'atteintes par ces lois immédiatement exécutoires modifiant instantanément leur statut, avaient un intérêt *personnel* pour agir. L'extension du concept de victime vient ici du fait qu'une *catégorie* de sujets

¹⁵¹⁷ *Ibidem*.

¹⁵¹⁸ La Cour européenne relève en effet trois hypothèses seulement d'admission de la théorie de la « victime potentielle » : lorsque le requérant n'est pas en mesure de démontrer que la législation incriminée lui a été appliquée, du fait de son caractère secret (hypothèse de l'affaire *Klass*, préc.), lorsqu'une loi est susceptible de s'appliquer à une catégorie de la population, dont le requérant (affaire *Dudgeon*, préc.), et enfin lorsque des mesures d'éloignement forcées d'étrangers, décidées mais non exécutées, exposeraient les requérants à des traitements contraires à la C.E.D.H. dans le pays de destination (arrêt *Soering* préc.). La Cour ne relève donc pas, au titre de la théorie de la « victime potentielle » – voir *infra* – les requêtes visant des règles immédiatement exécutoires, s'appliquant automatiquement aux sujets internes (affaire *Marckx*). Voir également : Cour E.D.H., arrêt du 23 mai 2002, *SEGI et autres c. 15 Etats de l'Union européenne - Gestoras pro Amnistia et autres c. 15 Etats de l'Union européenne*, req. 6422/02 et 9916/02.

¹⁵¹⁹ Cour E.D.H., arrêt du 9 octobre 1979, *Marckx c. Belgique*, préc.

internes, et non plus un ou plusieurs sujets individualisés, ont droit d'agir. Comment toutefois déterminer cette catégorie ? Il n'est pas réellement question du champ d'application d'une règle qui, on le répète, est automatiquement applicable. Toute une catégorie de sujets est touchée par la règle et, sans même le démontrer, la Cour a admis la requête de deux femmes à l'encontre de la loi belge relative aux règles de succession en matière de filiation naturelle, du simple fait qu'elles étaient elles-mêmes dans cette situation. L'intérêt pour agir, bien qu'étendu à toute une catégorie et non plus restreint à des sujets individualisés, ne disparaît pas. Il est tacitement vérifié, et nul doute qu'en pareilles circonstances la requête d'un enfant légitime eut été déclarée irrecevable. Pour reprendre l'affaire *Burden et Burden*, si l'âge des requérantes, rendant l'exécution de la règle litigieuse plus proche, n'est pas un critère déterminant, le fait que leurs biens dépassent la tranche d'exonération de droits de succession l'est, car les intègre dans la catégorie des sujets touchés par la loi fiscale¹⁵²⁰. Il est donc possible de circonscrire, un minimum, les catégories visées par une loi immédiatement exécutoire.

Malgré cette tentative de délimitation, reste que l'ensemble de la catégorie touchée par la règle immédiatement exécutoire aurait un intérêt pour agir devant la juridiction internationale, faisant craindre un risque de requêtes multiples et similaires, surchargeant le tribunal. Cette difficulté est révélée dans l'affaire *Bronionski* dans laquelle, suite à des législations polonaises empêchant la mise en œuvre du droit d'indemnisation reconnu à une catégorie d'environ quatre vingt mille citoyens¹⁵²¹, puis leur retirant totalement ce droit, la Cour était saisie de cent soixante-sept demandes¹⁵²². Elle relevait à ce sujet que la généralité était, outre un facteur aggravant de la responsabilité de l'Etat, « une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif mis en place par la Convention »¹⁵²³. Pour autant, la Cour ne limite pas le droit de recours qui reste ouvert à chaque citoyen appartenant à la catégorie en question. Même la récente tentative de limitation des recours par l'exigence du « préjudice important » du Protocole n°14 à la C.E.D.H. ne pourrait faire obstacle à ces recours : la Cour doit en effet, même si aucun préjudice notable n'est avancé, connaître des affaires mettant en cause une violation plus générale de la Convention¹⁵²⁴. La Cour luttera contre les effets pervers d'une telle ouverture des recours en généralisant ses arrêts par la procédure dite de l'« arrêt pilote » que nous avons déjà pu évoquée et qui sera examinée plus en détail ultérieurement. Force est de constater que nulle raison ne lui permettait de restreindre les

¹⁵²⁰ Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, préc., § 28.

¹⁵²¹ Cour E.D.H., arrêt du 22 juin 2004, *Bronionski c. Pologne* (arrêt au principal), préc., § 33-34.

¹⁵²² *Ibid.*, § 167.

¹⁵²³ *Ibidem*.

¹⁵²⁴ Protocole n°14, préc., article 12.

recours à des intérêts *individualisés* et que l'appartenance à une catégorie de sujets internes touchés par une mesure étatique immédiatement exécutoire suffit à démontrer sa qualité de victime.

Pour offrir un intéressant parallèle, on mentionnera en outre brièvement les conditions de recevabilité d'un recours en excès de pouvoir contre un acte réglementaire, en droit administratif français. La jurisprudence du Conseil d'Etat nous éclaire dans la mesure où cette juridiction a largement interprété la question de l'intérêt pour agir, ouvrant les recours non seulement aux justiciables visés par un acte individuel, mais également à tous ceux heurtés, plus ou moins directement, par un acte réglementaire exécutoire. Toute une *catégorie* de sujets a donc intérêt pour agir dès lors qu'une règle juridique est en cause, catégorie qu'il convient d'apprécier au cas par cas : habitants d'une commune pour un plan d'urbanisme ; usagers du service public contre les décisions y relatives¹⁵²⁵ ; contribuables contre les décisions intéressant les finances de la commune¹⁵²⁶, des départements ou colonies ; les électeurs contre les mesures d'organisation d'un referendum¹⁵²⁷. Le recours est donc largement ouvert, et si le Conseil d'Etat se défend d'accepter une éventuelle *actio popularis*, l'intérêt restant ici « personnel »¹⁵²⁸, force est de constater qu'on se rapproche d'un contentieux objectif de la légalité¹⁵²⁹. Aucune indemnisation ne peut d'ailleurs être demandée, et le recours n'a pour but que l'annulation de l'acte en question. Pour tirer une conclusion sur ce parallèle, les juridictions internationales élargissant la notion de l'intérêt pour agir à une *catégorie* de sujets internes – ou aux Etats agissant en protection diplomatique de cette même catégorie – s'éloignent d'autant plus du traditionnel contentieux de la réparation de droit international.

3. Pouvoir du juge

L'absence de pouvoir d'une juridiction internationale, propre à répondre à une demande visant l'annulation d'un acte juridique interne est *a fortiori* valable concernant des actes généraux et impersonnels. Sans que des développements spécifiques soient ici nécessaires, nous renvoyons à nos considérations précédentes à ce sujet¹⁵³⁰, pour étudier sans plus attendre la condition de

¹⁵²⁵ Conseil d'Etat, arrêt du 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n°18.

¹⁵²⁶ Conseil d'Etat, arrêt du 29 mars 1901, *Casanova*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n°8.

¹⁵²⁷ Conseil d'Etat, arrêt du 19 octobre 1962, *Brocas*, *Rev.*, p. 553 et s.

¹⁵²⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 12^e éd., 2006, 1489 p., p. 467-469.

¹⁵²⁹ Ces types de recours figurent, dans la classification de L. Duguit, dans le contentieux objectif, qui s'oppose au contentieux subjectif, visant notamment l'indemnisation : DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, spéc. p. 495-520.

¹⁵³⁰ Voir *supra*, Titre 1, et *supra*, Section 1, § 1, C.

recevabilité spéciale de l'épuisement des voies de recours internes, qui soulève des problèmes particuliers dans le cas des règles immédiatement exécutoires.

B. Condition spéciale : la règle de l'épuisement des voies de recours internes

La satisfaction de la condition de l'épuisement des voies de recours internes ici applicable (1) pourrait à première vue grandement compliquer une demande visant la production d'une règle juridique ; c'est toutefois sans compter le tempérament majeur de ce principe, selon lequel seuls les recours existants et effectifs sont à épuiser (2)

1. Applicabilité du principe

Dès lors que la règle touche en elle-même des sujets internes, la demande devrait se placer dans le cadre de la protection diplomatique, et se voir ainsi imposer un épuisement préalable des voies de recours internes. Il nous semble toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme rechigne à imposer à un Etat, agissant pourtant dans une démarche de protection de ses ressortissants, ladite condition de recevabilité. Si la demande a trait à une règle de droit ou une pratique générale, la Cour considère systématiquement que l'Etat agit en garant de l'ordre public européen, et non plus en protection diplomatique. Pourtant, on le rappelle, l'hypothèse dans laquelle un Etat agit réellement de manière désintéressée est tout à fait marginale¹⁵³¹, et derrière lesdites situations générales se cachent sinon une atteinte à ses propres nationaux qui seuls lui importent. A partir du moment où la règle en question est immédiatement exécutoire, la condition de l'intérêt pour agir pourrait être remplie. Si le système intégral de la C.E.D.H. défend que l'on s'intéresse à la nationalité des individus victimes de violation, il n'en reste pas moins possible de démontrer que les ressortissants d'un Etat donné font partie de la catégorie atteinte par une règle juridique. L'épuisement des voies de recours internes devrait également être imposé, quitte à le limiter aussitôt aux seuls recours efficaces, ce qui ne coule pas de source à propos des règles juridiques, comme on le verra dans un instant. L'existence de victimes démontre bien que c'est de leur protection dont on se soucie, davantage que de celle du droit *in abstracto*, et, théoriquement, on ne voit pas pourquoi l'épuisement des voies de recours internes serait soudainement rendu inapplicable. Au lieu de cela, la Cour de Strasbourg a préféré la simplicité d'une solution unique, mettant de côté la réalité de chaque situation. Suivant sa jurisprudence qui ne distingue pas véritablement les lois immédiatement exécutoires de celles qui ne le sont pas et

¹⁵³¹ Comm. E.D.H., décision du 24 janvier 1968, *Danemark c. Grèce, Norvège c. Grèce, Pays-bas c. Grèce et Suède c. Grèce*, Rec. Vol. 25, p. 92-116, p. 115.

va, dans tous les cas de demandes étatiques visant une règle ou pratique administrative, refuser d'exiger de l'Etat la satisfaction de la condition de l'épuisement des voies de recours internes.

Dans le cadre des recours individuels, conventionnellement soumis par la C.E.D.H. à la condition de l'épuisement, des solutions peuvent toutefois être trouvées. L'étude de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg démontre que les recours éventuellement disponibles contre des règles juridiques doivent être épuisés, même si ces derniers n'ont pas pour fonction d'indemniser les requérants. Dans l'hypothèse où la règle litigieuse a été exécutée, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes s'applique en premier lieu à cette mesure d'exécution. Il va toutefois sans dire que l'examen de cette condition de recevabilité prendra en compte la règle qui a automatiquement conduit à de telles conséquences. Bien souvent en effet, les recours ne pourront être épuisés si cette règle les empêche justement d'être efficaces¹⁵³². En tout état de cause, un recours qui permettrait de revenir sur une mesure concrète d'exécution ouvrirait aux requérants la possibilité de contester la règle juridique existant en amont. La condition de l'épuisement est donc en principe applicable tant à l'exécution qu'à la règle sur le fondement de laquelle elle a été opérée¹⁵³³. L'important est à présent de déterminer si le droit interne offre, au regard du droit international, des recours efficaces pour revenir sur ces actes, eux seuls exigeant d'être épuisés.

2. *Efficacité des recours*

Si les recours objectifs en annulation doivent être considérés comme des voies à épuiser avant d'agir sur la scène internationale (a), de nombreuses circonstances permettent de s'y soustraire (b).

¹⁵³² Ainsi, dans l'affaire *Airey*, la requérante soulevait la violation de son droit d'accès à la justice (art. 6) et de son droit à la protection de sa vie familiale (art. 8) du fait de l'impossibilité d'accéder aux tribunaux pour demander une séparation de corps d'avec son mari violent. La Commission E.D.H. (décision du 7 juillet 1977, *Airey c. Irlande*, D.R. 8, p. 50-58, spéc. p. 58) et la Cour (arrêt du 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, préc., § 19 et § 20-28) considérèrent toutes deux que l'exception devait être liée au fond. Concluant à cette impossibilité effective d'accéder aux tribunaux du fait de frais de justice prohibitifs, la Cour a du même coup rejeté l'exception relative à l'épuisement des recours internes (*ibid.*, § 20-28). La règle juridique interne relative à l'accès à la justice constituait à la fois le fait illicite et l'obstacle à l'épuisement des voies de recours internes.

¹⁵³³ Voir Cour E.D.H., décision du 18 septembre 2001, *Selim c. Chypre*, préc. Examinant la satisfaction de la condition de l'épuisement, la Cour examine à la fois les recours éventuels contre la lettre de l'administration informant au requérant l'impossibilité de contracter mariage et contre cette impossibilité même. Aucun recours efficace n'étant disponible, l'exception fut rejetée (voir *infra*).

a. Recours objectifs en annulation

Ne doivent être épuisés, pour satisfaire au principe, que les voies de recours internes disponibles et efficaces. Une question s'élève d'emblée : à quoi peut-on juger de l'efficacité d'un recours dans ce cas de figure ? Les recours traditionnellement ouverts à l'encontre des règles juridiques, recours en annulation de nature objective, et non recours en réparation d'un préjudice, peuvent-ils être considérés comme des recours *efficaces* ?

La réparation du préjudice subi par le sujet interne n'est pas un critère déterminant l'efficacité du recours interne à l'encontre d'une règle juridique. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme énonce dans son arrêt *Hobbs* que la voie de recours britannique ouverte en cas de contrariété d'une loi avec la C.E.D.H. ne permet pas de réparer le préjudice financier causé par la discrimination législative dont le requérant avait été victime. Mais dans cette affaire, le requérant avait subi un dommage concret, après déclenchement de la loi immédiatement exécutoire, qui ne pouvait être réparé par un recours à caractère objectif¹⁵³⁴. Un tel recours, conduisant à la seule annulation ou modification d'une règle contraire par une juridiction interne pourrait ainsi être à même de constituer un recours efficace lorsque, au contraire, la loi n'a pas encore reçu d'exécution matérielle.

Par exemple, les actes réglementaires peuvent, en France, faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge administratif. Ainsi qu'on a déjà pu l'évoquer en opérant un parallélisme entre juridiction interne et juridiction internationale à propos de l'intérêt pour agir, les recours sont largement ouverts à toute une catégorie de sujets internes touchés, plus ou moins directement, par l'acte en question. Les recours internationaux seront donc repoussés en attendant que cette voie soit utilisée. De même, certains Etats – dont l'Allemagne – ouvrent les recours internes aux justiciables contre des actes législatifs. Les recours constitutionnels devront ainsi être épuisés avant d'agir devant une juridiction internationale¹⁵³⁵. La Lettonie en fait également partie, ainsi qu'a pu le constater la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision sur la recevabilité en l'affaire *Grisankova et Grisankovs*, relevant bien que la loi

¹⁵³⁴ Cour E.D.H., décision du 16 juin 2002, *Hobbs c. Grande-Bretagne*, req. 63684/00, telle qu'interprétée par la Cour : Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, préc., § 38. Le requérant se plaignait d'une législation discriminatoire pour les hommes, n'accordant de pension qu'aux veuves ; à la mort de sa femme, le bénéfice de cette loi lui avait été automatiquement refusé. Egalement : Cour E.D.H., décision du 8 avril 2003, *Dodds c. Royaume-Uni* req. 59314/00 ; Cour E.D.H., décision du 16 mars 2004, *Walker c. Royaume-Uni* req. 37212/02 ; Cour E.D.H., décision du 27 avril 2004, *Pearson c. Royaume-Uni*, req. 8374/03.

¹⁵³⁵ Comm. E.D.H., décision du 8 janvier 1959, *X c. R.F.A.*, req. 222/56, *Ann. C.E.D.H.*, vol. 2, 1958-1959, p. 344-352.

constitutionnelle, déjà appliquée avec succès, permet aux particuliers d'attaquer une règle de droit dès lors qu'elle porte atteinte à leurs droits constitutionnels, autorisant la juridiction constitutionnelle à annuler une telle disposition législative ou réglementaire¹⁵³⁶. Notons toutefois qu'il n'est pas nécessaire que la règle soit attaquée pour incompatibilité avec le droit international en droit interne, mais qu'une incompatibilité avec la Constitution, laquelle comporterait les mêmes normes protectrices que la Convention, serait suffisante. Cela modifie quelque peu la raison d'être théorique de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, qui a normalement pour but de remédier à une violation du droit international, et non du droit constitutionnel interne, mais il semble qu'un pragmatisme soit ici de mise.

En revanche doivent être exclus des recours à épuiser ceux d'entre eux qui n'aboutissent pas à la « réparation » escomptée, autrement dit une annulation ou modification de la règle produite en violation de l'obligation internationale.

b. Exclusion de certains recours

Une fois de plus, la jurisprudence européenne de protection des droits fondamentaux nous permet de dégager quelques directives en matière d'effectivité des recours disponibles à l'encontre des règles juridiques internes.

Ne peut être considéré comme effectif un recours constitutionnel existant dans les textes, mais inappliqué en pratique, comme cela peut être le cas dans des Etats troublés tels Chypre¹⁵³⁷. Les juges de Strasbourg souhaitent en effet que leur soit fourni un exemple « de précédent dans lequel, en présence de circonstances analogues à celles de l'espèce, un texte de loi aurait été déclaré inconstitutionnel et ne produisant plus d'effet. »¹⁵³⁸

Un recours à effet purement déclaratoire ne constitue aucunement un recours effectif à épuiser en droit interne. La Cour de Strasbourg, jugeant de la loi britannique de 1998 sur les droits de l'homme selon laquelle les tribunaux sont habilités à déclarer les dispositions de la législation « incompatibles » avec la C.E.D.H.¹⁵³⁹, a considéré que cette dernière ne fournissait pas

¹⁵³⁶ Cour E.D.H., décision du 13 février 2003, *Grisankova et Grisankovs c. Lettonie*, Rec, 2003-I. Le cas d'espèce était relativement similaire à celui de l'affaire linguistique belge : il s'agissait d'une loi déterminant la langue d'usage dans les établissements d'enseignement, immédiatement exécutoire sur les sujets internes.

¹⁵³⁷ Cour E.D.H., décision du 18 septembre 2001, *Selim c. Chypre*, préc.

¹⁵³⁸ *Ibidem*.

¹⁵³⁹ Cette législation dispose que la législation britannique doit, dans la mesure du possible, être interprétée de manière compatible avec les droits reconnus par la C.E.D.H. (article 3). En cas d'impossibilité, une procédure est

aux sujets internes un recours effectif contre des règles contraires à la Convention¹⁵⁴⁰. En effet, elle ne lie pas les parties à la procédure durant laquelle elle est faite¹⁵⁴¹. En outre, une « déclaration d'incompatibilité » n'a pas pour conséquence l'annulation ou la modification de la règle en question : en effet, le pouvoir exécutif n'est habilité à modifier la législation qu'en cas de motifs impérieux, et n'a en aucun cas l'obligation d'user de cette habilitation¹⁵⁴². *A contrario*, une déclaration d'incompatibilité telle que celle formulée par une juridiction suprême fédérale envers un acte d'un Etat fédéré, qui aurait une incidence sur la validité de la règle en question, pourrait permettre de reconnaître le recours comme effectif. L'accent est en effet mis sur la conséquence en termes d'effet juridique de la décision de justice sur l'acte. Une pratique coutumière des institutions donnant effet invalidant à une telle déclaration pourrait seule rendre un tel recours effectif¹⁵⁴³.

Une autre limite importante est posée à l'exigence d'épuisement des recours constitutionnels. La Cour de Strasbourg considère en effet qu'ils n'ont pas à être utilisés lorsqu'il l'ont déjà été sur la question en cause, voyant les décisions de ces juridictions suprêmes comme ayant force de loi. Dans l'affaire *Keegan*, le gouvernement irlandais arguait que le requérant ne s'était pas plaint devant les juridictions irlandaises de ce que la loi ne lui avait pas permis de prendre part au processus d'adoption de sa fille naturelle, et qu'il n'avait pas contesté la constitutionnalité des dispositions légales discriminatoires du père naturel¹⁵⁴⁴. La Cour, rappelant que la Cour suprême irlandaise s'était déjà prononcée sur ce point, déniait au père naturel tout droit constitutionnel à prendre part au processus d'adoption, a considéré que le requérant n'avait en l'espèce « aucune perspective de succès » et que l'exigence d'épuisement des voies de recours était donc satisfaite¹⁵⁴⁵. Ainsi, l'obstacle du recours constitutionnel existant ne joue qu'une fois, l'arrêt n'ayant pas l'effet *inter partes* d'une décision de justice. Dès lors qu'une décision constitutionnelle est intervenue sur le point en question, elle considère le recours comme

institué selon laquelle les tribunaux sont appelés à dire si une disposition législative est ou non compatible, prononçant une éventuelle déclaration d'incompatibilité (article 4). Extraits traduits dans Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, préc., § 20.

¹⁵⁴⁰ Cour E.D.H., décision du 16 juin 2002, *Hobbs c. Grande-Bretagne*, préc. ; Cour E.D.H., décision du 8 avril 2003, *Dodds c. Royaume-Uni*, préc. ; Cour E.D.H., décision du 16 mars 2004, *Walker c. Royaume-Uni*, préc. ; Cour E.D.H., décision du 27 avril 2004, *Pearson c. Royaume-Uni*, préc. ; Cour E.D.H., décision du 29 juin 2004, *B. et L. c. Royaume-Uni*, req. 36536/02 ; Cour E.D.H., décision du 11 avril 2006, *Upton c. Royaume-Uni*, req. 29800/04 ; confirmé par Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, préc., § 37 à 40 puis, en Grande Chambre, par Cour E.D.H., arrêt du 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. 13378/05, § 40 à 44.

¹⁵⁴¹ Article 4 de la loi de 1998, Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, préc., § 20.

¹⁵⁴² Article 10 de la loi de 1998, *ibidem*.

¹⁵⁴³ Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, préc., § 39.

¹⁵⁴⁴ Cour E.D.H., arrêt du 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande, Série A*, n°290, § 36.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, § 39.

ineffectif. Une telle ligne jurisprudentielle était prévisible depuis l'affaire *Jobnston*, dans laquelle la Cour a balayé facilement l'exception de non-épuiement en considérant que l'ensemble des règles litigieuses discriminatoires pour la famille illégitime trouvait sa source dans la disposition constitutionnelle interdisant le divorce. Aucun recours n'étant à la disposition des requérants à l'encontre de la Constitution, l'action de ces derniers était donc recevable¹⁵⁴⁶.

Les ordres internes qui ne permettent pas aux justiciables d'attaquer des règles juridiques ne laissent aucune voie qui puisse être épuisée, et permettent un recours international immédiat suite à la production de l'acte en question. Quant à ceux qui ouvrent des recours, ces derniers seront souvent considérés comme ineffectifs. L'existence de recours constitutionnels n'est donc pas un obstacle fréquent à l'introduction d'une demande à l'encontre d'un acte législatif. Il est paradoxalement plus aisé et rapide d'agir à l'encontre d'une règle de droit qu'à l'encontre de la production d'un acte individuel. C'est ainsi la condition de l'intérêt pour agir qui sera la plus difficile à remplir ; elle ne constitue toutefois pas une impossibilité radicale selon l'interprétation retenue par la Cour européenne. Ces obstacles à l'invocation de la responsabilité de l'Etat pour violation des obligations de comportement opératif, qui ne peut survenir que du fait de règles immédiatement exécutoires, seront amplifiés lorsque la violation d'obligations de comportement *normatif* sera en cause. En effet, celle-ci peut certes être constituée par l'état de règles de droit privé, parfois immédiatement exécutoires, que par l'état de règles de droit public, qui alors n'ont plus cette caractéristique. Leur abstraction accrue rend tout recours à leur encontre beaucoup plus improbable dans le cadre du contentieux international classique.

§ 2. *Recours pour violation d'une obligation de comportement normatif*

Les obligations de comportement normatif les plus connues ont trait à la *conformité* de règles internes à des modèles internationalement définis, dans le domaine du droit privé. La violation de ces obligations ne fait toutefois pas l'objet de recours interétatiques, visant à engager la responsabilité de l'Etat auteur¹⁵⁴⁷, pour diverses raisons essentiellement communes avec la violation des obligations relatives cette fois à la *compatibilité* des règles internes, obligations de comportement normatif superposées aux obligations de comportement opératif de l'Etat. Il faut

¹⁵⁴⁶ Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1986, *Jobnston et autres c. Irlande*, préc., § 44-46.

¹⁵⁴⁷ PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, op. cit., p. 219.

toutefois noter que les règles dont l'uniformisation est l'objet des conventions « portant droit uniforme » en matière de droit privé sont, dans leur grande majorité¹⁵⁴⁸, immédiatement exécutoires. Leur uniformisation peut ainsi être atteinte par un autre biais : celui de la réglementation du comportement prétendument opératif de l'Etat de leur production et de leur maintien en vigueur. Des recours qui mettraient ces règles en cause sont donc potentiellement ouverts, comme on l'a vu dans le cadre de la C.E.D.H. Ils tendraient toutefois à la reconnaissance de la violation d'une obligation différente. Nous renvoyons sur ce point à nos développements précédents¹⁵⁴⁹. Les règles juridiques internes non immédiatement exécutoires ne peuvent quant à elles heurter les obligations de comportement opératif, et un recours pour violation de l'obligation relative à leur compatibilité doit alors être envisagé. Dans les deux hypothèses, outre les obstacles propres au caractère général de l'acte en question, qui se recourent par rapport au cas précédent, s'ajoutent des difficultés liées à la nature de l'obligation dont il est nécessairement question ici.

A. Conditions générales de recevabilité

1. *Existence d'un différend*

Dans le cas de la violation d'une obligation de comportement normatif, l'acte mis en cause peut être non-exécutoire, et mêler ainsi généralité et abstraction, sans que ses effets ne puissent être automatiquement déclenchés dans des situations individuelles. La question de l'existence d'un différend, réel (a) et actuel (b) se posera alors avec plus d'acuité. Ces obstacles à la recevabilité d'une demande en mise en œuvre de la responsabilité s'élèvent essentiellement face à un recours pour violation d'une obligation relative à la *compatibilité* de règles internes, qui comportent une part d'habilitation.

a. Différend réel

En droit du contentieux international, toute décision doit avoir un impact sur une situation concrète, un litige qu'elle va résoudre. Un jugement qui n'aurait pas pour but de déterminer, en réglant un différend, la conduite à venir des parties, n'entrerait pas dans le

¹⁵⁴⁸ L'exception étant, comme on l'a déterminé précédemment, les règles du « droit pénal international », *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 1.

¹⁵⁴⁹ Voir *supra*, § 1, et surtout 2, b. Notamment l'arrêt *Marékx* est très nettement relatif à la conformité des règles de droit privé en matière successorale. L'intérêt pour agir n'est pas mis en question, le sujet interne pouvant s'en prétendre victime directe.

contentieux de la réparation. Pour cela, une requête présentant devant une juridiction internationale une question relative à la compatibilité de règles d'habilitation internes d'un Etat défendeur à ses obligations internationales serait très certainement irrecevable, sans application de celles-ci à des cas individuels. Le jugement serait en effet purement déclaratoire.

Certes, des jugements déclaratoires relatifs à des actes juridiques internes entrent parfois dans la fonction contentieuse internationale. Notamment la C.P.J.I. a eu à connaître de la « validité » d'une proclamation royale norvégienne, acte général formellement interne visant à déclarer l'occupation sur le Groënland Oriental¹⁵⁵⁰. Si la Cour a accepté de connaître de cette question, c'est qu'un différend réel opposait la Norvège au Danemark, sur le point de savoir lequel de ces deux Etats avait souveraineté sur ce territoire. Autrement dit, il n'était pas question de juger, *in abstracto*, de la légalité d'une règle interne, mais bien de déterminer si cet acte, matériellement international, pouvait produire ses effets juridiques dans cet ordre et ainsi déterminer le droit applicable entre les deux Etats parties. De même dans l'affaire des *Zones franches*, la C.P.J.I. a eu, dans un arrêt déclaratoire dont le dispositif se bornait à déterminer les droits des Etats parties à la procédure, à connaître d'une loi française. Cette dernière reculait une ligne de douane, et devait donc être considérée comme un acte unilatéral international¹⁵⁵¹. Ce type de jugement déclaratoire ne doit donc pas être confondu avec un contrôle de la légalité du droit interne. Il a toujours pour fonction de trancher définitivement un différend réel, même si le tribunal saisi n'a pas pour mission de préciser d'obligations secondaires à la charge d'un des Etats.

Bien différente serait une requête déférant au juge international une règle purement interne à un Etat, d'origine comme d'effet juridique, aux fins d'en apprécier la compatibilité abstraite avec les obligations de comportement opératif de celui-ci. Il n'est en effet plus question de déterminer le droit liant les deux Etats, mais bien de juger abstraitement d'une « légalité internationale » du droit interne d'un Etat étranger. La plupart du temps, la question posée à la juridiction relative au droit général étatique l'est en même temps que des cas, parfois multiples, d'application de ce dernier, et la question de l'existence du litige ne fera pas de difficulté¹⁵⁵². En cas contraire, aucun différend n'opposerait les deux Etats et la question serait totalement abstraite, sans impact autre que potentiel sur leur situation ou celle de leurs ressortissants¹⁵⁵³. Il

¹⁵⁵⁰ C.P.J.I., arrêt du 5 avril 1933, *Statut juridique du Groënland Oriental*, préc.

¹⁵⁵¹ C.P.J.I., arrêt du 7 juin 1932, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, Série A/B*, n°32, p. 96 et s.

¹⁵⁵² Voir les requêtes étatiques devant la Cour de Strasbourg.

¹⁵⁵³ Cette conclusion ressort d'une remarque de la Bulgarie dans l'examen de la proposition Luxembourgeoise d'amendement au projet d'article sur le droit des traités (A/CONF.39/L.15) selon laquelle « Les parties prennent toutes les mesures de droit interne éventuellement nécessaires pour assurer la pleine application des

n'entre pas dans les attributions contentieuses du juge international de connaître du droit interne en tant que tel.

C'est sans compter l'émergence des obligations internationales relatives à l'état des règles internes, se superposant aux obligations de comportement opératif des Etats, que nous avons déjà eu l'occasion de constater. Dès lors que l'Etat demandeur porterait devant le juge une demande relative à la violation d'une telle obligation internationale, la demande aurait bien trait à une véritable opposition juridique avec l'Etat auteur de la législation supposée incompatible. Le droit interne serait entendu comme du fait, son incompatibilité constituant le fait internationalement illicite. La recevabilité d'une demande visant une règle interne comportant une part d'habilitation, avant toute application à un cas individuel, pose donc un problème lié à la reconnaissance, au fond, d'une obligation de comportement normatif existant à la charge de l'Etat défendeur. Si celle-ci peut être reconnue *prima facie* par le tribunal saisi, nul doute qu'une contestation portant sur l'incompatibilité d'une règle de droit – voire une non-conformité si des recours étaient ouverts pour la violation de conventions de droit uniforme – pourrait être à l'origine d'un différend international. Encore faudrait-il qu'une telle obligation soit expressément formulée dans un instrument conventionnel, ou bien fermement reconnue en droit international général.

C'est donc exclusivement dans les branches du droit international reconnaissant une forme d'obligation de comportement normatif à la charge des Etats en sus de leurs obligations conventionnelles classiques que la recevabilité d'une telle demande ne posera pas de difficulté. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, hormis dans le cadre des requêtes étatiques dont on sait qu'elles sont sur ce point soustraites aux conditions du procès international¹⁵⁵⁴, l'existence d'un différend opposant un sujet interne à un Etat se résout en même temps que sa qualité de victime. Si la Cour refuse de statuer *in abstracto*¹⁵⁵⁵, elle accepte, comme on le verra dans un instant, la notion de victime « potentielle ». La Cour admet ainsi implicitement qu'un différend réel puisse opposer le requérant à l'Etat du seul fait de sa soumission à une règle incompatible avec les standards européens de protection des droits de l'homme. L'incompatibilité du droit interne étant, de manière désormais bien ancrée dans la jurisprudence, un fait en violation de la

traités. ». Le représentant de la Bulgarie considéra les effets pervers d'une telle disposition : « La moindre contradiction entre le droit interne d'un État et les dispositions d'un traité pourrait donner lieu à des controverses, même en l'absence de motifs concrets de désaccords. » Nouvel article proposé par le Luxembourg, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 2^e session, Vienne, 13^e séance plénière du 6 mai 1969, (A/Conf.39/11/add.1), §24 p.56. Nous soulignons.

¹⁵⁵⁴ Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1, § 2, A, 1.

¹⁵⁵⁵ Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1975, *Golder*, préc., § 39 p. 19.

C.E.D.H., une requête visant une règle non immédiatement exécutoire même non appliquée est sans nul doute aujourd'hui porteuse d'un litige.

b. Différend actuel

Que l'application de la règle supposée incompatible à un cas individuel n'ait pas encore eu lieu ne pose pas, quant à la naissance du différend, de problème distinct de sa réalité, point que l'on vient d'examiner. En effet, l'application d'une règle non immédiatement exécutoire n'est que potentielle, et peut ne jamais intervenir. Une demande visant une règle de ce type, avant tout cas d'application, n'est pas une demande prématurée : c'est une demande abstraite, tant qu'elle ne vise pas à faire reconnaître un fait illicite du fait de sa contrariété avec une obligation de *comportement normatif*, justement relative à l'état de ladite règle. La demande sera donc irrecevable en droit international général, tant qu'aucune obligation stricte de ce type n'est mise en cause. Dans les systèmes connaissant de telles obligations, le différend naîtra avec la production de la règle en question sans attente d'une quelconque application. Peut en revanche se poser la question de son actualité.

Bien entendu, le fait que l'Etat reconnaisse et répare la violation issue d'un acte individuel, lorsque ce dernier ne fait qu'appliquer une règle ordonnant aux organes une telle violation, ne purge pas un différend qui allait bien au-delà. Son actualité ne sera en question que si l'Etat entreprend de modifier sa législation en cours de procédure.

La Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁵⁶ a radié l'affaire *De Becker* du rôle suite à l'abrogation de la disposition belge litigieuse relative à la peine de déchéance dont avait fait l'objet le requérant. Elle a estimé que « la modification entre-temps intervenue du texte de cet article a eu pour conséquence d'enlever tout intérêt, autre qu'historique, à cette divergence »¹⁵⁵⁷. Cette solution a toutefois été critiquée par le juge M. A. Ross qui, dans son opinion dissidente, a relevé que la Cour n'avait pas à se soumettre aux principes généraux de procédure judiciaire, et qu'elle se devait de juger au fond en vue de protéger l'intérêt public¹⁵⁵⁸. La jurisprudence de la Cour a d'ailleurs évolué en ce sens. Un différend n'est considéré comme éteint – la Cour traite cette question sous l'angle de la notion de victime, mais c'est bien de l'actualité du différend dont il s'agit – que si l'Etat a reconnu, explicitement ou en substance, la violation et offert une juste

¹⁵⁵⁶ Vers laquelle on renvoie directement ici, ne prenant en compte que les systèmes dont on a vu qu'ils acceptaient la violation de leurs obligations du fait de l'incompatibilité de règles de droit interne.

¹⁵⁵⁷ Cour E.D.H., arrêt du 27 mars 1962, *De Becker (radiation)*, Série A, n°4, § 13.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, Opinion dissidente du juge M. A. Ross, surtout § 5-7.

réparation au sujet interne lésé¹⁵⁵⁹. Ce principe s'appliquerait sans doute de la même façon aux requêtes visant une règle non immédiatement exécutoire. Sans cela, un accord entre les parties serait nécessaire à la radiation du rôle, comme notamment dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni*. L'Etat défendeur avait rendu sa législation compatible avec les exigences de la C.E.D.H., et, sans reconnaître formellement son fait illicite, avait conclu un accord avec le requérant qui poursuivait le retrait de cette incompatibilité pour que l'affaire soit radiée¹⁵⁶⁰. La radiation de l'affaire *De Becker* était en réalité également guidée par un accord de la victime en ce sens. Bien qu'ayant moins de valeur qu'aujourd'hui, la Cour étant à l'époque saisie par la Commission et non directement par les requérants internes, le désintérêt de la victime à la poursuite de l'affaire apportait sans doute la preuve que l'état du droit belge ne posait plus de problème de compatibilité avec la Convention¹⁵⁶¹.

Même si elle a été entre-temps abrogée, ladite règle restera au centre du différend si les effets de son application perdurent encore. Connaissant d'un jugement en indemnités, insuffisantes pour protéger la vie privée de requérants victimes de diffamation, la Cour s'est en effet octroyé le pouvoir de déclarer la loi qui les plafonnait en violation de la C.E.D.H.¹⁵⁶². Le fait que l'Etat l'ait modifiée constituait non pas une raison de se soustraire à l'examen de la législation, mais un indice confirmant son incompatibilité illicite¹⁵⁶³.

Lorsque ladite règle a été abrogée, mais qu'elle avait auparavant reçu application et que les effets de ces actes individuels perdurent, alors le différend demeure dans son ensemble, et même la question relative à la loi sera examinée. La Cour européenne accepte de juger au fond et de

¹⁵⁵⁹ Voir par ex., Cour E.D.H., arrêt du 25 juin 1996, *Amuur c. France*, préc., § 36.

¹⁵⁶⁰ Cour E.D.H., arrêt du 27 mars 2001, *Sutherland c. Royaume-Uni (arrêt en radiation)*, req. 25186/94.

¹⁵⁶¹ Dans son opinion dissidente, M. A. Ross considère en revanche que l'on ne peut se fier à un avis de la victime en ce sens, sans doute trop influencé par l'Etat défendeur, et que la Cour se devait, au besoin d'office, de juger au fond de la violation de la Convention par la loi même amendée (Cour E.D.H., arrêt du 27 mars 1962, *De Becker*, préc., opinion dissidente, § 6-7.) L'actuel article 37. 1, *in fine* permet en effet aujourd'hui à la Cour de se détacher des principes généraux du contentieux et de statuer d'office alors même que le litige aurait disparu ou que le requérant n'entendrait plus maintenir sa requête, si l'ordre public européen le nécessitait. Voir *infra*, Chapitre 2. Voir également SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 209, qui estime que la Cour européenne « prend en compte l'intérêt public attaché à la décision autant que la réalité de la satisfaction ».

¹⁵⁶² Cour E.D.H., arrêts du 25 novembre 2008, *Biriuk c. Lituanie* (anglais seulement), req. 23373/03, §26 et § 46-47, et *Armoniene c. Lituanie* (anglais seulement), req. 39919/02, § 30 et § 47-48. Dans ces affaires, le droit interne limitait les sommes versées en réparation de diffamation, de sorte que la protection de la vie privée n'était pas assurée. Si les tribunaux ont appliqué la loi – réparation du préjudice des sujets internes – en reconnaissant qu'il y avait violation de la Convention, cette violation n'était pas encore imputable à la Lituanie mais aux journalistes, sujets internes. La Lituanie était l'auteur d'une violation du fait de ne pas avoir protégé la vie privée de ses ressortissants, en n'accordant pas une réparation suffisante. Elle prend sa source dans la règle interne qui pose un plafond trop bas pour les indemnités accordées à ce type de préjudice.

¹⁵⁶³ A propos de la violation : « *This view is confirmed by the fact that the impugned ceiling on judicial awards of compensation contained in Article 54 § 1 of the Law on the Provision of Information to the Public was repealed by the new Civil Code soon after the events in the present case* », Cour E.D.H., arrêts du 25 novembre 2008, *Biriuk c. Lituanie*, préc., § 46.

déclarer que l'incompatibilité du droit interne, pourtant révolue, violait la C.E.D.H. Les juges de Strasbourg pourront certes parfois radier une affaire du rôle si la requête vise une règle de droit qui a entre-temps été annulée ou modifiée¹⁵⁶⁴. Mais il faudrait pour cela que le requérant manifeste son désintérêt à l'action¹⁵⁶⁵, ou bien que l'Etat manifeste de manière claire que la violation de la C.E.D.H. est à l'origine du changement de législation, preuve de la reconnaissance de sa responsabilité. La Cour européenne accepterait sinon de juger d'une action visant une règle de droit qui ne fait plus partie de l'ordre juridique interne, dès lors que l'incompatibilité illicite n'a pas été reconnue. Ce faisant, la Cour s'éloigne du contentieux de la réparation pour tendre vers le jugement déclaratoire¹⁵⁶⁶.

2. Intérêt pour agir

a. Intérêt étatique

Aucun dommage, immédiat ou médial, subjectivement ressenti par un Etat déterminé, ne peut être démontré lors de la violation de ces obligations. L'atteinte est en effet généralisée, puisqu'elle intervient en violation d'une obligation interdépendante : l'obligation de comportement normatif. Sa violation ne donne pas naissance à une obligation de réparer tant qu'aucun préjudice spécial, concret, ne peut être prouvé¹⁵⁶⁷. *In abstracto*, aucun intérêt pour agir ne pourrait ainsi être démontré. Comment dès lors remplir les conditions classiques de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat dans ce cas de figure ? Il faudrait, pour que la mise en œuvre de la responsabilité soit possible, s'affranchir de cette condition de l'intérêt pour agir ou tout du moins l'assouplir fortement.

Le droit international général ne connaît en effet pas d'*actio popularis*, ou action pour le compte d'autrui¹⁵⁶⁸. Nul besoin toutefois de recourir à cette notion. L'« *actio popularis* est une

¹⁵⁶⁴ Cour E.D.H., arrêt du 27 mars 1962, *De Becker*, préc., § 14.

¹⁵⁶⁵ En l'affaire *De Becker*, la victime avait, par une lettre, exprimé sa satisfaction lors du changement de législation belge, et son désintérêt à la continuation de la procédure. La Cour avait nié être liée par cet instrument, ne connaissant alors pas des recours individuels. Mais cette lettre constituait tout de même un indice dans le sens de la disparition du problème concret soumis à la Cour, laquelle se refusa à régler des questions de compatibilité de la loi nouvelle à la C.E.D.H. Notons toutefois que la Commission avait relevé qu'à première vue, les problèmes majeurs posés par la législation avaient disparus et que subsistaient seules des questions d'interprétation relatives à l'application de certaines sanctions pénales.

¹⁵⁶⁶ Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1.

¹⁵⁶⁷ Voir *infra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, A.

¹⁵⁶⁸ Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la C.I.J. s'est refusée à « admettre une sorte d'*actio popularis* ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public. S'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international, tel qu'il existe actuellement, ne la reconnaît pas. » (C.I.J., arrêt du 18 juillet 1966, *Affaires du Sud-Ouest Africain (2^e phase)*, préc., p. 147).

enveloppe judiciaire protectrice de l'intérêt au respect des obligations *erga omnes*»¹⁵⁶⁹, et uniquement de ces dernières. Or, les obligations de comportement normatif ne peuvent à notre sens être entendues comme *erga omnes*, autrement dit non réciproques, mais obéissant à une *ultra-réciprocité* : elles sont interdépendantes. L'intérêt pour agir en violation de telles obligations a été reconnu depuis longtemps par la C.P.J.I. dans l'affaire *Wimbledon* qui, tacitement, a reconnu que des Etats parties au Traité de Versailles, traité ultra réciproque, ne pouvant arguer d'un dommage propre à leur encontre du fait du comportement de l'Allemagne¹⁵⁷⁰, bénéficiaient d'un intérêt pour agir incontestable. Sans le justifier autrement, la Cour affirma que la recevabilité de la requête ne pouvait faire de doute :

« il suffit d'observer en l'espèce que chacune des Puissances demanderesses a un intérêt évident à l'exécution des stipulations concernant le Canal de Kiel, puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon ; elles rentrent donc, sans qu'il soit besoin pour elles de justifier d'un intérêt pécuniaire lésé, dans les prévisions » de la clause compromissoire susmentionnée¹⁵⁷¹.

Ainsi, la violation d'obligations interdépendantes entraînerait la présomption d'un intérêt pour agir au bénéfice de tous les Etats liés à cette dernière. Loin d'une forme d'*actio popularis* qui se détache de la condition de l'intérêt pour agir, dans une forme d'action pour autrui, on se trouve ici dans une forme d'action ouverte à tous ou à tous ceux d'un groupe déterminé, mais au profit strictement personnel. L'intérêt existe mais ne peut être démontré ; la Cour a accepté qu'il soit simplement présumé.

Au vu de l'interprétation souple de l'intérêt pour agir retenue dès l'époque de la Société des Nations, on pourrait conclure qu'une telle position puisse être généralisée. Ainsi, dès qu'un Etat est lié à une obligation de comportement normatif, il bénéficierait d'un intérêt pour agir en violation de cette dernière, sans besoin pour lui de démontrer qu'il est spécialement atteint par la l'existence d'une règle interne. On est toutefois en droit de se demander si une telle position pourrait être adoptée par une juridiction en l'absence de clause compromissoire établissant expressément que l'ensemble des Etats parties à l'instrument violé a *ipso facto* un intérêt pour agir. Force est également de constater que dans l'affaire *Wimbledon*, l'Allemagne ne soulevait pas de

¹⁵⁶⁹ VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, PUF, 2004, XXII-403 p., p. 261.

¹⁵⁷⁰ C.P.J.I., arrêt du 17 août 1923, *Vapeur Wimbledon*, préc.

¹⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 20.

telle objection, ce qui n'a pas conduit la Cour à développer cette question¹⁵⁷². Une acception large de l'intérêt pour agir est davantage envisageable lorsque l'Etat défendeur ne s'y oppose pas. Quant à la clause compromissaire, si elle a pu être interprétée comme permettant un tel recours détaché de l'intérêt pour agir¹⁵⁷³, elle ne présume généralement pas de la recevabilité d'une demande faite sur son fondement. Dans la grande majorité des cas, elle n'indique aucune restriction relative à l'intérêt pour agir dans sa formulation, ce qui laisse ensuite au juge davantage de liberté quant à la recevabilité de la demande. Reste que la règle de droit international général demeure applicable tant qu'elle n'est pas expressément écartée ; seul un « Etat lésé »¹⁵⁷⁴, autrement dit un Etat disposant d'un intérêt *subjectif* pour agir, est recevable à intenter une action en droit international. Cela n'exclut pas nécessairement les Etats agissant dans un intérêt collectif.

La juridiction pourrait ainsi adopter une lecture souple de l'intérêt pour agir afin d'ouvrir les recours à des Etats agissant en violation d'obligations ultra réciproques telle l'obligation de comportement normatif. Certainement une telle position est envisageable lorsqu'une telle réciprocité est indiscutable, comme dans le cas, par exemple, d'un traité de désarmement mais aussi, à notre sens, une convention de droit international privé obligeant les Etats relativement à la conformité de leur droit interne à des modèles définis. Il serait toutefois plus délicat d'accepter que puisse se prévaloir d'un intérêt pour agir tous les Etats à un traité qui ne comporterait qu'une obligation de comportement normatif tacite, superposée à des obligations de comportement opératif. Un dangereux élargissement de la notion serait à craindre, avec dévoiement possible de celle-ci puisque tout Etat partie pourrait, sous prétexte de la violation de la seule et unique obligation ultra réciproque de l'instrument, agir pour la violation d'une obligation à la réciprocité bilatérale.

La reconnaissance d'un intérêt pour agir d'Etat en violation de l'obligation de comportement normatif ne peut pas davantage être démontrée par l'exemple des recours étatiques devant les juridictions de protection des droits fondamentaux, qui consacrent quant à

¹⁵⁷² Dans son contre-mémoire, l'Allemagne déclare « laisser à l'interprétation de la Cour la question de savoir si les Gouvernements des puissances alliées qui, conjointement avec le Gouvernement français, ont introduit la présente requête, y étaient autorisés. » C.P.J.I., Contre-mémoire présenté par le Gouvernement allemand, *Vapeur Wimbledon*, préc., p. 47.

¹⁵⁷³ F. Voefray interprète en effet nombre de clauses compromissaires comme ouvrant la possibilité d'une « *actio popularis* ». Une première objection doit être soulevée, eu égard à la confusion opérée entre l'action pour l'intérêt général, *actio popularis* au sens propre, et l'action dans un intérêt collectif, où l'intérêt subjectif de son auteur n'est pas absent. En outre, les exemples cités ne sont pas parlants et reprennent de simples clauses attachées à des obligations intégrales ou ultra réciproques, indiquant que les Etats liés pourront porter leur différend devant la C.I.J., voir VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis...*, *op. cit.*, p. 95-98. Ces clauses établissent simplement la compétence de la Cour sans s'intéresser à la recevabilité future de la demande, qui sera bien entendu soumise à la condition de l'intérêt pour agir.

¹⁵⁷⁴ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 42, p. 10.

elles une *actio popularis* en raison de la nature *intégrale* des obligations protégées. La Commission européenne des droits de l'homme l'a affirmé dès 1961 : les recours ouverts par l'article 33 (ancien article 24) ne sont pas soumis à la condition d'un intérêt subjectif pour agir car ils interviennent en défense d'obligations au caractère objectif¹⁵⁷⁵. Dans de tels instruments, la réciprocité des obligations est telle qu'il est délicat de déterminer de quel intérêt l'Etat se prévaut. Ainsi que la Cour européenne l'a affirmé, la Convention est un instrument de garantie d'un ordre public, mais ces obligations *erga omnes* se superposent évidemment à un faisceau d'obligations réciproques¹⁵⁷⁶. Nous compléterions ainsi la description des obligations issues de la C.E.D.H. : cette convention institue des obligations intégrales, que les Etats cherchent dans un intérêt la plupart du temps subjectif à faire respecter, démontrant ainsi leur nature réciproque, auxquelles se surajoute une obligation ultra réciproque relative à l'état du droit interne dégagée par la jurisprudence de la Cour. Dans un tel cas de figure, ce sont les obligations *erga omnes* ouvrant la voie à une *actio popularis* qui prennent le pas sur les autres dans l'examen de la recevabilité d'une demande.

Les sujets internes ne se voient en revanche pas érigés en défenseurs de l'ordre public européen, et ne peuvent recourir qu'en défense de leurs intérêts subjectifs. L'examen de cette jurisprudence permettra ainsi d'établir si la Cour européenne admet ou non la recevabilité d'une action en violation de l'obligation intégrale également relative à l'état des règles de droit interne.

b. Intérêt des sujets internes¹⁵⁷⁷

Soumis à la condition d'être une « victime » de la mesure incriminée, autrement dit de disposer d'un intérêt pour agir, les sujets internes ne peuvent, à première vue, déférer à un tribunal international une règle abstraite. Pourtant, dès lors que la règle lui a été appliquée, la Cour européenne admet qu'un requérant s'en prétende victime, son action ne se limitant pas à la

¹⁵⁷⁵ Commission E.D.H., décision 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, req. 788/60, *Ann. C.E.D.H.*, vol. 4, 1961, p. 139-141.

¹⁵⁷⁶ Elle énonce en effet que « la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats cocontractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui (...) bénéficient d'une garantie collective », Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *Série A*, vol. 25, p. 90-01, § 239.

¹⁵⁷⁷ On rappelle une fois de plus que, dans le droit de la C.E.D.H., les recours des individus pour violation des obligations positives, par des règles immédiatement exécutoires, est un autre moyen de parvenir à la fin de la conformité du droit interne. L'arrêt *Marckx* permet en effet une uniformisation du droit de la famille. Nul besoin de recourir à la notion de victime potentielle : le droit privé étant, très largement, exécutoire, il permet aux individus de s'en prétendre directement victime. Certes donc, il sera délicat d'envisager que des Etats puissent bénéficier d'un droit de recours pour la violation de conventions de droit international privé. Mais d'autres moyens sont offerts : dans le contentieux de la réparation, le recours individuel, pour violation de l'obligation de comportement opératif interprétée largement, est ouvert, ainsi que des moyens extérieurs au contentieux de la réparation que nous observerons dans un second chapitre.

violation issue de l'acte individuel¹⁵⁷⁸. En va-t-il de même lorsque la règle en question n'a pas été appliquée au sujet interne ? Dans une interprétation extensive, et au contraire de son homologue américaine¹⁵⁷⁹, le juge a admis que de telles demandes soient recevables. En matière de protection des droits fondamentaux, une nette tendance à la protection d'un certain « ordre public » prend en effet le pas sur la protection d'intérêts particuliers, ce qui laisserait présager une ouverture du droit de recours. Etre victime demeure une condition *sine qua non*¹⁵⁸⁰ à la recevabilité des requêtes individuelles devant les juges de Strasbourg ou de San José ; le préjudice que l'on pense nécessairement lié à cette qualité passe toutefois au second plan devant les premiers, voire s'efface totalement.

Genèse de l'extension de la notion de victime

L'affaire *Klass* doit être considérée comme la première du genre. Si la Cour s'y référera ensuite dans des configurations pourtant distinctes, alors que des lois immédiatement exécutoires seront en cause¹⁵⁸¹, la requête avait en l'espèce bien trait à une règle comportant une part d'habilitation, et nécessitant donc une mesure d'application pour toucher des situations individuelles. Si la Cour européenne précise, dans un attendu maintes fois repris, qu'une loi « peut violer par elle-même les droits d'un individu s'il en subit directement les effets, en l'absence de mesure spécifique d'exécution »¹⁵⁸², on doit toutefois admettre avec le juge Pinheiro Farinha qu'une loi permettant des écoutes téléphoniques nécessite application, et que les sujets internes sont en réalité « victimes d'une menace »¹⁵⁸³. En effet, en quoi un individu verrait son statut juridique affecté par une règle habilitant les pouvoirs publics à une telle opération, tant que l'habilitation n'a pas été utilisée ? Il ne peut que craindre qu'elle le soit, qui plus est à son égard. Toutefois la règle, qui permettait des mesures d'écoutes téléphoniques secrètes, pouvait être appliquée sans que les sujets internes en soient informés. Il était donc impossible pour un

¹⁵⁷⁸ Voir notamment Cour E.D.H., arrêt du 25 novembre 2008, *Birink c. Lituanie*, préc., §27.

¹⁵⁷⁹ C.I.A.D.H., avis du 9 décembre 1994, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, *op. cit.*, § 45-49. La Cour y affirme que, dans sa fonction contentieuse, elle n'a pas à résoudre des questions abstraites mais à protéger les droits et libertés de victimes déterminées. Elle admet toutefois, lorsqu'une victime réelle se présente, de porter son regard, au-delà de la situation individuelle, sur la compatibilité de la règle interne, et renvoie sinon à la fonction consultative de la Commission.

¹⁵⁸⁰ Suivant le professeur Matringe, émettons toutefois une réserve en remarquant que la Cour européenne soumet les exceptions de recevabilité des Etats défendeurs liés à la qualité de victime à la forclusion, preuve supplémentaire que le système tend davantage à protéger le droit qu'à réparer des préjudices (MATRINGE (J.), « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p. en 2 vol., vol. 2, p. 1225-1245, ici p. 1231.)

¹⁵⁸¹ Voir *Supra*, à propos notamment de l'affaire *Marckx*.

¹⁵⁸² Cour E.D.H., arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, préc., § 33.

¹⁵⁸³ *Ibid.*, opinion dissidente du juge Pinheiro Farinha, p. 35, nous soulignons.

requérant de démontrer sa qualité de victime, et l'action se serait avérée impossible puisque la C.E.D.H. n'institue pas *d'actio popularis* au profit des individus¹⁵⁸⁴. La Cour européenne a toutefois admis une exception, en raison de la nature *sui generis* d'une telle habilitation permettant des mesures d'application secrètes. Elle a considéré que les requérants pouvaient se prétendre victime sans avoir à en apporter la preuve, du seul fait qu'ils sont usagers virtuels du service des télécommunications allemand¹⁵⁸⁵. Etre victime d'une menace est donc suffisant au stade de la recevabilité, en raison du secret de l'application de la loi et de l'impossibilité de distinguer un individu effectivement atteint d'un autre qui ne l'est pas.

Le « risque d'être victime » étendu à toute loi non immédiatement exécutoire

L'intérêt pour agir est donc entendu de manière souple, et n'a pas à être démontré dans ce cas de figure¹⁵⁸⁶. Cette position jurisprudentielle ne se limitera toutefois pas aux règles d'application secrète. La Commission a en effet déclaré recevables des demandes émanant de sujets internes se plaignant de législations relatives à l'avortement¹⁵⁸⁷. En tant qu'individus de sexe féminin, ces requérantes seraient atteintes par une règle régissant leur comportement, même si aucune punition ni implication dans une procédure pénale n'a été relevée à leur égard. Il suffit donc d'être une femme pour être victime d'une loi sur l'avortement, ce qui s'avère fortement critiquable. Une telle généralisation de l'intérêt pour agir assimile en réalité la demande à un recours *in abstracto*¹⁵⁸⁸ : comment considérer que toute femme, sans même la réserve qu'elle puisse être en âge de procréer, soit effectivement touchée par une telle loi ? Ce ne sont pas en réalité les individus touchés par une loi qui ont un intérêt pour agir, mais tous ceux qui seraient susceptibles de se la voir appliquée. L'intérêt n'est plus actuel mais éventuel, ce qui s'avère peu compatible avec la lettre de l'article 34, et la notion d'intérêt pour agir dans le contentieux international en

¹⁵⁸⁴ La Cour rappelle en effet que l'article 34, ancien article 25, « n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'*actio popularis* pour l'interprétation de la Convention ; il ne les autorise pas à se plaindre *in abstracto* d'une loi par cela seul qu'elle leur semble enfreindre la Convention. En principe, il ne suffit pas à un individu requérant de soutenir qu'une loi viole par sa simple existence les droits dont il jouit aux termes de la Convention ; elle doit avoir été appliquée à son détriment. » *Ibid.* § 33.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, § 37.

¹⁵⁸⁶ Cette jurisprudence sera constamment reprise par la suite : C.E.D.H., arrêt du 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, préc., § 64 ; C.E.D.H., arrêt du 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, Rec., 2006-XI, § 78 ; C.E.D.H., arrêt du 28 juin 2007, *Association pour l'intégration européenne des droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie*, req. n°62540/00 (anglais uniquement), § 58-59.

¹⁵⁸⁷ Comm. E.D.H., décision du 1976, *Briiggemann et Schenten c. République Fédérale d'Allemagne*, D.R., IV, p. 127-129. Plus précisément dans cette dernière affaire, les requérantes attaquaient un arrêt de la Cour constitutionnelle ayant force de loi, déclarant nulle une disposition législative de dépénalisation de l'avortement et la remplaçant de manière transitoire par une incrimination pénale.

¹⁵⁸⁸ En ce sens, DELVAUX (H.), « La notion de victime au sens de l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme – Le particulier victime d'une violation de la Convention », *Cinquième Colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1980, p. 35-96, p. 62.

général. Sans faire intervenir le concept d'obligation de comportement normatif, l'action serait en effet exercée pour une violation future des droits du sujet interne¹⁵⁸⁹. Cela fait en outre surgir des difficultés d'application non négligeables : alors qu'il était déjà délicat de déterminer, pour les règles immédiatement exécutoires, les sujets internes appartenant à une catégorie visée, il est ici tout à fait impossible de dire quels sont les individus éventuellement touchés par une loi avant qu'elle ne s'applique. M. Delvaux s'interroge : « où commence l'éventualité d'un tel intérêt ? »¹⁵⁹⁰ ; avec lui, on admettra qu'il est parfaitement impalpable.

Bien que critiquable et critiquée, cette jurisprudence sera pleinement confirmée avec l'arrêt *Dudgeon*, où la Cour connaît d'une loi incriminant des comportements homosexuels, et la condamne. Le Royaume-Uni, gouvernement défendeur, ne niera même pas la qualité de victime du demandeur, lui-même homosexuel, alors qu'il n'avait pas été poursuivi pénalement. Le juge Pinheiro Farinha s'insurge une fois de plus contre ce raisonnement : « le requérant n'est pas victime, parce que la législation incriminée ne lui a pas été appliquée et qu'elle ne s'impose pas directement, mais après une décision concrète de l'autorité. »¹⁵⁹¹ L'affaire *Norris* s'inscrit dans cette ligne de conduite en franchissant un pas de plus : la Commission européenne accepte en effet la recevabilité d'une demande de ce type alors même que la législation n'était plus appliquée par le gouvernement d'Irlande, défendeur en l'espèce. Mais, la loi étant toujours en vigueur, le requérant « risque » toujours d'en subir les effets¹⁵⁹² même si cette éventualité est encore plus lointaine. La formule est consacrée : à la différence des arrêts dans la ligne de *Marckx*, qui jugent de lois affectant immédiatement les sujets internes, le requérant ne court ici que le « risque » d'être victime.

M. Wyler relève une « incohérence » de la Cour qui ne veut pas reconnaître d' *actio popularis* au profit des sujets internes tout en reconnaissant la qualité de victime à un individu

¹⁵⁸⁹ Même si elle en souligne le caractère exceptionnel, la Commission reconnaît clairement cette possibilité : « (d)es termes « victime » et « violation », de même que de la philosophie sous-jacente à l'obligation de l'épuisement préalable des voies de recours internes prévue à l'ex article 26, découle la constatation que, dans le système de protection des droits de l'homme imaginé par les auteurs de la Convention, l'exercice du droit de recours individuel ne saurait avoir pour objet de prévenir une violation de la Convention : en principe, les organes chargés, aux termes de l'article 19, d'assurer le respect des engagements résultant pour les Etats de la Convention, ne peuvent examiner et, le cas échéant, constater une violation qu'*a posteriori*, lorsque celle-ci a déjà eu lieu. (...) Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le risque d'une violation future peut néanmoins conférer à un requérant la qualité de victime d'une violation de la Convention ». Comm. E.D.H., décision du 4 décembre 1995, *Noël Narvi Tanira et 18 autres c. France*, préc., p. 130.

¹⁵⁹⁰ DELVAUX (H.), « La notion de victime au sens de l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 63.

¹⁵⁹¹ Cour E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc., opinion dissidente du juge Pinheiro Farinha, p. 38.

¹⁵⁹² Comm. E.D.H., décision du 16 mai 1955, *Norris et National Gay Federation c. Irlande*, D.R., n°44, p. 139-140 et Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, préc., p. 16. Voir également : Comm. E.D.H., décision du 11 juillet 1980, *DeKleek c. Belgique*, D.R., 21, p. 116.

attaquant une loi qui ne lui a pas été appliquée¹⁵⁹³. L'accent doit être mis sur la subjectivité de la reconnaissance d'un intérêt pour agir : le requérant devrait-il apporter la preuve qu'il est homosexuel pour agir ? Mais quel type de preuve ? La Commission européenne estime que le requérant doit produire des indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concerne personnellement ; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard¹⁵⁹⁴. Les effets pervers de cette jurisprudence sont aisément perceptibles.

Quant à l'intervention du concept de « risque » dans la notion de victime de violation du droit international, elle s'avère à notre sens trompeuse. Ainsi qu'on a déjà pu l'évoquer¹⁵⁹⁵, il ne s'agit pas de consacrer une forme de « responsabilité pour risque » en droit international. Certes le professeur Santulli ne croit pas à l'extension de l'intérêt pour agir et considère bien au contraire que « (l)a jurisprudence relative à la notion de victime se laisse envelopper docilement dans les rubriques du droit du contentieux international »¹⁵⁹⁶. Toutefois, il estime que

« (l)e risque de l'application d'une loi est une pression tendant à provoquer un comportement conforme à la loi. Il suffit de cela. Car, si une telle pression est interdite par la Convention, le requérant a déjà subi « directement » les effets de la pression, et par conséquent d'une violation qui a déjà eu lieu. Ce n'est donc pas au titre d'un 'risque d'effet direct' que l'action est reçue, mais en raison d'une atteinte déjà réalisée. »¹⁵⁹⁷

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ainsi que nous avons pu le déterminer précédemment, tend essentiellement à interdire aux Etats de faire peser sur les sujets internes un tel risque de violation de la convention, compromettant ainsi leur sécurité juridique. Selon nous, ainsi naît l'obligation tacite relative à la compatibilité du droit interne. Mais force est d'admettre que la recevabilité d'un recours contre une telle violation nécessite une interprétation large de l'intérêt pour agir en raison de la nature de l'illicéité alléguée. Cela est d'autant plus vrai si ledit recours est exercé par un sujet interne et non un Etat. La principale critique que l'on pouvait opposer à la théorie de la victime potentielle d'une violation des droits de l'homme était donc son caractère factice. L'individu n'est, en réalité, pas victime d'une loi qui, hors toute mesure d'application, ne le touche pas et ne se plaint que d'une menace de violation. Cet élargissement de l'intérêt pour agir permet de combattre l'incompatibilité du droit interne par le moyen des requêtes

¹⁵⁹³ WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées...op. cit.*, p. 154.

¹⁵⁹⁴ Comm. E.D.H., décision du 4 décembre 1995, *Noël Narviï Tauria et 18 autres c. France*, préc., p. 131.

¹⁵⁹⁵ Voir *supra*, Première partie, Titre 2.

¹⁵⁹⁶ SANTULLI (C.), « Observations et propositions sur l'« extension » du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1371.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 1376.

individuelles et non seulement étatiques. Le sujet interne agit en réalité non pas pour la violation par la loi de l'obligation de comportement opératif, requérant comme ici la protection de sa vie privée, mais bien pour le respect de l'obligation de comportement normatif qui s'y superpose. Dès lors, il est normal que la Cour ne cherche plus la preuve de la qualité de victime.

Une difficulté s'élève pourtant : il faudrait, pour permettre aux sujets internes d'agir suite à la violation de ces obligations relatives à l'état des règles internes, considérer ces dernières comme d'effet direct. Or, si, en renforçant leur sécurité juridique, elles peuvent avoir les sujets internes pour objets, ou en tout cas objets indirects, il est douteux qu'elles puissent les avoir pour destinataires et qu'elles puissent faire l'objet d'un recours international, par les sujets internes eux-mêmes¹⁵⁹⁸. La Cour surmonte cet obstacle : elle retient la théorie du risque, considérant par fiction que l'individu est victime de la violation de l'obligation de comportement opératif, relative à la réalisation de sa situation individuelle, la seule qui pourrait être par lui invoquée.

Limites de la notion de victime

Avec une telle jurisprudence, circonscrire l'intérêt pour agir devient peu aisé. La juridiction doit en effet classer les sujets internes selon leur probabilité de se voir appliquer une loi, et non sur des caractères objectifs. Dans certains cas, la tâche est relativement facile : on refuse ainsi à une association d'agir à l'encontre d'une loi pénale¹⁵⁹⁹, ou à un homme d'attaquer une loi relative à l'interruption volontaire de grossesse¹⁶⁰⁰. Cette dernière solution ne va toutefois pas de soi si l'on prend en considération la position du médecin susceptible de pratiquer une I.V.G., ou du partenaire que cet acte touche directement. Lorsque la législation régit le comportement de sujets compris dans une tranche d'âge déterminée, le requérant doit appartenir à cette tranche d'âge¹⁶⁰¹. Dans l'espèce à laquelle nous faisons référence toutefois, l'interdiction touchait des homosexuels majeurs, d'avoir des relations avec des individus compris entre quinze et dix-huit ans ; elle touche donc, également, tout homosexuel majeur. En tout état de cause, la limite de la condition de victime n'apparaît pas objective.

¹⁵⁹⁸ A l'appui de cette affirmation, on pourrait reprendre l'exemple des directives communautaires, lesquelles sont considérées, par principe, comme dépourvues d'effet direct. En réalité, c'est l'obligation de transposition des directives qui s'adresse exclusivement aux Etats et ne peut être invoquée par les sujets internes. La logique communautaire a aujourd'hui atteint ce domaine et les directives sont directement invocables par les sujets internes dès lors qu'elles sont assez précises. Ce n'est bien entendu pas vrai de l'obligation de transposition.

¹⁵⁹⁹ Comm. E.D.H., décision du 16 mai 1955, *Norris et National Gay Federation c. Irlande*, préc., p. 139.

¹⁶⁰⁰ Comm. E.D.H., décision du 10 décembre 1976, *X c. Autriche*, D.R., 7, p. 87-89.

¹⁶⁰¹ Cour E.D.H., arrêt du 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, Rec., 2003-I, et Cour E.D.H., arrêt du 9 janvier 2003, *L. & V. c. Autriche*, Rec. 2003-I. Notons que dans ces affaires, bien que la loi soit visée, les requérants s'étaient vus poursuivre sur le fondement de la loi pénale incriminant les comportements homosexuels, à la différence de l'affaire *Dudgeon*. Leur qualité de victime ne faisait ainsi pas de doute.

La Cour a également refusé de reconnaître le statut de victime à des associations et à leurs porte-parole agissant à l'encontre de positions communes adoptées par le Conseil de l'Union européenne en matière de lutte contre le terrorisme. S'il a été admis que la théorie des violations potentielles était applicable non seulement aux demandes visant des législations internes mais également des actes d'origine communautaire comme en l'espèce, encore faut-il que ces actes aient un effet direct envers les sujets internes, ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁶⁰².

Les limites parfois posées par la Cour volent en éclats lorsqu'elle accepte d'élargir le concept aux victimes indirectes d'une règle de droit. Dans l'affaire *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*¹⁶⁰³, les requérants italiens – une société d'émission de radio, son directeur et plusieurs journalistes employés – s'insurgeaient contre une ordonnance interdisant, en Suisse, la réception et la rediffusion d'émissions de radio de provenance étrangère. La Commission puis la Cour ont admis qu'ils disposaient d'un intérêt pour agir, en prenant appui sur une application individuelle de l'ordonnance, laquelle avait des retentissements sur eux. Ils n'étaient pas « destinataires attitrés » de l'acte individuel d'application – une sanction à l'égard d'une société d'exploitation de réseau câblé qui rediffusait les émissions étrangères – mais « en éprouvaient entièrement les effets » du fait de la perte concomitante d'une partie non négligeable de leur public¹⁶⁰⁴. Grâce à un acte individuel qui ne les concernait pas directement mais démontrait les conséquences concrètes d'une règle à leur égard, les requérants ont donc pu attaquer cette dernière, qui n'était pourtant pas susceptible de leur être appliquée¹⁶⁰⁵. Notons également que, dans une autre affaire, des requérants ont pu attaquer un arrêt de la Cour Suprême d'Irlande qui ne leur était pas destiné¹⁶⁰⁶. La Cour européenne l'a traité comme une règle de droit à effet *erga omnes* et non comme valable uniquement entre les parties. L'influence de la jurisprudence dans un pays de *Common Law* a donc

¹⁶⁰² Cour E.D.H., arrêts du 23 mai 2002, *SEGI et autres c. 15 Etats de l'Union européenne - Gestoras pro Amnistia et autres c. 15 Etats de l'Union européenne*, préc. Une deuxième position commune, cette fois-ci directement applicable, contenait une liste de présumés terroristes sur lesquels des mesures devaient être prises. Nous l'avons considéré comme une règle immédiatement exécutoire – elle s'apparente d'ailleurs davantage à un acte individuel – susceptible d'être en violation des droits reconnus et non seulement de l'obligation relative à la compatibilité du droit.

¹⁶⁰³ Comm. E.D.H., décision du 1^{er} mars 1988, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, req. 10890/84 ; Cour E.D.H., arrêt du 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, Série A, n°173.

¹⁶⁰⁴ Cour E.D.H., arrêt du 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, préc., § 48.

¹⁶⁰⁵ Il n'est pourtant pas déterminé, ni par la Commission ni par la Cour, si les requérants étaient également victimes de l'ordonnance pour la période antérieure à son application, autrement dit si la preuve de leur affectation par l'acte individuel pourrait permettre un raisonnement rétroactif : « (à) l'instar de la Commission dans sa décision du 1^{er} mars 1988 sur la recevabilité de la requête, et par des motifs analogues, la Cour n'estime pas nécessaire de rechercher si les requérants peuvent se plaindre d'avoir subi une violation du 1^{er} janvier 1984 (entrée en vigueur de l'ordonnance du Conseil fédéral du 17 août 1983) au 21 mars 1984 (injonction adressée par la direction des télécommunications du district de Zurich à la société coopérative) », *Ibidem*. Aucune violation n'a de toute façon été relevée en l'espèce.

¹⁶⁰⁶ Cour E.D.H., arrêt du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, Série A, n° 246-A.

été pris en compte. Cela renforce d'autant plus l'élargissement des recours, puisque des sujets internes peuvent agir contre des actes formellement individuels qui ne les concernent pas, au motif qu'ils pourraient potentiellement les affecter aussi¹⁶⁰⁷.

Il faut ainsi admettre qu'on peut être victime d'un large éventail de règles juridiques sans qu'aucune limite objective ne puisse être tracée autour de l'intérêt pour agir des sujets internes devant la Cour de Strasbourg. L'irrecevabilité pour défaut d'intérêt pour agir ne sera que la conséquence d'une absence totale de lien avec la règle juridique en question, dont aucune application ne pourrait heurter le requérant en personne¹⁶⁰⁸. La charge de la preuve semble aujourd'hui comme renversée. Mise à part l'objection théorique relative à l'absence d'effet direct de l'obligation de comportement normatif du droit interne dont on faisait état il y a un instant, la multiplication des recours reste un sujet de préoccupation suite à une telle acception de la notion de victime. Toutefois, le principe du *non bis in idem*, rappelé à l'article 35. 2 de la C.E.D.H., vient contrebalancer ce risque : sont irrecevables les demandes identiques à une demande précédemment jugée, sauf si des faits nouveaux sont survenus. On est toutefois en droit de se demander ce qui pourrait en l'espèce constituer des « faits nouveaux » : une nouvelle application, très certainement. Mais peut-être l'absence de modification de la législation incriminée, ou la durée excessive du processus interne censé y aboutir pourrait pousser un requérant zélé à agir de nouveau.

B. Condition spéciale : l'épuisement des voies de recours internes

Lorsque l'incompatibilité d'une règle non immédiatement exécutoire est en cause dans une requête internationale, l'application de la condition d'épuisement des voies de recours internes se pose à différents degrés, selon que cette règle a été appliquée et qu'une violation substantielle du droit international est également en cause (1) ou qu'elle est invoquée *in abstracto* (2)

¹⁶⁰⁷ En l'espèce la décision de la Cour Suprême empêchait de fournir des informations destinées à faciliter l'interruption volontaire de grossesse à l'étranger. Les requérants, des associations d'aides aux femmes, et leurs employées, femmes en âge de procréer, ont été ainsi considérés comme concernés par les restrictions incriminées, *ibid.*, § 44.

¹⁶⁰⁸ Par exemple, elle serait la conséquence de l'absence d'effet direct d'un acte communautaire. Dans le même arrêt, la deuxième position commune de la PESC attaquée avait effet direct et pouvait s'appliquer immédiatement aux sujets internes par un règlement du Conseil 2580/2001 du 27 décembre 2001 de mise en œuvre de ses articles 2 et 3. Les requérants n'étaient toutefois pas concernés par ce règlement en vertu d'une liste annexée à la position commune, indiquant qu'ils n'entraient que dans le champ de son article 4. Quant à lui, ce dernier article « n'ajoute pas de nouveaux pouvoirs pouvant être exercés à l'encontre des requérants. Il contient uniquement pour les États membres une obligation de coopération judiciaire et policière, coopération qui, en tant que telle, ne s'adresse pas aux individus ni n'affecte directement ces derniers. » Cour E.D.H., arrêt du 23 mai 2002, *SEGI et autres*, préc.

1. *Épuisement des voies de recours internes et application d'une règle incompatible*

L'affaire *Avena*, sans réellement ouvrir une « troisième voie »¹⁶⁰⁹ entre la protection diplomatique et l'action de l'Etat pour dommage direct, a permis un recours pour violation du droit international dans le chef de sujets internes non soumis à la condition de l'épuisement des voies de recours internes. La raison avancée était l'« interdépendance »¹⁶¹⁰ entre ces droits de l'individu et ceux de l'Etat dans l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, dont la violation répétée par les Etats-Unis était alléguée par le Mexique. Si la Cour refuse de juger d'une pratique générale, et entend se limiter aux cas d'espèces limitativement dénombrés, une brèche est toutefois ouverte en ce sens.

En outre, dans son précédent arrêt *LaGrand*, la Cour, en déclarant la règle de l'épuisement satisfaite, notait que le fonctionnement du système judiciaire américain, par la règle de la carence procédurale, empêchait d'invoquer la violation du droit international pour une première fois devant les juridictions fédérales¹⁶¹¹. Cette remarque semble incidente, et ne peut venir justifier l'assouplissement de la règle de l'épuisement. On ne voit pas pourquoi, afin de considérer des recours internes comme effectifs et devant être épuisés, le droit interne devrait permettre d'invoquer un moyen tardif. Ce principe procédural est en effet commun à de nombreux systèmes judiciaires¹⁶¹². Ce n'est donc pas la règle de la carence procédurale qui, hors contexte, ferait systématiquement échec à la condition d'épuisement des voies de recours internes. Mais la Cour, au fond cette fois, a découvert dans la Convention de Vienne une obligation de réformer les jugements rendus en violation de l'obligation d'information consulaire. L'application de la règle de la carence procédurale, dans ce cas de figure, en constituait donc la violation. Ainsi, la remarque était peut-être en réalité un argument subsidiaire : lorsqu'est en cause, dans la demande, une règle interne d'habilitation supposée incompatible avec l'obligation de comportement opératif dont on argue également la violation, la condition de l'épuisement des voies de recours internes serait aussitôt satisfaite car lesdits recours sont automatiquement rendus inefficaces.

¹⁶⁰⁹ BENLOLO-CARABOT (M.), « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique) du 31 mars 2004 », *A.F.D.I.*, 2004, p. 259-291, p. 270.

¹⁶¹⁰ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 40.

¹⁶¹¹ C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, préc., § 60.

¹⁶¹² Voir en ce sens la plaidoirie de T. Meron : C.I.J., Audience publique tenue le mardi 14 novembre 2000, préc., § 3.33 ; et SANTULLI (C.), « Une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires *Breard* et *LaGrand* », *op. cit.*, p. 108-109.

Par un pas aisément franchi grâce à l'arrêt *Avena*, on parvient à une solution plus drastique encore : la condition de l'épuisement des voies de recours internes pourrait n'être même pas applicable. La demande relative à l'incompatibilité de la règle interne aurait en effet trait à un droit direct de l'Etat dont les conditions de recevabilité pourraient affecter l'ensemble de la demande.

Ces deux hypothèses seront successivement évaluées, en commençant par la seconde.

a. Applicabilité du principe

Il est intéressant d'évaluer à ce stade si les obligations de comportement normatif pourraient être considérées comme interdépendantes avec d'autres obligations, afin de répondre au critère dégagé par la C.I.J. dans l'affaire *Avena*¹⁶¹³. L'obligation relative à la compatibilité du droit interne est toujours attachée à une obligation de comportement opératif de l'Etat, dont elle prévient la violation à venir. Même si une telle obligation de comportement normatif était reconnue en droit international général, elle ne pourrait être invoquée qu'en lien avec une autre obligation, conventionnelle ou coutumière, avec laquelle le droit interne doit justement être compatible. Ces obligations, interétatiques, dépendent d'autres obligations qui, elles, peuvent avoir les sujets internes pour objets ou même destinataires. Ce rapport de dépendance n'impliquerait toutefois pas l'identité des demandes relatives aux droits directs et indirects, comme dans l'affaire *ESi*. La Cour avait en effet repoussé l'argument des Etats-Unis, qui considéraient avoir un intérêt immédiat au respect du traité, alors même que les obligations de ce dernier ne pouvaient être violées qu'en la personne de leurs ressortissants¹⁶¹⁴. L'obligation de comportement normatif va plus loin, et poserait, en cas de reconnaissance de son existence bien entendu, une réelle obligation, distincte de l'obligation de comportement opératif¹⁶¹⁵. Une demande relative à sa violation pourrait donc être acceptée. Entretenant un rapport de forte dépendance avec l'obligation transétatique à laquelle elle se superpose, on pourrait donc conclure, à première vue du moins, qu'il serait envisageable d'appliquer la solution retenue dans l'arrêt *Avena* en matière de recevabilité : l'ensemble de la demande serait soumise aux conditions applicables à la partie de celle-ci relative à un droit immédiat de l'Etat – ici le droit à la compatibilité du droit interne d'un Etat étranger – et non à celles applicables à une demande en protection diplomatique. La réclamation en responsabilité du fait de la violation d'une obligation transétatique ne serait alors pas soumise à l'épuisement des voies de recours internes.

¹⁶¹³ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena*..., préc., § 40.

¹⁶¹⁴ C.I.J., arrêt du 20 Juillet 1989, *Elettronica Sicula*..., préc., p. 42-43.

¹⁶¹⁵ Dans l'affaire *ESi*, l'obligation interétatique sensée être violée, en plus de l'obligation transétatique, n'était en réalité rien de plus que l'énoncé du *Pacta sunt servanda*.

Cette solution serait proche de celle retenue par le système de la C.E.D.H. en matière de recours étatiques. En effet, lorsque sont mises en cause des pratiques administratives ou mesures législatives, avec applications individuelles multiples et indéterminées, la demande s'extrait d'une protection diplomatique classique. En 1956, la Commission européenne des droits de l'homme a considéré une requête grecque, contestant une série de lois et règlements d'exception en vigueur à Chypre, recevable sans avoir à justifier d'un épuisement des recours internes¹⁶¹⁶. Si ces derniers avaient sans nul doute été appliqués, aucune lésion individuelle et concrète n'était particulièrement soulevée ; c'est donc avant tout de la compatibilité des mesures générales qu'il était question, demande à laquelle la logique de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas¹⁶¹⁷.

Toutefois, nous ne pensons pas qu'une telle conclusion puisse être tirée. Premièrement dans l'affaire *Avena*, il n'était pas seulement question d'une obligation interétatique dépendant d'une obligation transétatique, mais bien d'un rapport d'« interdépendance » entre elles, ce qui signifie une forme de réciprocité. La réalisation des droits médiats doit être fonction de la réalisation des droits immédiats de l'Etat, et *vice-versa*. La Cour observe en effet que « toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'Etat d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu. »¹⁶¹⁸ En outre, les droits en question étaient en l'espèce issus du même article d'une convention, et non distincts comme pourrait l'être une obligation de comportement normatif de l'obligation de comportement opératif à laquelle elle s'attache. Dans son raisonnement, la Cour n'a absolument pas pris en considération l'éventuel droit immédiat du Mexique à obtenir la compatibilité du droit processuel américain et plus précisément de la règle de la carence procédurale¹⁶¹⁹, mais les droits que ce dernier tirait de l'article 36. 1 de la Convention de Vienne. Ces obligations « interdépendantes » étaient toutes des *obligations de comportement opératif*. Certaines protégeaient le droit des sujets internes – l'obligation d'information ; d'autres, le droit direct de l'Etat – droit à la liberté de communication et à la visite

¹⁶¹⁶ Comm. E.D.H., décision du 2 juin 1956, *Grèce c. Royaume-Uni*, préc., p. 183-187.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 185 : « Considérant que les dispositions de l'article 26 (ex-article 35) relatives à l'épuisement des voies de recours internes selon les principes de droit international généralement reconnus ne s'appliquent pas à la présente requête, qui a pour objet de déterminer la compatibilité de mesures législatives et de pratiques administratives à Chypre avec la Convention ».

¹⁶¹⁸ C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena...*, préc., § 40.

¹⁶¹⁹ Une telle demande n'était formulée qu'au titre des garanties de non-répétition. La demande principale visait uniquement la reconnaissance de la responsabilité des Etats-Unis du fait de l'*application* de la règle de la carence procédurale, empêchant concrètement la révision des arrêts rendus suite à une violation de l'article 36.1 b) de la Convention de Vienne (C.I.J., Mémoire du Mexique du 20 juin 2003, *Avena*, préc., § 209).

de ses ressortissants par les fonctionnaires consulaires. Il nous semble peu probable que la Cour puisse tenir un raisonnement identique en présence d'une obligation de comportement normatif. Cette solution doit être strictement cantonnée dans le cas d'espèce et il nous semble qu'en pareille hypothèse, la demande ne serait certainement pas soustraite à l'épuisement des voies de recours internes. Notons en outre que la généralisation d'une telle solution marquerait la quasi-fin de cette exigence et, par voie de conséquence, l'extinction de la notion même de protection diplomatique¹⁶²⁰.

En tout état de cause, il apparaît extrêmement difficile de tirer une directive claire sur le traitement des demandes relatives à la violation des obligations de comportement normatif, à partir des lectures combinées des arrêts *ELSi* et *Avena*. Il serait sans doute moins discutable de considérer la condition de l'épuisement des voies de recours internes comme applicable, mais rendue impossible à satisfaire en raison de l'inefficacité desdits recours¹⁶²¹. Une règle incompatible avec le droit international peut en effet empêcher tout rétablissement des droits d'un sujet interne par les tribunaux de l'ordre étatique.

b. Efficacité des recours

Lorsque la règle interne a été appliquée à un cas individuel, deux moyens se superposent : la violation de l'obligation de comportement opératif, et de celle relative à la compatibilité du droit interne. Les recours sont, de prime abord, à épuiser à l'encontre de l'acte individuel d'application mais doivent permettre, pour être efficaces, d'écarter la règle sur le fondement de laquelle il a été pris. Toutefois, l'exercice d'un recours contre l'acte d'application ne permet pas toujours, par la même occasion, de remettre en cause la norme générale. Celle-ci peut seulement être écartée mais demeurer en vigueur – nous renvoyons sur ce point à l'exemple français. Parfois également, le droit interne ne permet pas d'écarter la règle incompatible avec le droit international. En effet, le sujet interne ne pourra utilement saisir à l'encontre d'un acte individuel le touchant, pris sur le fondement d'une règle incompatible avec le droit international, si le juge n'est pas apte à écarter cette dernière. Cette incompatibilité rend ainsi tout exercice de l'épuisement des recours internes inefficace. Cette solution serait-elle retenue par une juridiction internationale ?

¹⁶²⁰ Voir J. Matringe, qui se demandait déjà dans son commentaire sous l'arrêt *LaGrand* : « Serait-on en train de nous changer notre ordre juridique international ? » (MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *op. cit.*, p. 215.

¹⁶²¹ Ce qui n'était pas le cas dans ces affaires à propos de la violation de l'obligation d'information du droit à la protection consulaire, article 36. 1, mais uniquement à propos de la violation de l'obligation d'offrir des recours suite à une telle violation.

La jurisprudence afférente à la C.E.D.H. montre clairement que les recours étatiques relatifs à des normes d'habilitation se départent des traditionnelles demandes en protection diplomatique. Elles sont exemptées de l'épuisement des voies de recours internes. Toutefois, dès que la demande vise, en outre, des cas précis d'application, la condition s'applique de nouveau. Dans la deuxième affaire chypriote, alors même que des pratiques générales étaient certainement en cause, la Commission considéra que les voies de recours internes devaient être épuisées, des griefs portant sur des cas précis de torture étant en outre soulevés¹⁶²². Dans l'affaire *Chypre c. Turquie* étaient clairement mises en cause, de manière liée, la législation turque au nord de Chypre et des cas d'application de celle-ci. La Commission décida, de manière assez ambiguë, que la condition de l'épuisement des voies de recours internes ne s'appliquait pas à ce type de demande, sauf si des recours internes « spécifiques et efficaces contre lesdites mesures générales »¹⁶²³ existaient. En réalité, la condition est bel et bien applicable, mais l'existence de règles internes incompatibles avec le droit international, faisant souvent échec à l'application du droit international¹⁶²⁴, la rend impossible à réaliser. On permet dans ce cas que les recours ne soient pas épuisés en raison de leur inefficacité. La Cour de Strasbourg le confirmera de manière on ne peut plus claire en 2001, toujours à propos de Chypre, rappelant que « la règle de l'épuisement ne s'applique pas lorsqu'est prouvée l'existence d'une pratique administrative, à savoir la répétition d'actes interdits par la Convention avec la tolérance officielle de l'Etat, de sorte que *toute procédure serait vaine ou ineffective* »¹⁶²⁵.

La condition de l'épuisement des voies de recours internes s'applique également aux recours individuels¹⁶²⁶, même lorsque les requérants invoquent une loi non immédiatement exécutoire à l'appui de leur demande en reconnaissance de la violation de leurs droits.

¹⁶²² Comm. E.D.H., décision du 12 octobre 1957, *Grèce c. Royaume-Uni*, préc., p. 197.

¹⁶²³ Comm. E.D.H., décision du 10 juillet 1978, *Chypre c. Turquie*, req. 8007/77, D.R., 13, p. 156 et s., p. 237-238.

¹⁶²⁴ ...dans le cadre d'Etats qui ne font pas primer le droit international dans leur ordre juridique interne.

¹⁶²⁵ Cour E.D.H., arrêt du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, préc., § 99, nous soulignons. Attendu dans son intégralité : « A l'instar de la Commission, la Cour recherchera donc pour chacune des violations alléguées par le gouvernement requérant si les personnes touchées auraient pu se prévaloir de recours effectifs pour obtenir un redressement. Elle déterminera en particulier si l'existence de recours est suffisamment sûre tant en théorie qu'en pratique et si des circonstances particulières dispensent les personnes concernées en l'espèce de l'obligation d'épuiser les recours qui, comme le gouvernement défendeur l'a prétendu devant la Commission, s'offraient à elles. La Cour rappelle à ce propos que la règle de l'épuisement ne s'applique pas lorsqu'est prouvée l'existence d'une pratique administrative, à savoir la répétition d'actes interdits par la Convention avec la tolérance officielle de l'Etat, de sorte que toute procédure serait vaine ou ineffective ».

¹⁶²⁶ Sur la problématique liée à l'introduction d'un recours contre une loi d'habilitation par un sujet interne, voir *supra*, A., 2., b. et *infra*, 2., b. Cette jurisprudence, on le rappelle, répond à une application spécifique de l'épuisement des voies de recours internes, en raison de l'engagement juridictionnel et non d'un principe de droit international général.

Notamment, dans l'affaire *Spadea et Scalabrino*¹⁶²⁷, la requête visait un refus des organes administratifs italiens de procéder à une expulsion, refus prétendument contraire à l'obligation de protection de la propriété des requérants. Or, cette décision individuelle était fondée sur une loi, dont l'incompatibilité était en outre alléguée par les requérants. La Cour considéra que, les requérants ne remplissant pas les conditions requises par la loi pour bénéficier de l'expulsion forcée, le préfet était incompétent. Dès lors, tout recours contre sa décision, légale en droit italien, était « dépourvu de toute chance de succès »¹⁶²⁸. En revanche, si une procédure spéciale permet de contourner une pratique générale ou une mesure législative incompatible et de faire primer la C.E.D.H., ce recours devra être épuisé. Pour rester sur l'exemple italien, alors qu'il existait une pratique générale de retard des procédures judiciaires, incompatible avec l'article 6. 1 de la C.E.D.H., une procédure spécifique de recours a été organisée par la « loi Pinto » pour réparer les dommages issus de son application à des cas individuels¹⁶²⁹. Autrement dit, le législateur italien a fait en sorte d'intégrer le principe de « durée raisonnable du procès » en droit interne, permettant ainsi de faire primer un droit d'origine internationale sur le droit interne¹⁶³⁰. Dès lors que le droit international peut, d'une façon ou d'une autre, primer sur les règles internes devant le juge de ce même ordre, les recours seront considérés comme efficaces.

Une telle solution est-elle transposable en droit international général ? Les recours internes pourraient-ils être considérés comme inefficaces du fait de l'incompatibilité alléguée d'une loi ? Ainsi dans les affaires de protection consulaire devant la C.I.J., l'absence d'exigence d'épuisement aurait pu en outre être justifiée par le fait qu'aucun recours effectif n'existait en raison de la règle de la carence procédurale, incompatible avec l'article 36. 2 tel qu'interprété par la Cour¹⁶³¹. A quoi bon en effet exiger des sujets internes qu'ils aillent devant les tribunaux

¹⁶²⁷ Cour E.D.H., arrêt du 28 septembre 1995, *Spadea et Scalabrino c. Italie*, Série A, n°315-B.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, § 24. Voir également, entre autres, Cour E.D.H., arrêt du 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, Rec., 1999-V, § 42.

¹⁶²⁹ L'existence d'une pratique incompatible de l'Italie du fait des retards systématiques de procédure a été reconnue par la Cour en 1999, lors de sa « saturation » par les recours individuels pour violation de l'article 6. 1 y relatifs (voir les quatre arrêts de la Cour rendus le 28 juillet 1999 dans les affaires *Bottazzi*, *Di Mauro*, *Ferrari* et *A.P.*, préc.). L'Italie a décidé d'y porter remède non pas en refondant son système judiciaire – autrement dit, en rendant son droit interne compatible – mais en ouvrant aux victimes de lenteurs de procédure une voie de recours en indemnisation (Loi « Pinto » du 24 mars 2001). Cette loi a ainsi permis à la Cour de déclarer des requêtes irrecevables pour défaut d'épuisement des voies de recours internes des requêtes qui lui ont été présentées et visant à obtenir la satisfaction équitable prévue à l'article 41 de la Convention relative à la durée de procédures (Cour E.D.H., décision du 6 septembre 2001, *Brusco c. Italie*, req. 69789/01, Rec., 2001-IX) Malheureusement, une nouvelle pratique de retard, cette fois dans le versement des sommes allouées en vertu de la loi Pinto, s'est mise en place : Cour E.D.H., arrêt du 23 mars 2006, *Cocchiarella c. Italie*, préc., § 23-31. La Cour est aujourd'hui de nouveau saturée de demandes en ce sens.

¹⁶³⁰ Le système juridique italien ne permet sinon pas de faire primer le droit international sur les lois.

¹⁶³¹ L'argument pourrait être acceptable quant à la partie de la requête visant la violation de l'article 36. 2, interprété par la Cour comme énonçant une obligation d'ouvrir de nouveaux recours à l'encontre d'une décision de justice rendue suite à la violation de l'obligation d'information consulaire. Ce raisonnement ne pouvait toutefois

fédéraux qui allaient assurément les débouter en raison de cette doctrine¹⁶³² ? Encore eut-il fallu que le Mexique soulève l'incompatibilité de cette règle à titre principal et non comme une simple demande en garantie de non-répétition, car seule une règle *incompatible* serait susceptible de faire échec à l'épuisement¹⁶³³. C'est uniquement si le comportement normatif de l'Etat est supposé défaillant que ses lois pourraient rendre les recours inefficaces.

Deux hypothèses doivent toutefois être distinguées.

- Lorsque la règle supposée incompatible est une *règle de fond*, plusieurs situations peuvent se présenter dans l'ordre juridique interne, selon les principes régissant l'application du droit international. Certes, le traité peut ne pas primer devant les juridictions internes, de manière systématique¹⁶³⁴ ou, par exemple, si une loi incompatible lui est postérieure¹⁶³⁵, et, en effet, les recours seront inutiles. Ce raisonnement, tenu par la Cour de Strasbourg en matière de recours individuels contre des lois appliquées¹⁶³⁶, serait à première vue transposable aux demandes en protection diplomatique. Mais, dans la majeure partie des cas, le traité primera sur la loi qui sera écartée par le juge à son profit et appliquée en définitive au sujet interne. La règle, même incompatible avec le droit international, ne rend donc pas les recours internes inefficaces et on doit, dans cette situation, imposer leur épuisement. Même si la violation de l'obligation de comportement normatif était à même d'être reconnue, la demande vise en outre des cas individuels d'application, et ne pourrait être exemptée de l'épuisement des voies de recours internes efficaces¹⁶³⁷.

- Si la règle supposée incompatible est, à l'instar du cas d'espèce dans les affaires de protection consulaire, une *règle de procédure*, cette solution s'avère séduisante. Une telle règle fait forcément obstacle aux recours, puisqu'elle en détermine les principes. Mais une objection s'élève aussitôt : une règle de procédure ne peut être incompatible qu'avec des obligations relatives à l'organisation du pouvoir judiciaire. Or, on a vu que ces dernières prescrivent à l'Etat un

fonctionner quant à la partie de la demande visant la violation de cette obligation d'information consulaire, article 36.1 de la Convention de Vienne.

¹⁶³² En ce sens, voir la plaidoirie mexicaine : C.I.J., audience du 15 décembre 2003 (traduction), préc., § 305.

¹⁶³³ Précisons bien, de nouveau, que cette règle procédurale n'aurait pu faire échec, en elle-même et hors toute incompatibilité avec une obligation de comportement opératif de l'Etat, à l'épuisement des voies de recours internes. Voir *supra* Section 1.

¹⁶³⁴ Voir l'exemple italien précité.

¹⁶³⁵ C'est le cas aux Etats-Unis. La loi faisait également échec à la Convention de Vienne, qui n'aurait décidément pas pu être appliquée par les juridictions internes, même en première instance.

¹⁶³⁶ Voir *supra*.

¹⁶³⁷ Bien que, rappelons-le, la violation de l'obligation de comportement opératif puisse survenir dès la production de l'acte individuel d'application, avant cet épuisement qui ne viendra qu'en réparation du dommage interne.

comportement global, et ne seront dès lors violées qu'au jour du déni de justice clôturant la procédure interne¹⁶³⁸. Autrement dit, l'épuisement des voies de recours internes est, outre une condition de procédure, une condition de fond. On sait que les deux ne sont pas liées et, disponible, la règle de l'épuisement pourrait ne pas être imposée en procédure et voir son examen rejeté au fond. Une telle solution permettrait donc de mettre en cause l'incompatibilité de la règle de procédure, sans parvenir, au fond, à obtenir un jugement sur la violation-conséquence de son application. La responsabilité de l'Etat auteur de la violation serait, comme on l'a vu, exclusivement d'ordre prospectif¹⁶³⁹. Le recours perdrait ainsi grandement de son intérêt.

On perçoit en outre dans ce raisonnement une difficulté majeure. Si l'on considère les recours comme épuisés du fait que la règle *supposée* incompatible les rend inefficaces, alors on préjuge du fond, en présumant de la violation de l'interdiction d'incompatibilité. Or un tribunal ne pourrait décider *in limine litis* si l'obligation de comportement normatif existe effectivement dans l'instrument conventionnel dont la violation est alléguée devant lui, à moins que cette dernière soit parfaitement explicite, ce qui n'est jamais vraiment le cas à propos de l'obligation relative à la compatibilité du droit interne : elle est toujours le fruit d'une interprétation plus ou moins extensive d'une juridiction chargée d'assurer le respect de la convention à laquelle elle est rattachée. La juridiction ne pourrait tenir le raisonnement ci-dessus décrit qu'à la condition d'avoir, dans une jurisprudence précédente, reconnu l'existence de ladite obligation dans l'instrument conventionnel en cause, ou bien reconnu son existence en droit international général.

On peut seulement conclure à ce stade qu'une solution unique pour l'ensemble de la demande devrait être trouvée. Il nous semble préférable de mettre en échec, au cas par cas, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, selon le statut du droit international dans l'ordre juridique interne de l'Etat auteur de la prétendue violation. La dissociation des deux demandes – pour préjudice juridique immédiat et préjudice médiat – poserait la difficulté de l'intérêt pour agir de l'Etat. Spécial si ce dernier met en cause l'application de la règle autant que son incompatibilité en tant que telle, il redeviendrait purement collectif si l'on dissociait les deux demandes et rejetait la première. A considérer toutefois que cet intérêt collectif soit reconnu devant une juridiction internationale, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes est-elle applicable à cette requête, visant exclusivement la violation d'une obligation de comportement normatif? C'est alors la question de l'épuisement des recours constitutionnels,

¹⁶³⁸ Voir *supra*, Première partie, Titre 1, *Chapitre 1*, Section 2, § 1, A.

¹⁶³⁹ Voir *supra*, Titre 1, *Chapitre 2*, Section 2.

directement dirigés contre la règle en cause, qui se pose, et qu'il nous appartient d'examiner à présent.

2. *Épuisement des voies de recours internes et règle incompatible in abstracto*

a. Question de l'applicabilité du principe

Recours étatiques

Les conditions d'introduction d'une demande en protection diplomatique peuvent ne pas avoir de raison de s'appliquer lorsqu'un Etat recherche, *in abstracto*, à engager la responsabilité d'un de ses pairs pour violation d'une obligation de comportement normatif. En effet, cette obligation peut être de nature strictement interétatique : c'est notamment le cas lorsqu'elle est relative à la conformité des règles de droit privé. La demande serait alors extraite des canaux de la protection diplomatique.

En revanche, lorsque l'obligation est relative à la compatibilité des règles internes, et qu'elle se superpose à une obligation transétatique, elle peut avoir pour objets, au moins indirects, les sujets internes qui verront leur protection accrue. Une demande étatique, qui ne tendrait à la réparation d'aucun dommage médiat causé en application de cette règle, pourrait-elle ainsi être recevable en dehors de la protection diplomatique ?

Comme qu'on l'a déjà mentionné, la Commission européenne des droits de l'homme a affirmé dès 1956 qu'une demande relative à la compatibilité de mesures législatives ou pratiques administratives n'était pas soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes¹⁶⁴⁰. Si, lorsque ces mesures ou pratiques ont été appliquées, cet épuisement est le plus souvent mis en échec par l'existence même de l'incompatibilité en droit interne qui rend les recours inefficaces, la condition sera tout simplement inapplicable hors cas de lésion individuelle et concrète. Ces lésions peuvent être intervenues sans que l'Etat en recherche la réparation, poursuivant exclusivement la protection de la légalité internationale. Une telle hypothèse semble peu probable, mais possible en théorie. L'Etat agirait ainsi sur la répétition à venir de violations de l'obligation de comportement opératif et, même s'il n'en retirait pas un bénéfice instantané pour ses ressortissants lésés, protégerait pour l'avenir ceux qui ne le sont pas encore. Aussi, l'Etat

¹⁶⁴⁰ Comm. E.D.H., décision du 2 juin 1956, *Grèce c. Royaume-Uni*, préc., p. 187.

pourrait agir *in abstracto*, alors qu'une règle non immédiatement exécutoire n'a encore jamais été appliquée, pour la seule violation de l'obligation relative à la compatibilité du droit interne d'un Etat étranger, et rechercher l'engagement de sa responsabilité prospective. Bien que de telles actions se heurteraient certainement à l'obstacle de la démonstration de l'intérêt pour agir devant la plupart des juridictions internationales, elles ne seraient pas soumises à l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes. Devant la Cour de Strasbourg, des demandes étatiques en ce sens ont ainsi pu être accueillies. Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, le gouvernement irlandais agissait entre autres pour violation de la part du gouvernement défendeur des obligations qui lui incombait en vertu de l'article 1^{er} de la C.E.D.H., article relatif au respect des obligations issues de la C.E.D.H., du fait de l'incompatibilité de sa législation. Si la Cour refuse au fond de consacrer sur ce fondement une obligation relative à l'état des règles internes des Etats parties, préférant considérer par fiction les obligations de comportement opératif de la convention directement violées par une telle incompatibilité¹⁶⁴¹, la Commission, au stade de la recevabilité, a rejeté l'application de la condition de l'épuisement des voies de recours internes à cette demande¹⁶⁴². Cet article 1^{er} ne s'adressant pas aux individus, c'est à l'Etat qu'il aurait fallu opposer l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, dans un Etat étranger, ce qui est bien entendu impossible.

Quoi qu'il en soit, la question de l'épuisement des voies de recours internes ne se poserait de toute façon pas dans les mêmes termes qu'en cas de règle appliquée à un cas individuel. Ici, c'est bien envers la règle elle-même que les recours devraient être dirigés. On comprend ainsi que seuls des recours constitutionnels sont envisageables, et cette condition est alors liée au fond : l'obligation de comportement normatif est en effet une obligation de comportement *global*, qui laisse à l'ensemble du pouvoir législatif, matériellement parlant, l'opportunité d'agir¹⁶⁴³. Le principe n'aurait, on le comprend, plus grand chose à voir avec une condition d'introduction d'une demande en protection diplomatique.

Recours individuels

La Cour de Strasbourg feignant de croire que le fait d'une loi incompatible viole en lui-même les obligations de comportement opératif de la C.E.D.H., ouvre tout de même aux sujets

¹⁶⁴¹ Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc. § 238, confirmé par Comm. E.D.H., décision du 16 mai 1955, *Norris et National Gay Federation c. Irlande*, préc., p. 140.

¹⁶⁴² Comm. E.D.H., rapport du 9 février 1976, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., p. 96-97.

¹⁶⁴³ Voir Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*, Section 2, § 3 sur le moment de réalisation du fait internationalement illicite.

internes de telles actions. Excluant qu'ils disposent, comme les Etats, d'une *actio popularis*, elle les soumet alors à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes. Il est exclu que ces sujets internes disposent, comme les Etats, d'une *actio popularis*. Ils doivent alors être soumis à la condition de l'épuisement des voies de recours internes. Cette exigence qui repose selon nous sur une incohérence va toutefois nous permettre d'envisager la particularité d'un épuisement dans de telles circonstances.

Dans les cas précédemment étudiés de recours contre une loi d'habilitation appliquée à la victime requérante, on a vu que cette dernière devait épuiser les voies de recours existantes à l'encontre de cette mesure individuelle d'application, sous réserve que la loi prétendument incompatible ne fasse pas échec, en droit interne, au droit international. Pour considérer définitivement les recours inefficaces dans un tel cas de figure, la Cour de Strasbourg vérifie également que les sujets internes ne disposent pas d'un recours *constitutionnel*. Autrement dit, doivent être épuisés non seulement les recours judiciaires permettant de revenir sur la mesure en écartant la loi incompatible, mais aussi les recours directement dirigés contre cette loi¹⁶⁴⁴.

Dès lors, la Cour appliquera naturellement l'exigence d'épuisement des voies de recours constitutionnels aux demandes visant exclusivement l'incompatibilité d'une loi *in abstracto*. Cette solution n'est toutefois pas vraiment cohérente par rapport au raisonnement général de la Cour en matière d'incompatibilité du droit interne. Comme on l'a déjà vu, les juges de Strasbourg refusent de voir dans l'état du droit interne une violation indépendante d'une obligation de comportement normatif, par exemple issue de l'article 1^{er} de la C.E.D.H.¹⁶⁴⁵. Elle préfère ainsi conclure par fiction à une violation « pour risque » de l'obligation de comportement opératif en question. Ainsi dans l'affaire *Klass*, qui révèle bien ce raisonnement tournant autour de la notion de « risque de violation », la Cour estimait qu'on ne pouvait imposer aux requérants d'épuiser des voies de recours internes puisqu'ils ne pouvaient avoir connaissance de l'application de la loi sur les écoutes téléphoniques. Les recours à épuiser n'étaient alors entendus qu'à propos des mesures éventuelles d'application ; hors cas connu d'application, ou, généralisons, devant une loi invoquée *in abstracto*, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes ne devrait donc pas être imposée.

¹⁶⁴⁴ Voir, entre autres, les deux affaires précitées en 1. b. : Cour E.D.H., arrêt du 28 septembre 1995, *Spadea et Scalabrino c. Italie*, préc., § 24 ; Cour E.D.H., arrêt du 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, préc., § 42. Pour une jurisprudence plus abondante, bien qu'ancienne : VERDUSSEN (M.), « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruyant/ Paris, L.G.D.J., 1995, 487 p., p. 435-451.

¹⁶⁴⁵ Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., § 238, confirmé par Comm. E.D.H., décision du 16 mai 1955, *Norris et National Gay Federation c. Irlande*, préc., p. 140.

Cette solution s'impose également en raison de la nature du recours du sujet interne lorsqu'il défère devant le juge de protection de ses droits internationaux une loi interne. Les deux conditions de recevabilité vont en effet de pair¹⁶⁴⁶. Puisque l'on considère ici que le requérant a un intérêt spécial pour agir, en raison de l'application potentielle de la règle à son égard, on devrait également accepter l'idée – elle n'est pas plus éloignée de la réalité que la première ! – qu'il ne peut exercer de recours à l'encontre d'une application qui n'a pas encore eu lieu. En vérité le requérant ne défend pas ici son intérêt spécial, qui ne peut être atteint pour la violation d'une obligation strictement interétatique, par la seule existence d'une règle générale et abstraite. Son recours s'assimile à une *actio popularis*, ou plutôt une action pour violation de son intérêt collectif¹⁶⁴⁷ au respect du droit. Puisque, dans ce cas de figure, les sujets internes se trouvent dans la même position que les Etats requérants, les mêmes conditions de recevabilité devraient leur être appliquées et l'exigence d'épuisement des recours internes ainsi inopposable. Mais on sait que la Cour de Strasbourg ne retient pas un tel point de vue, et considère au contraire que toutes les lois sont susceptibles d'affecter, aussitôt¹⁶⁴⁸ ou potentiellement¹⁶⁴⁹, les sujets internes. Malgré le précédent *Klass*, l'exigence d'épuisement des voies de recours constitutionnels a ainsi été appliquée aux lois comportant une norme d'habilitation¹⁶⁵⁰. Cette solution ne va pas de soi ; il est notable que les Etats défendeurs dans les affaires *Dudgeon* et *Norris* ne l'aient même pas envisagée¹⁶⁵¹. Elle est également critiquée en doctrine¹⁶⁵², certains auteurs allant même jusqu'à qualifier cette exigence d'« incongru(e) »¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁶ Voir notamment le raisonnement tenu par la R.F.A. dans l'affaire *Brüggenmann* : Comm. E.D.H., décision du 1976, *Brüggenmann et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne*, préc., p. 118-119 : puisque les requérantes ne sont pas, de l'avis de l'Etat défendeur, victimes de la règle sur l'avortement qui ne leur a pas été appliquée, elle n'ont pas non plus satisfait à la condition d'épuisement des voies de recours internes : aucun recours n'est ouvert lorsqu'on n'est pas lésé.

¹⁶⁴⁷ Nous rappelons que nous avons qualifié l'intérêt pour agir en violation d'une obligation interdépendante de *collectif* : il appartient à chacun, au même titre.

¹⁶⁴⁸ Pour les règles que nous avons qualifiées d'immédiatement exécutoires, qui peuvent être exécutées sans norme individuelle d'application.

¹⁶⁴⁹ Pour les règles non immédiatement exécutoires, qui nécessitent une norme individuelle d'application subséquente.

¹⁶⁵⁰ Comm. E.D.H., décision du 1976, *Brüggenmann et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne*, préc., p.128. La Commission examine la condition, et conclut qu'aucun recours n'existe contre la règle attaquée – une décision de la Cour constitutionnelle allemande en l'espèce.

¹⁶⁵¹ Le moyen tiré de l'inépuisement des voies de recours internes n'a ainsi pas été soulevé dans ces deux affaires : Commission E.D.H., décision du 16 mai 1955, *Norris et National Gay Federation c. Irlande*, préc., p. 140. ; Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁶⁵² VERDUSSEN (M.), « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 446 : « Le plus souvent, le dommage subi par l'individu est généré par un acte d'application de la loi. En l'absence d'un tel acte et à défaut de pouvoir établir que le requérant est affecté directement par la norme litigieuse, il devrait être évident que le recours contre la loi n'est pas de ceux qui sont obligatoirement épuisables ».

¹⁶⁵³ MELCHIOR (M.) et DE GREVE (L.), « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? – Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique », IXe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Paris, 10-13 mai 1993, dactyl., p. 109-110.

D'un point de vue pragmatique toutefois, puisque la Cour admet les recours de sujets internes dirigés contre des lois internes, il est préférable que ces derniers se voient opposer un autre obstacle à leur recours, quel qu'il soit, afin que cette catégorie de norme ne perde pas de sa superbe par une mise en cause intempestive devant un juge international qui lui est foncièrement étranger. Le sujet interne n'est pas dans la même situation qu'un Etat requérant en droit international, et s'il dispose de voies de recours, en droit interne, il lui faudra les épuiser si on admet qu'il puisse attaquer une loi dans une action prétendument personnelle.

b. Efficacité des recours

L'exigence s'appliquant, il s'agit de voir si les recours constitutionnels dont il est question peuvent réellement être épuisés. La Cour gardera *mutatis mutandis*, sa jurisprudence habituelle, soustrayant de cette catégorie les recours non disponibles ou inefficaces.

Les recours doivent tout d'abord être ouverts aux sujets internes, cas plutôt minoritaire en matière de justice constitutionnelle. Lorsque le recours individuel a trait à une loi incompatible et son application, la Cour de Strasbourg estime qu'un recours constitutionnel n'est à épuiser que s'il a un impact sur la situation individuelle du requérant. Elle ne réclame donc pas de recours *in abstracto* de ce dernier¹⁶⁵⁴. L'exigence est toute autre lorsque c'est la loi seule qui est mise en cause devant le juge international. Ainsi, dans les Etats disposant d'un recours constitutionnel par voie d'exception, lors d'un procès relatif à un cas particulier, aucun recours constitutionnel ne sera considéré comme ouvert aux sujets internes : c'est bien, en droit interne, un recours *in abstracto* que l'on recherche ici puisque la loi n'a pas été appliquée au requérant. On voit une fois de plus l'incohérence de toute cette jurisprudence, qui exige en préalable de droit interne ce qu'elle refuse de faire elle-même. Seuls donc pourraient ici être pris en compte les recours constitutionnels *in abstracto*, directement dirigés contre la loi hors de toute action judiciaire, et ouverts aux individus eux-mêmes, comme c'est le cas en Allemagne.

L'Irlande permet également aux individus d'exercer une action en contestation de la constitutionnalité de la loi¹⁶⁵⁵. Toutefois la Cour de Strasbourg exige que le recours interne permette une modification de la législation interne. Or cette action irlandaise ne permet que la

¹⁶⁵⁴ Cour E.D.H., décision du 16 janvier 2003, *Brudnicka et autres c. Pologne*, req. 54723/00.

¹⁶⁵⁵ Cour E.D.H., arrêt du 16 décembre 2010, *A, B et C. c. Irlande*, req. 25579/05, § 134.

déclaration d'incompatibilité de la loi. Elle ne peut être considérée comme un recours efficace, car « n'imposerait à l'Etat aucune obligation juridique de modifier le droit interne »¹⁶⁵⁶

De plus, le recours constitutionnel doit permettre d'invoquer la violation du droit international. On pourrait ainsi exclure tous les systèmes qui n'acceptent pas que la loi soit soumise à un quelconque contrôle de conventionnalité. La Cour a toutefois une appréciation souple de ce critère, et le recours sera épuisable s'il permet d'invoquer *en substance* le manquement à la C.E.D.H. Autrement dit, même si cette dernière n'est pas intégrée au bloc de constitutionnalité, le recours devra être épuisé si la constitution en reprend substantiellement les dispositions¹⁶⁵⁷. Si en revanche la Constitution ne permet pas de défendre le droit internationalement protégé, le recours constitutionnel sera considéré comme inefficace : c'est le cas de la Constitution irlandaise, laquelle ne permet pas de protéger la vie privée des femmes à l'encontre de la loi incriminant pénalement l'avortement¹⁶⁵⁸.

On le voit : cette exigence de recevabilité est réduite à son plus petit élément, ce qui n'est pas sans causer de nombreux effets pervers. Lorsqu'est en cause une loi d'un Etat qui ne reconnaît pas un contrôle de constitutionnalité tel que décrit précédemment, le recours de n'importe quel individu qui se sent visé de près ou de loin par ses dispositions générales et abstraites pourrait aboutir devant la Cour de Strasbourg. Elle ouvre donc un contrôle de conventionnalité de la loi alors même qu'en droit interne cette loi serait devenue inattaquable. Contrairement à l'exigence traditionnelle de l'épuisement des voies de recours internes, qui tend à obtenir avant tout dans l'ordre interne la réparation d'un préjudice subi, il n'est pas ici question de la réparation d'un quelconque dommage. Le recours à épuiser est exclusivement déclaratoire, jugeant abstraitement de la validité d'une règle interne. Il n'y a qu'un pas pour conclure que le contrôle opéré par la Cour européenne tend à être de la même nature. On s'extrait en réalité totalement du contentieux de la réparation qui est pourtant sa fonction initiale. Cette nouvelle forme de contrôle de l'incompatibilité du droit interne par le juge international doit être étudiée de manière distincte.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, § 150. De plus, en cas d'application de la loi, ce recours serait également insuffisant : la déclaration d'incompatibilité « ne conditionnerait pas automatiquement une réparation pécuniaire puisqu'elle ne lierait pas les parties à la procédure en question »¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁵⁷ Par exemple, dans un cas qui ne concerne toutefois pas un recours contre une loi *in abstracto* : Cour E.D.H., arrêt du 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, Série A, n°236, § 24-32.

¹⁶⁵⁸ Cour E.D.H., arrêt du 16 décembre 2010, *A, B et C. c. Irlande*, préc., § 146-149.

Conclusion du chapitre

Comment mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat du fait de la production, du maintien ou de l'existence d'actes juridiques internes contraires, non conformes ou incompatibles avec le droit international : tel est l'objet de notre étude dans ce dernier titre. La responsabilité de l'Etat du fait de la production d'actes juridiques contraires à ses obligations de comportement opératif est d'ordre rétrospectif, et se laissera naturellement enfermer dans le contentieux de la réparation. Ce même contentieux, on vient de le voir, ne pourra servir à l'invocation de la responsabilité, élargie puisque prospective, du fait de la violation d'obligations de comportement normatif, sans qu'on en force les cases de manière assez artificielle. Il nous faut donc envisager d'autres moyens ouverts à la mise en œuvre de cette responsabilité *lato sensu* de l'Etat du fait de l'état de son droit interne, extérieurs au traditionnel contentieux de la réparation.

Chapitre 2. Mise en œuvre de la responsabilité extérieure au contentieux de la réparation.

Jusqu'à présent, on a forcé toutes les cases du droit de la responsabilité internationale pour tenter d'y intégrer les questions de violation des obligations de comportement normatif de l'Etat, du fait de l'état de ses règles juridiques internes. Cet état – *non conforme* à un « modèle » déterminé, *incompatible* avec d'autres obligations car empêchant radicalement leur respect, ou *non compatible* avec ces obligations car permettant leur violation – donne naissance à une responsabilité étatique qui n'est pas d'ordre réparatoire, bien plus élargie et, il faut l'admettre, impalpable. Existe-t-il ainsi des moyens, à la disposition des Etats, propres à permettre la mise en œuvre de cette responsabilité ? Des actions, portées devant des juridictions ou quasi-juridictions mais détachées du contentieux de la réparation, permettent d'y répondre (Section 1). Des mécanismes beaucoup plus éloignés de toute démarche contentieuse, de contrôle et de contre-mesures, doivent également être envisagés, comme d'autres moyens de mettre en œuvre cette responsabilité (Section 2).

Section 1. Actions extérieures au contentieux de la réparation

Le contentieux de la réparation se prête difficilement à la reconnaissance d'un état du droit interne distinct de celui internationalement exigé. Devant des juridictions internationales, les obstacles principaux étant l'existence d'un différend et d'un intérêt spécial pour agir, seules des actions affranchies de ces deux conditions pourraient permettre de connaître de questions d'uniformisation du droit interne, *in abstracto*.

§ 1. Admission de requêtes abstraites

La responsabilité prospective de l'Etat, réitération de son obligation initiale parfois précisée, parfois renforcée, peut-elle faire l'objet d'une procédure déclaratoire ? Est-ce qu'une opinion sur la compatibilité du droit interne pourrait avoir une quelconque efficacité ? Cette forme de responsabilité pourrait, éventuellement, être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure qui s'extrait du contentieux de la réparation. Le succédané procédural d'un contrôle de la légalité internationale du droit interne des Etats pourrait tout d'abord se retrouver dans une action déclaratoire. Ainsi qu'on l'a vu, il n'entre pas dans la fonction contentieuse des juridictions internationales de connaître de questions abstraites, et donc de rendre des jugements purement déclaratoires. Traditionnellement, ces derniers ne sont acceptables que s'ils tendent à régler un litige entre Etats, en déterminant le droit applicable et dictant les conduites à tenir pour le futur, même si aucune obligation de réparation n'est en question. A ce stade, il s'agit donc de déterminer s'il existe des juridictions qui, hors de leur fonction contentieuse, accepteraient de connaître de telles questions, ouvrant leurs portes à des jugements *purement* déclaratoires (A). Une autre procédure envisageable serait la demande d'avis consultatif (B). Ces deux procédures ouvrent en effet des actions sans différend, permettant de poser des questions abstraites relatives à l'état des règles internes. Quelle en est toutefois l'utilité ? Le jugement déclaratoire permet de contrôler cet état sans pouvoir en tirer de quelconque conséquence. Quant à l'opinion consultative, elle est dépourvue de toute force obligatoire. La possibilité d'un examen abstrait du droit interne par des juridictions internationales est cependant suffisamment extraordinaire pour être présentée ici.

A. Demandes de jugements déclaratoires

Si les juridictions internationales acceptent de rendre des jugements déclaratoires, autrement dit en simple constatation du droit sans décision proprement dite, c'était jusqu'à présent toujours pour résoudre un conflit entre Etats et guider leurs relations futures. Est-il possible d'envisager un jugement *purement* déclaratoire, utilisable pour constater hors de tout différend concret l'incompatibilité du droit interne avec ses obligations internationales, ou sa non-conformité aux modèles définis (1) ? Un tel jugement peut être décelé dans une seconde interprétation de la procédure prétendument contentieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1. *Existence de jugements purement déclaratoires utilisables en l'espèce*

Le jugement purement déclaratoire, impropre à mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat au sens étroit, pourrait permettre de révéler une incompatibilité du droit interne. Pour le professeur Scandamis, le trait décisif de ce type de jugement déclaratoire est sa mission exclusive de protection de la sécurité juridique. Assurant une fonction essentiellement préjudicielle, il ne s'occupe pas des obligations secondaires¹⁶⁵⁹. Un recours purement déclaratoire prendrait des aspects objectifs, qui peuvent poser théoriquement difficulté en droit international. Cet ordre ne fournit en effet pas de règles de droit objectives, susceptibles de servir de normes de référence. Notamment, L. Cavare ne s'étonnait pas de l'absence d'un tel contentieux objectif en droit international : « (i)l est impossible de s'en étonner dans l'état actuel de notre Science. (...) En l'absence de législateur universel, il n'y a pas de règle écrite universelle affirmant son autorité sur les autres sources formelles, comme c'est le cas de la loi écrite dans les Sociétés internes. »¹⁶⁶⁰ Pour cela, le contentieux subjectif, envisagé précédemment, domine dans cette discipline. Toutefois, l'auteur envisageait l'existence de recours en appréciation de la légalité, ou en interprétation, qui s'en détacherait, et pourrait même englober des questions relatives au droit interne¹⁶⁶¹. De nouveau, il est important d'exclure de notre étude les cas de jugements déclaratoires portant sur des actes formellement internes mais matériellement internationaux, tels qu'envisagés par cet auteur, ou encore par Mme Marek, comme la preuve de l'existence d'un

¹⁶⁵⁹ SCANDAMIS (N.), *Le jugement déclaratoire entre États...* *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁶⁰ CAVARE (L.), *Le droit international public positif*, t. II, *op. cit.*, p. 269.

¹⁶⁶¹ CAVARE (L.), « Les recours en interprétation et en appréciation de validité devant les tribunaux internationaux », *op. cit.*, p. 505-512.

contrôle de la légalité du droit interne en droit international¹⁶⁶². Doivent également être exclues toutes les questions relatives aux actes juridiques dont la production et le maintien peuvent constituer des faits internationalement illicites et intégrer un contentieux de la réparation. Leur examen par les juridictions internationales ne sont jamais la preuve de l'existence d'un contrôle de légalité du droit interne¹⁶⁶³. Le seul exemple vraiment probant de recours objectif en interprétation du droit interne semble être fourni par l'affaire de la *German Industrial Charges Law* de 1924¹⁶⁶⁴. Il était en effet demandé à l'arbitre unique de déterminer si la loi allemande sur les hypothèques publiques s'appliquait aux propriétés industrielles acquises après 1924, autrement dit d'interpréter, à la lumière du droit international, une législation interne¹⁶⁶⁵. Cette sentence intervient toutefois dans le contexte particulier du plan de réparations de guerre imposé à l'Allemagne, au sein duquel ladite loi avait été élaborée par une commission internationale puis adoptée par le Reichstag. On se trouve donc dans une hypothèse très particulière de loi uniforme imposée à un Etat, et dans un cas tout à fait exceptionnel d'interprétation, au regard du droit international, d'une loi interne... mais internationalement déterminée. Le cas est isolé et peut être rapproché de l'avis de la C.I.J. dans l'affaire du *Statut du territoire de Memel*: les actes juridiques dont il est ici question ne sont peut-être pas produits par des Etats souverains, tant le contrôle exercé par le droit international était poussé. Si dans l'affaire portée devant la C.I.J. pouvait s'ancrer dans le contentieux, l'acte en question étant individuel et sa production pouvant s'analyser en un fait internationalement illicite¹⁶⁶⁶, la Cour aurait peut être pu juger abstraitement de sa légalité internationale, en considérant qu'il émanait d'une entité non indépendante : la Constitution de Memel émanait du droit international et la Lithuanie ne pouvait projeter son propre ordre juridique sur ce territoire dans de telles circonstances.

La C.I.J. n'aurait toutefois pu rendre une décision déclaratoire, même suivant la volonté des parties à l'instance. Toute juridiction voit en effet sa compétence déterminée par son statut, et elle ne pourra connaître de questions de droit non contentieuses que si cela entre dans ses attributions. Ainsi la fonction de la C.I.J. est clairement limitée au règlement des différends,

¹⁶⁶² *Ibidem*, p. 506 ; MAREK (K.), « Les rapports entre le droit international et le droit interne... », *op. cit.*, spéc. p. 277-285. Voir *supra*, Introduction générale et Seconde partie, Titre 1, *Chapitre 2*.

¹⁶⁶³ *Contra*, CAVARE (L.), « Les recours en interprétation et en appréciation de validité devant les tribunaux internationaux », *op. cit.*, p. 507-508 ; MAREK (K.), « Les rapports entre le droit international et le droit interne... », *op. cit.*, p. 268-277.

¹⁶⁶⁴ Sentence arbitrale du 28 décembre 1925, *German Industrial Charges Law*, Allemagne/Commission de réparation, *R.S.A.*, vol. II, p. 745-752.

¹⁶⁶⁵ La *German Industrial Charges Law* a ainsi été interprétée majoritairement à l'aide des travaux préparatoires de la commission internationale qui en avait élaboré le projet, soit selon les directives du droit international et non du droit interne, *ibid.*, p. 750-751.

¹⁶⁶⁶ Voir en ce sens, *Chapitre 1*, Section 1, § 1, A, 2.

autrement dit à une mission contentieuse¹⁶⁶⁷. L'arbitre unique dans l'affaire de la *German Industrial Charges Law*, comme tout tribunal arbitral, est donc plus à même de voir sa fonction étendue à des questions abstraites.

Mission accessoire ?

Certaines juridictions pourraient s'autoriser, accessoirement à leur mission principale contentieuse, à juger abstraitement de la compatibilité du droit interne au droit international. Les juridictions pénales internationales sont l'exemple le plus flagrant de juridictions dont la mission n'est pas à proprement parler internationale¹⁶⁶⁸, mais qui pourraient, de manière préjudicielle, traiter de questions qui le sont, sans avoir à démontrer l'existence d'un quelconque différend entre Etat. Ainsi, le T.P.I.Y. a pu s'autoriser à dire le droit international, sans rapport direct avec le cas de responsabilité pénale individuelle auquel il devait s'intéresser. Cependant, à propos du droit interne, le Tribunal ne s'est pas du tout placé sur ce terrain, considérant bien davantage qu'il existe en droit international humanitaire des obligations de comportement normatif qui impliquent que l'incompatibilité ou la non-compatibilité des lois nationales peuvent constituer des faits internationalement illicites¹⁶⁶⁹. Ainsi le Président du Tribunal dans l'affaire *Blaskic* a refusé d'interpréter le droit croate relatif à l'exécution des mandats d'arrêts émis par le T.P.I.Y.¹⁶⁷⁰ S'il a considéré que le droit interne devait être entendu ici comme du droit et non seulement comme du fait, ce n'est pas pour ouvrir la voie à un contrôle de légalité de celui-ci, mais bien au contraire pour justifier d'un refus d'en connaître. Le droit interne ne peut en effet être détaché de son contexte, autrement dit de son ordre juridique, et ne peut être interprété autrement par les organes internationaux. L'interprétation des organes internes de la législation en question a donc été retenue en l'espèce¹⁶⁷¹. Le Président s'est ensuite placé sur le terrain du contrôle de licéité, considérant donc l'incompatibilité du droit croate comme un fait internationalement illicite, sans en juger abstraitement. Il est donc peu probable que le Tribunal lui-même, à titre incident, juge exclusivement de l'incompatibilité du droit interne ; au-delà, il se placerait sur le terrain de la responsabilité de l'Etat qu'il n'est pourtant pas à même de mettre en œuvre.

¹⁶⁶⁷ Statut de la C.I.J., <<http://www.un.org/french/aboutun/icjstatute/>>, article 38. 1.

¹⁶⁶⁸ Voir SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? — Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 58-81, spéc. p. 59-70.

¹⁶⁶⁹ T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, préc., spéc. § 150.

¹⁶⁷⁰ T.P.I.Y., Décision du Président du Tribunal du 3 avril 1996, *Affaire Blaskic*, préc.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 1152.

2. *Seconde lecture de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme*

Aucune obligation de comportement normatif n'est expressément reconnue par les juges de Strasbourg, qui préfèrent voir une violation parfaite des obligations visant la protection des droits fondamentaux dans des situations individuelles du simple fait de l'incompatibilité de règles internes. Selon nous, il ne s'agissait que d'une fiction : la Cour accepte en réalité de juger de la violation d'une obligation de comportement normatif, exactement comme la Cour interaméricaine ou encore l'O.R.D. de l'O.M.C.¹⁶⁷². En effet, on l'a vu, la question posée à la Cour est traitée comme une question de responsabilité de l'Etat du fait de l'état du droit interne. Si l'on mettait de côté cette fiction, pourrait-on toutefois donner une seconde lecture de ces jugements, et les entendre comme de pures décisions abstraites, relatives à la compatibilité du droit interne au droit international ? Entre-t-il dans les attributions de la Cour de répondre à de telles demandes ? Pourrait-elle ainsi se détacher de sa mission contentieuse pour réellement porter un regard sur le droit interne ?

(i) Requêtes individuelles

Selon la C.E.D.H., la mission de la Cour dans le cadre des requêtes individuelles reste ancrée dans le contentieux de la réparation. En effet, en érigeant la qualité de victime comme condition de recevabilité de ces demandes, la Convention empêche toute demande abstraite, détachée d'un différend concret¹⁶⁷³. Toutefois, lorsque la Cour, initialement saisie d'une demande par la victime d'une application d'une règle interne, connaît en même temps de l'incompatibilité de la règle interne à la C.E.D.H., on voit bien que sa fonction déborde largement du cadre contentieux. C'est encore plus le cas lorsqu'elle accepte de connaître, grâce à la notion controversée de « victime potentielle », d'une règle comportant une part d'habilitation, encore inappliquée. La porte est désormais ouverte à des demandes abstraites émanant de sujets internes¹⁶⁷⁴. Preuve en est d'autant plus apportée que la Cour accepte, dans une démarche plus déclaratoire que contentieuse, de donner un avis sur des lois nouvelles, modifiant les lois déferées

¹⁶⁷² Voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 2*. Si on ne raisonne pas par fiction de violation d'une obligation de comportement normatif, on accepte en effet la notion de violation pour risque, ou plutôt de faire de cette obligation de comportement normatif non pas une obligation primaire mais une obligation secondaire. Le droit international aurait, parmi ses règles de fonctionnement, un principe relatif à la compatibilité du droit interne. La théorie de la séparation des ordres juridiques s'en trouve inévitablement ébranlée.

¹⁶⁷³ On a déjà pu remarquer que les organes de Strasbourg ne distinguent pas les questions d'existence du différend et de qualité pour agir, qu'ils regroupent sous l'examen de la condition de victime. Voir *supra*, affaire *Marčekx*.

¹⁶⁷⁴ Voir en ce sens : COHEN-JONATHAN (G.), « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, 338 p., p. 101-135, qui considère qu'il est établi un « contentieux objectif », spéc. p. 115.

à la Cour, supposément incompatibles avec la C.E.D.H.¹⁶⁷⁵ Dans l'affaire *De Becker*, certes, la Cour a radié l'affaire du rôle après modification par la Belgique de sa législation contestée. Mais ce refus de juger ne prenait pas la forme d'une position de principe. La Commission avait d'ailleurs vérifié, abstraitement, la compatibilité de la loi nouvelle à la C.E.D.H., et n'avait pas relevé, hormis quelques points qui posaient des problèmes d'interprétation, de difficulté majeure. De plus, le requérant M. de Becker avait fait parvenir à la Cour une lettre selon laquelle il se déclarait sans intérêt à la poursuite de l'affaire. Deux raisons pouvaient donc appuyer le refus de la Cour de juger abstraitement de la loi nouvelle. Sans l'avis de la Commission sur la compatibilité de la loi, la Cour aurait pu statuer. L'article 37. 1, *in fine*, autorise en effet la Cour à examiner d'office une requête, alors même que le requérant ne souhaite plus la maintenir, ou encore que le litige a disparu, si l'ordre public européen l'exige. Autrement dit, elle peut déclarer une violation issue d'une incompatibilité du droit interne si elle le souhaite. Si l'article 37 lui permet de rendre des jugements totalement éloignés d'un litige concret, il faut toutefois noter que la Cour n'use pas de ce pouvoir. Elle ne se permet de juger abstraitement que de règles qui ont déjà fait courir un *risque*, du fait de leur existence, sur des sujets internes-victimes qui, bien que virtuelles, permettent au moins à la Cour de sauver les apparences. Il n'en reste pas moins que la Cour procède toujours à un examen *prima facie* de la loi nouvelle, portant un regard sur sa compatibilité avec le respect des droits individuels. La Cour s'abstient simplement de rendre une décision à ce propos, comme pour ménager l'Etat défendeur. Par cette attitude prudente, la Cour tente de faire évoluer les législations incompatibles sans vexer inutilement les Gouvernements par une immixtion excessive dans leurs affaires internes.

(ii) Requêtes étatiques

Ainsi qu'on l'a vu dans un premier chapitre, les requêtes étatiques, dès lors qu'elles soumettent à la Cour une législation interne ou une pratique générale d'un Etat, ne sont plus soumises aux conditions d'introduction d'une demande en protection diplomatique, qui se résument en l'espèce à l'épuisement des voies de recours internes. Cette jurisprudence peut démontrer un rejet de la protection diplomatique, et laisser à penser que la Cour admet un recours pour violation d'une obligation strictement interétatique d'uniformisation du droit interne¹⁶⁷⁶. Force est toutefois de constater que la Cour ne reconnaît pas expressément de telle

¹⁶⁷⁵ Voir notamment Cour E.D.H., arrêt du 25 novembre 2008, *Biriuk c. Lituanie*, préc., § 46, et *Armoniene c. Lituanie*, préc., § 47. Bien entendu, le différend existait encore en l'espèce du fait de l'application de cette loi (une indemnité insuffisante, accordée en application du plafond fixé), dont les effets perduraient.

¹⁶⁷⁶ Voir *supra*, Chapitre 1., Section 2.

obligation¹⁶⁷⁷. Une seconde interprétation du rejet de la protection diplomatique pourrait donc être la suivante : au-delà du rejet d'une action contentieuse en endossement du préjudice d'un sujet interne, ce serait le rejet de toute action contentieuse qui serait ici marqué. En effet, la Commission, dans sa décision de 1956, note bien que l'objet de la demande étatique n'est pas de relever une violation de la Convention et d'en obtenir la réparation, mais bien « de déterminer la compatibilité de mesures législatives et de pratiques administratives à Chypre avec la Convention ». Cette expression, permettant d'éloigner les recours étatiques devant la Cour de Strasbourg de traditionnels recours contentieux, sera reprise par la suite¹⁶⁷⁸. Certes il est parfois douteux que la Cour s'extrait de tout contentieux, notamment lorsqu'elle semble considérer que l'épuisement des voies de recours internes est en réalité applicable, mais non exigé en raison de l'inefficacité des recours en présence de lois ou pratiques incompatibles avec la Convention¹⁶⁷⁹. Mais elle répond ainsi aux demandes des Etats, lesquels ne s'engagent pas vraiment dans un contrôle de compatibilité abstraite du droit interne d'un Etat étranger. Des pratiques sont le plus souvent, voire systématiquement mises en avant ; même sans cas individualisés, elles demeurent concrètes¹⁶⁸⁰. Concernant les mesures législatives, nul doute qu'elles étaient, dans les cas déférés, toujours appliquées. Si la Cour semble prête à accepter un recours abstrait, en compatibilité du droit interne à la Convention, et rendre à ce sujet un arrêt purement déclaratoire, les Etats ne le sont pas à le formuler. M. Voefray note d'ailleurs que l'expression doctrinale de requêtes « abstraites »¹⁶⁸¹ est trompeuse, puisque les requêtes étatiques concernées ont généralement donné lieu à des applications concrètes individuelles¹⁶⁸².

(iii) Eventualité d'un recours en manquement du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

Le Commissaire aux droits de l'homme M. Alvaro de Robles a proposé d'inclure au Protocole n°14 amendant la procédure devant la Cour européenne une disposition lui permettant de

¹⁶⁷⁷ Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁶⁷⁸ Comm. E.D.H., décision du 24 janvier 1968, *Danemark c. Grèce, Norvège c. Grèce, Pays-bas c. Grèce et Suède c. Grèce*, préc., p. 115.

¹⁶⁷⁹ Voir Chapitre 1.

¹⁶⁸⁰ Pratique > application d'une tolérance officielle de l'Etat, ie habilitation-permission. N'entre pas en tant que telle ds l'interdiction de droit incompatible, mais obligation secondaire ; garantie de non-répétition.

¹⁶⁸¹ Il renvoie à DIJK (P. van) et HOOF (G.J.H. van), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., La Haye, 1998, p. 40.

¹⁶⁸² VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 139.

« saisir la Cour d'une requête, qui soulève une question grave de caractère général, dirigée contre une ou plusieurs Hautes Parties contractantes, afin de faire constater par la Cour une violation des droits reconnus par la convention imputable à cette ou à ces Hautes Parties contractantes »¹⁶⁸³

Le Commissaire suggérait que ce recours en manquement fasse l'objet d'un article 33 bis, suivant de près les recours étatiques en voie de raréfaction qu'il aurait, à terme, supplantés. Il aurait en effet permis d'exercer un contrôle de la compatibilité du droit interne lorsque des violations concrètes, massives et répétées, étaient commises par des Etats parties, révélant une tolérance officielle ou même l'existence d'actes permettant ces violations. Cette proposition audacieuse transformait le Commissaire en « procureur »¹⁶⁸⁴ des droits de l'homme, rôle d'ordinaire dévolu aux Etats, mais qui renonçait à l'exercer le plus souvent pour des raisons politiques.

Cette proposition ne sera toutefois pas retenue, et le protocole ne reconnaît au Commissaire qu'un droit de tierce intervention (article 36. 3) dans les affaires soumises à une Chambre ou à la Grande chambre. Il a ainsi l'opportunité de présenter des observations afin de mettre en exergue un problème structurel à l'origine de la violation concrète déférée à la Cour, et qui peut donc être l'incompatibilité du droit interne. Cette réforme est certes moins audacieuse que la reconnaissance d'un droit d'action, mais elle ne bouscule pas totalement le fonctionnement du système européen de protection des droits de l'homme, qui reste dans une logique purement interétatique sans tendre à l'intégration de type communautaire. Elle « ouvre des perspectives nouvelles dans la mesure où elle permet au Commissaire de situer une requête individuelle dans son contexte, ce qui est susceptible d'aider la Cour dans son jugement et d'influer sur le processus de surveillance de l'exécution de l'arrêt par le Comité des Ministres. »¹⁶⁸⁵

Il est révélateur que les organes d' O.I.T. se réfèrent à la procédure de recours étatique devant la Cour de Strasbourg, afin d'admettre des allégations d'une nature différente, visant non pas des violations à l'égard de personnes spécifiques, mais l'existence de mesures législatives et de pratiques administratives¹⁶⁸⁶. Les procédures établies par la Constitution de l'O.I.T. sont en effet

¹⁶⁸³ Commissaire des droits de l'homme, 24 septembre 2003, CDDH-GDR(2003)027. Pour la position du CDDH face à cette proposition : « Rapport d'activités interimaire », § 22.

¹⁶⁸⁴ En ce sens, SICILIANOS (L.-A.), « La réforme de la réforme du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme », *préc.*, p. 631.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 632.

¹⁶⁸⁶ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1985, *Réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale alléguant l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession)*, *préc.*, § 466.

clairement détachées du contentieux de la réparation, et plus précisément pour ce qui nous importe dans ce premier temps, de la condition d'existence d'un différend.

3. Procédure de réclamations et de plaintes de l'O.I.T.

La Constitution de l'O.I.T. établit un droit de réclamation au profit d'organisations syndicales d'employeurs ou de travailleurs (article 24) ainsi qu'un droit de plainte à tout Etat ou bien directement aux mains du Conseil d'administration de l'organisation, agissant d'office ou sur la demande d'un délégué à la Conférence. Ces actions se détachent nettement du contentieux de la réparation, en ce qu'elles ne visent pas des violations individualisées mais bien davantage des situations générales de non observation des conventions de l'O.I.T. Ainsi il n'est pas tant question du règlement d'un différend opposant des parties à propos de la responsabilité de l'une d'elle, que d'un jugement de la conformité ou de la compatibilité du droit interne des Etats. Dans les premières affaires soumises à une commission d'enquête, relatives au travail forcé en Afrique portugaise¹⁶⁸⁷, il n'était question que de *pratiques* et non de cas individualisés. Ces derniers existaient pourtant, et n'avaient pas cherché à obtenir une réparation en droit interne. Cette absence d'épuisement des voies de recours internes n'a pourtant pas été soulevée par les Etats mis en cause. Aucune réparation d'un préjudice quelconque n'est en effet recherchée au travers de ces plaintes.

La Commission d'enquête établie en 1985, dans l'affaire de l'observation de la convention n°111 par la R.F.A., rappelle que l'épuisement des voies de recours internes n'est pas imposé par les procédures de réclamations et de plaintes des articles 24 et 26 de la Constitution de l'O.I.T.¹⁶⁸⁸ Une des raisons avancées est que la question qui lui est soumise n'a pas trait à la violation concrète d'obligations visant la réalisation de situations individuelles. En effet, ces « procédures ne sont pas destinées à rendre un jugement ou à procéder à la révision de décisions internes portant sur des cas individuels » mais « visent à examiner si des *situations* données sont *compatibles* avec les dispositions de conventions ratifiées par le pays en question. »¹⁶⁸⁹ Les cas individuels ne sont pris que comme « éléments de preuve » aux fins de déterminer quel est « l'effet précis des textes législatifs pertinents » et « la pratique administrative suivie ». C'est donc essentiellement sur

¹⁶⁸⁷ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1957, *Plainte du Ghana au sujet de l'application par le Portugal de la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé*, préc. ; Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Liberia de la Convention n°29 sur le travail forcé*, préc.

¹⁶⁸⁸ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1985, *Réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale alléguant l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession)*, préc.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, § 458.

les règles internes que se porte le regard des commissions d'enquêtes. L'action ouverte devant elles n'est pas subordonnée à l'existence d'un différend précis mais vise à un contrôle de la compatibilité ou la conformité du droit interne aux normes de droit international du travail.

Un dernier argument renforce notre opinion en ce sens : dans l'affaire mettant en cause le Zimbabwe, l'Etat reconnaissait les violations concrètes dont il était accusé, mettant ainsi fin à un éventuel « différend » qui l'aurait opposé aux délégués à la Conférence à l'origine de la plainte du Conseil d'administration. Toutefois, il n'admettait pas les causes des faits en question, et considérait que ces faits ne se reproduisaient plus aujourd'hui¹⁶⁹⁰. La commission d'enquête ne s'est toutefois pas dessaisie de l'affaire, montrant que sa fonction dépassait largement le cadre d'un éventuel différend relatif à la responsabilité d'un Etat, et visait à émettre des conclusions sur les situations générales et la législation interne, et recommander à l'Etat des mesures garantissant la non-répétition des violations passées et la mise en compatibilité de son droit interne.

Jusqu'alors, tous les cas renvoyés à des commissions d'enquête de l'O.I.T. ont concerné des questions générales de compatibilité ou de conformité de la législation et de la pratique avec les conventions en cause. La procédure est perçue comme un « instrument de dernier recours »¹⁶⁹¹, utilisé uniquement dans des cas de violations nombreuses révélant l'existence de pratiques ou d'une législation incompatible. Les Etats ne se servent pas de la procédure de plainte comme d'un mécanisme habituel¹⁶⁹². En outre, parmi ces plaintes, la pratique révèle que seules seront soumises par le Conseil d'administration à une commission d'enquête celles qui concernent une situation générale. Les cas de violations isolées ont fait l'objet d'un règlement à l'amiable, entre les Etats seuls¹⁶⁹³, avec l'assistance technique de l'O.I.T.¹⁶⁹⁴ ou les bons offices du Directeur général du B.I.T.

¹⁶⁹⁰ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 2008, *Plaintes concernant le non-respect par la Zimbabwe de la convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, et de la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective*, Bull. off. B.I.T., vol. XCIII, 2010, série B, supp. spéc., § 542.

¹⁶⁹¹ VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 121

¹⁶⁹² BOWETT (D.W.), *The Law of International Institutions*, Londres, Stevens, 1982, XV-431 p., p. 153 : « *in practice this entire 'complaints procedure' has proved to be something kept in reserve rather than something for habitual use* ».

¹⁶⁹³ Voir la plainte de la France contre le Panama, de 1976, à propos de la violation, dans un cas individuel, de la Convention n° 55 sur les obligations de l'armateur en cas de maladie ou d'accident des gens de mer, et le règlement à l'amiable de l'affaire, le Panama ayant donné satisfaction à la France : O.I.T. Doc. CA/202/7/15.

¹⁶⁹⁴ Voir les deux plaintes de la France contre le Panama, de 1978, à propos de violations, dans des cas individuels, des conventions n°53 sur les brevets de capacité des officiers, n°23 sur le rapatriement des marins et n°68 sur l'alimentation et le service de table. Les plaintes aboutirent, avec l'aide d'une commission d'experts du B.I.T. Notons qu'un expert fut *in fine* envoyé au Panama pour aider le gouvernement à élaborer une législation relative au travail maritime conforme aux conventions précitées. O.I.T. Doc. CA/211/5/9 ; O.I.T. Doc. CA/226/13/5.

4. Procédure de règlement des différends de l'O.M.C.

La procédure de règlement des différends de l'O.M.C. permet d'examiner la compatibilité du droit interne aux accords internationaux, en dehors de tout différend concret – autrement dit sans besoin d'avancer des applications individuelles de ces règles de droit à l'appui d'une demande.

Cette caractéristique est rendue possible par une ambiguïté de l'objet des obligations relatives au commerce international. Ces dernières se réalisent en effet dans l'ordre interne des Etats, voire pour la plupart dans le chef des individus. Cela se révèle notamment à la lecture du GATT, qui encadre les mesures des États touchant les « produits ». Ces mesures, de droit interne, ne devront par exemple pas discriminer les produits importés par rapport aux produits nationaux. Et cela est d'autant plus flagrant dans l'ADPIC, qui vise à protéger certains droits individuels comme le droit d'auteur¹⁶⁹⁵. Il est donc nécessaire de viser des situations internes lorsque l'on veut démontrer la violation de ces obligations. Classiquement, on pourrait uniquement invoquer la violation de telles obligations lorsque la mesure en cause a précisément porté atteinte à un particulier. L'État devrait agir dans le cadre d'une demande en protection diplomatique, après épuisement des voies de recours internes. La poursuite d'une demande interétatique, pour violation d'une obligation de comportement normatif qui se superposerait à ces obligations transétatiques, serait très délicate. Toutefois, le rôle du sujet interne est totalement relégué dans le système de l'O.M.C. Certes, les accords n'ont pas ces sujets pour destinataires, et ne sont généralement pas considérés comme d'effet direct en droit interne. Mais, comme on vient de le voir, nul doute qu'ils en sont l'objet. Les actions étatiques n'ont toutefois pas à s'inscrire dans le

¹⁶⁹⁵ On se rappelle que, dans le cadre de l'affaire *Inde — Brevets*, il était difficile de déterminer à quel type d'obligation, et, par voie de conséquence, à quel type de fait illicite on avait affaire. Les règles internes permettant de conférer des droits exclusifs de commercialisation étaient en cause. Leur « absence » constituait ainsi un manquement de la part de l'Inde à ses obligations au titre de l'ADPIC, lu conjointement avec l'article XVI. 4 de l'accord instituant l'O.M.C. On pouvait voir dans le rapport du groupe spécial et de l'organe d'appel la formulation d'une obligation semblait-il relative à la pleine compatibilité des règles internes : « L'Accord sur les ADPIC diffère des autres accords visés dans la mesure où la plupart de ses dispositions exigent des Membres qu'ils prennent des mesures positives ; en l'espèce, qu'ils accordent des droits exclusifs de commercialisation conformément à l'article 70 :9. Dans les cas où il est nécessaire qu'un Membre donne effet à de telles mesures positives, ne pas conférer à l'exécutif le pouvoir requis constitue une violation de l'Accord, car l'absence de pouvoir impose à l'exécutif de ne pas respecter les obligations contractées par le Membre dans le cadre de l'O.M.C. » (Groupe spécial, rapport du rapport du 5 septembre 1997, *Inde — Brevet*, préc., § 57, nous soulignons.) Toutefois, il ne nous a pas semblé que ce prétendu « pouvoir » soit une véritable règle d'habilitation à un pouvoir normatif en droit interne. Il était en vérité question d'une règle de droit privé, permettant aux sujets internes de se voir immédiatement accorder un brevet en application de cette dernière, sans besoin de production d'une norme individuelle d'application. Il était ainsi, bien davantage, question de la conformité des règles internes, matériellement privées, à l'accord sur les ADPIC. Ce dernier étant toutefois matériellement public, c'est sous l'angle de la notion de « loi impérative », autrement dit, selon notre qualification, *immédiatement exécutoire*, dont l'absence empêchait en elle-même la réalisation des situations individuelles internationalement requises, que la question a été traitée. De la même façon qu'un maintien en vigueur, l'absence d'une telle règle est ici un fait internationalement illicite (voir *supra*, Première partie, Titre 2, Chapitre 1).

cadre de la protection diplomatique. La procédure de règlement des différends de l'O.M.C. répond à une logique strictement interétatique, niant l'objet réel des obligations qu'il a pour but de protéger. Il est dès lors plus aisé de formuler une demande abstraite, relative à la compatibilité du droit interne aux accords.

Depuis 1994, date d'institution de l'O.M.C. et de son Organe de règlement des différends, l'admissibilité de questions abstraites se détachant du contentieux de la réparation devient encore plus évident. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, annexe à l'Accord général de 1994, énonce que « les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux »¹⁶⁹⁶. Les panels de jugement acceptent d'examiner le droit interne des Etats, aux fins de déterminer s'il constitue une violation du droit de l'O.M.C.¹⁶⁹⁷. Ils justifient un tel contrôle du droit interne, même non appliqué, par l'article XVI. 4 de l'Accord instituant l'organisation qui dispose que « (c)haque membre *assurera la conformité* de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe », c'est-à-dire avec l'ensemble du « droit O.M.C. ». Cette « clause de conformité »¹⁶⁹⁸ durcit les obligations commerciales, auxquelles elle ajoute une obligation relative à la compatibilité des règles juridiques internes. Ouvrir les recours de manière à permettre aux Etats de soumettre aux groupes institués par l'O.R.D. une question abstraite permet ainsi de donner effet utile à cette disposition, et d'invoquer sa violation hors de tout différend concret. Le droit interne est donc examiné, *in abstracto*, tout en respectant, en façade, la mission des organes de règlement des différends puisqu'il est toujours question de la vérification du respect de ses obligations. Désormais, on perçoit toutefois clairement deux types de recours dans les rapports : « contestations 'en tant que tel' » et « contestations 'tel qu'appliqué' » du droit interne¹⁶⁹⁹. L'Organe d'appel est très clair en ce sens : il n'existe plus aujourd'hui de limite à la procédure de règlement des différends quant aux mesures dont il peut connaître¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁶ Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après : Mémoire sur le règlement des différends), Annexe 2 de l'Accord instituant l'O.M.C., art. 3. 10.

¹⁶⁹⁷ Voir par exemple Groupe spécial, rapport du 5 septembre 1997, *Inde — Brevet*, préc. ; Groupe spécial, rapport du 25 septembre 1998, *États-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, préc. Voir également, en doctrine, NOUVEL (Y.), « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'O.M.C. », *op. cit.*, p. 669.

¹⁶⁹⁸ Et clauses similaires figurant dans les accords multilatéraux.

¹⁶⁹⁹ Voir, surtout : Organe d'appel, rapport du 29 novembre 2004, *États-Unis - Réexamen à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/AB/R, § 172 ; Organe d'appel, rapport du 18 avril 2006, *États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, préc., comparer les demandes examinées § 48 et s. et § 173 et s.

¹⁷⁰⁰ Organe d'appel, rapport du 9 janvier 2004, *États-Unis — Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion en provenance du Japon*, préc., § 82, largement corroboré par : Organe d'appel, rapport du 29 novembre 2004, *États-Unis - Réexamen à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance*

Vient également à l'appui de la recevabilité de demandes relatives à la compatibilité du droit interne, l'objectif assigné au mécanisme de règlement des différends par le Mémoire d'accord précisant son fonctionnement. Son article 3. 2 énonce en effet qu'il « est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral ». Loin de tendre à l'engagement d'une responsabilité au sens strict des Etats membres, évaluant et réparant les préjudices subis, les rapports des organes de l'O.R.D. ont principalement pour but de garantir la légalité internationale dans ce système *ultra réciproque*, ainsi que le précisait l'Organe d'appel dans l'affaire des *Bananes*¹⁷⁰¹. Renforcer la sécurité juridique de ce qui est qualifié de « système » commercial international semble alors supplanter la dimension contentieuse de la procédure de règlement des différends. Les « contestations 'en tant que tel' » du droit interne sont, pour l'Organe d'appel, des « contestations sérieuses » et absolument essentielles en raison du caractère préventif de violations futures qu'elles revêtent :

« En substance, les parties plaignantes qui formulent des contestations 'en tant que tel' cherchent à empêcher les Membres *ex ante* d'adopter une certaine conduite. Les incidences de telles contestations sont manifestement d'une portée beaucoup plus large que celle d'allégations 'tel qu'appliqué'. »¹⁷⁰²

Le mécanisme de règlement des différends s'oriente clairement dans cette voie et portera bientôt mal son nom. Le professeur Sacerdoti qualifie ainsi ces rapports de purement déclaratoires, le mécanisme s'apparentant à un « *contentieux de la légalité* »¹⁷⁰³.

B. Demandes d'opinions sur la compatibilité des règles internes : la compétence consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Introduction : la compétence de la Cour interaméricaine, un cas isolé parmi les juridictions internationales

Compétence consultative d'une juridiction internationale – adéquation.

La fonction consultative diffère de la fonction contentieuse d'une juridiction quant à l'effet juridique de son produit. Dans le cadre de la première, la juridiction n'est en effet pas

d'Argentine, § 187, et par : Organe d'appel, rapport du 18 avril 2006, *États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, préc., § 192.

¹⁷⁰¹ Organe d'appel, rapport du 9 septembre 1997, *C.E. – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R.

¹⁷⁰² Organe d'appel, rapport du 29 novembre 2004, *États-Unis - Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/AB/R, § 172.

¹⁷⁰³ SACERDOTI (G.), « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'O.M.C. : Les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p.770-800, p. 782.

investie de l'autorité de chose jugée, et ne rendra ainsi que des opinions, ou avis consultatifs, non obligatoires pour les Etats, uniquement destinées à guider les auteurs de la demande. Toutefois, affranchie des exigences du procès international, la juridiction peut dans le cadre de cette compétence se prononcer de manière beaucoup plus abstraite sur les questions juridiques que l'on pourra porter à sa connaissance, et, selon l'autorité morale dont elle dispose, pourra rendre un avis dont la portée réelle dépassera largement leur absence d'effet strictement juridique. Nul doute en effet que les avis consultatifs de la C.I.J., bien que non obligatoires, déclarent l'état du droit international et peuvent influencer de manière très importante la conduite des Etats. Cette procédure pourrait ainsi être parfaitement adaptée à la reconnaissance d'incompatibilités du droit interne avec les obligations internationales de l'Etat.

La Cour internationale de Justice

Une telle question n'a pourtant jamais été posée devant la C.I.J., et il n'est pas certain que cette dernière accepterait d'en connaître. De prime abord, la porte de la Cour ne semble pas fermée à ce type de consultation. Tant la Charte des Nations Unies¹⁷⁰⁴ que son Statut¹⁷⁰⁵ permettent à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité de poser « toute question juridique » en vue d'obtenir un avis. Mais, dans la mesure où la Cour peut s'inspirer, dans l'exercice de ses attributions consultatives, des dispositions relatives à sa fonction contentieuse¹⁷⁰⁶, elle pourrait entendre sa compétence comme limitée aux seules questions *internationales*¹⁷⁰⁷. Il a en effet été soulevé dans l'affaire de *l'interprétation des traités de paix conclus avec la Hongrie, la Bulgarie et la Roumanie* qu'une « question relevant essentiellement de la compétence nationale d'un Etat » n'entraîne pas dans ses attributions, et que la Cour ne pouvait connaître du respect d'instruments de protections des droits de l'homme dans les trois Etats visés¹⁷⁰⁸. La Cour a simplement conclu qu'en l'espèce, il ne lui était pas demandé de connaître des accusations portées devant l'Assemblée générale, relatives à des violations des droits de l'homme dans ces Etats, mais de l'applicabilité de procédures de règlement des différends figurant dans des traités

¹⁷⁰⁴ Charte des Nations Unies, San Francisco, 26 juin 1945, art. 96. 1 : « L'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif *sur toute question juridique*. » Nous soulignons.

¹⁷⁰⁵ Statut de la C.I.J., annexe à la Charte des Nations Unies, préc., art. 65 : « La Cour peut donner un avis consultatif *sur toute question juridique*, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis. » Nous soulignons.

¹⁷⁰⁶ Statut de la C.I.J., préc., art. 68 : « Dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera en outre des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse, dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables. »

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, art. 36.

¹⁷⁰⁸ C.I.J., avis consultatif du 30 mars 1950, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Hongrie, la Bulgarie et la Roumanie*, Rec., p. 63 et s, ici p. 70.

internationaux¹⁷⁰⁹. La question était sans conteste internationale. Elle l'aurait même été s'il avait été demandé à la Cour de fournir une opinion sur le respect des instruments de protection des droits de l'homme. La Cour aurait-elle refusé de connaître d'une demande ayant trait au droit interne si la question lui avait été posée frontalement ? Cet obstacle dériverait peut-être davantage de la compétence de l'organe auteur de la demande¹⁷¹⁰. Selon l'article 2. 7 de la Charte en effet, « (a)ucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État »¹⁷¹¹. Les organes des Nations Unies ne pourraient donc ni connaître ni en conséquence soumettre à la Cour une question relative au droit interne.

Toutefois, en vertu de l'article 55. 3 de la Charte, les Nations Unies sont tenues d'assurer le respect des droits fondamentaux. La compatibilité du droit interne avec les instruments de protection de ces droits pourrait ainsi constituer une mesure de prévention de leur violation, et entrer dans les attributions de l'Assemblée générale. Dans la mesure où la violation massive des droits de l'homme peut constituer une atteinte à la paix et à la sécurité internationales, le Conseil de sécurité pourrait, éventuellement, voir une incompatibilité particulièrement frappante du droit interne comme une menace à ces paix et sécurité et demander à ce qu'elle soit constatée par la Cour. Encore, les auteurs des demandes d'avis consultatifs peuvent être des organes subsidiaires et institutions spécialisées, autorisés par l'Assemblée générale¹⁷¹². Il entre précisément dans les fonctions des comités créés par cette dernière de surveiller l'application de certains instruments internationaux. Certains font d'ailleurs des recommandations aux Etats quant à la mise en compatibilité de leur droit interne, dans un but de prévention de la violation de ces traités¹⁷¹³. Ils pourraient donc, après autorisation de l'Assemblée générale, requérir une opinion de la Cour afin de constater certaines incompatibilités et ainsi donner plus de poids à leurs recommandations visant à la modification de ces dispositions nationales.

Un cas à part : la Cour de San José

La compétence contentieuse de la Cour de San José ne lui permet pas réellement d'examiner *in abstracto* des normes comportant une part d'habilitation. Sa jurisprudence en matière

¹⁷⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁷¹⁰ La Cour note en effet que « (l)'obstacle à l'exercice de la fonction consultative de la Cour dériverait ici d'une incompétence de l'Assemblée générale elle-même, incompétence déduite de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte. » *Ibidem*.

¹⁷¹¹ Charte des N.U., préc., article 2. 7

¹⁷¹² *Ibid.*, art. 96. 2 : « Tous autres organes de l'Organisation et institutions spécialisées qui peuvent, à un moment quelconque, recevoir de l'Assemblée générale une autorisation à cet effet ont également le droit de demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité. »

¹⁷¹³ Voir notamment l'activité du Comité des droits de l'homme, du Comité des droits de l'enfant, du Comité contre la torture.

de recevabilité des recours semble en effet plus restrictive que celle des juges européens. On comprend aisément cela : elle reconnaît l'existence d'une obligation de comportement normatif, issue de l'interprétation de l'article 2 de la Convention qu'elle protège. Elle ne raisonne donc pas par fiction comme le fait la Cour de Strasbourg, et n'admet pas la notion de « violation potentielle ». Est-ce à dire que la violation de l'obligation de comportement normatif qu'elle reconnaît ne peut être mise en cause, faute d'action adaptée ? Face à sa compétence contentieuse, la Cour dispose toutefois d'une compétence consultative « unique en droit international contemporain »¹⁷¹⁴, dont l'étendue (2) lui permet de révéler les incompatibilités du droit interne (1).

1. *Procédure appropriée*

a. Avis consultatif à la demande d'un Etat

L'article 64 de la Convention de San José régit la compétence consultative de la Cour ; dans son second alinéa, il prévoit expressément une procédure de contrôle de la compatibilité des lois¹⁷¹⁵. Il s'agit d'une demande de l'État sur la compatibilité de son *propre* droit interne avec la Convention et divers autres instruments internationaux¹⁷¹⁶. On se situe donc dans une démarche de coopération de l'Etat envers le système interaméricain, et non de mise en jeu de la responsabilité de ce dernier. En effet, il est exclu qu'un Etat puisse saisir la Cour pour obtenir une opinion sur le droit interne d'un autre Etat¹⁷¹⁷. Cela ressort d'une interprétation combinée des deux alinéas de l'article 64 : alors que le premier alinéa ouvre aux Etats membres de l'O.E.A. un recours pour avis à propos de l'interprétation des instruments internationaux de référence, seul le second mentionne le droit interne des Etats membres. On doit conclure, pour préserver l'effet utile de ce second alinéa, que les questions de compatibilité du droit interne ne peuvent être posées sur le fondement du premier.

La Cour pourra donc aider les Etats qui le souhaitent à prévenir les violations des droits individuels : suite à la déclaration d'incompatibilité d'une loi, l'Etat concerné pourra prendre les mesures nécessaires pour en geler l'application en droit interne. Au-delà, puisque la Cour

¹⁷¹⁴ C.I.A.D.H., avis du 8 septembre 1993, *Restrictions to the death penalty...*, préc., § 43, notre traduction. Original : « *The advisory jurisdiction conferred on the Court by Article 64 of the Convention is unique in contemporary international law.* »

¹⁷¹⁵ C.A.D.H., préc., art 64. 2 : « Sur la demande de tout Etat membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit Etat avec les instruments internationaux précités. »

¹⁷¹⁶ Voir *infra*, 2. a.

¹⁷¹⁷ PASQUALUCCI (J. M.), *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 38.

considère que l'incompatibilité de la loi est une violation autonome de l'article 2 de la Convention de San José, cet avis consultatif va lui faire prendre conscience de son obligation de mise en compatibilité. La démarche est sans risque pour l'Etat : la Cour se contente en effet de relever l'incompatibilité¹⁷¹⁸ sans déclarer l'Etat en violation de ses obligations, et engager sa responsabilité *stricto sensu*. Il est toutefois évident, par une lecture globale de la jurisprudence contentieuse et consultative de la Cour, qu'une forme de responsabilité de l'Etat, plus large mais aussi plus souple, est révélée par cette procédure. L'incompatibilité du droit interne étant un fait illicite, l'Etat auteur en est responsable ; il devra rendre son droit interne compatible. L'avis n'ayant pas d'effet obligatoire sur l'Etat, l'ensemble repose sur sa volonté de coopération. Il semblerait que les Etats sud-américains soient davantage à même de recueillir et de tenir compte de l'avis de la Cour en la matière. Historiquement en effet, est ancrée dans leurs systèmes juridiques une tradition d'incorporation automatique du droit international dans les ordres nationaux – qualifié de « monisme » – laissant ensuite primer les règles internes¹⁷¹⁹. La compatibilité de ces dernières avec la Convention de San José est donc essentielle à l'effectivité de la protection des droits de l'homme, et le mécanisme de l'article 64. 2 permet d'y aboutir dans une démarche volontaire. Notons toutefois que le seul Etat qui ait choisi de s'y soumettre fait au contraire la part belle aux instruments internationaux dans son ordre juridique interne : il s'agit du Costa Rica, lequel opère un contrôle de conventionnalité des lois¹⁷²⁰. Le dispositif met donc en place une aide aux mains des Etats dans l'exécution de leurs obligations internationales, et plus précisément ici celles relatives à l'état de leur droit interne.

La demande d'avis consultatif ne doit cependant pas permettre aux Etats d'échapper aux recommandations de la Commission ou à une éventuelle action contentieuse. Ainsi, la Cour

¹⁷¹⁸ Voir par exemple C.I.A.D.H., avis consultatif du 13 novembre 1985, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, OC-5/85, *Série A*, fiche n° 352-353, p. 132.

¹⁷¹⁹ Voir par exemple les opinions des Etats sud-américains dans les débats relatifs au droit des traités, sur le nouvel article proposé par le Luxembourg, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 2^e session, Vienne, 12^e séance plénière du 6 mai 1969, p. 52-53 (A/Conf.39/11/add.1), § 75 p. 53 (El Salvador), et 13^e séance plénière du 6 mai 1969, p. 54-56, (A/Conf.39/11/add.1), § 13-15 p. 55 (Venezuela), § 17 p. 55 (Equateur). Une évolution notable doit être saluée, et l'Argentine, le Chili, le Costa Rica et le Mexique font aujourd'hui primer le droit international sur leurs lois, voire, dans des cas déterminés, sur leur Constitution (sur cette question, voir *infra*, 2. b.)

¹⁷²⁰ Document de base présenté par les Etats parties au Comité des droits de l'homme en application des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Rapport du Costa Rica, 2 juillet 1999, HRI/CORE/1/Add.104, § 176 p. 36 : « En vertu de son premier article, la loi sur la juridiction constitutionnelle vise à «réglementer la juridiction constitutionnelle dont le but est de garantir la suprématie des règles et principes constitutionnels et ceux du droit international et communautaire en vigueur dans la République, l'interprétation et l'application uniformes de ces principes et des droits et libertés fondamentales consacrés par la Constitution ou par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en vigueur pour le Costa Rica». Il ressort clairement de l'article 2 que la Chambre constitutionnelle doit connaître des questions suivantes : a) garantir, par le recours en *habeas corpus* et le recours en *amparo*, les droits et les libertés consacrés par la Constitution et les droits de l'homme reconnus par les instruments internationaux en vigueur pour le Costa Rica : b) Exercer le contrôle de la constitutionnalité des règles de toute nature et des actes de droit public, ainsi que la conformité de l'ordre interne avec le droit international ou interne, en accueillant les actions en inconstitutionnalité (...) ».

refuse d'examiner une demande d'avis consultatif sur la compatibilité du droit interne si une procédure y relative est pendante devant l'organe de surveillance¹⁷²¹. En effet, la volonté d'obtenir une aide de la Cour dans l'exécution de l'obligation de comportement normatif s'estompe ici, et laisse penser à une manœuvre d'évitement. L'avis de la Cour serait donné hors de tout litige, et plus précisément sans intervention de la Commission elle-même, qui représente les individus plaignants. Dans une démarche de protection des droits de ces derniers, la Cour a donc posé une limite à sa compétence consultative¹⁷²². On aurait toutefois plaidé pour qu'une question générale relative à la compatibilité de la règle habilitant à une violation constatée puisse être posée à la Cour par l'Etat concerné, même si l'affaire était encore pendante devant la Commission. Autrement dit, il s'agirait d'extraire l'aspect lié à la compatibilité du droit interne du cadre contentieux pour la poser dans celui, plus adapté, de la consultation. Cette hypothèse n'a plus lieu d'être aujourd'hui puisque la Cour accepte de déclarer que l'incompatibilité d'une règle non immédiatement exécutoire viole les obligations issues de la Convention – si toutefois une application concrète a rendu une telle demande recevable. Le conflit entre procédures contentieuse et consultative ne peut en effet survenir qu'en cas de violation concrète de la convention, par application d'une règle ou règle immédiatement exécutoire. En cas de règle *in abstracto*, cette fois seul l'avis de la Cour serait adapté à la reconnaissance de son incompatibilité. Cependant, ne serait-il pas préférable de préserver une certaine cohérence, en portant toute question relative à l'état du droit interne à la connaissance de la Cour dans sa fonction consultative plutôt que contentieuse, puisqu'on sait que, de toute façon, aucune responsabilité *stricto sensu* ne sera engagée ?

Les Etats ont pu accuser la Commission interaméricaine d'empiéter sur leur droit de requérir un avis relatif à la compatibilité de leur propre droit interne¹⁷²³. Cette dernière a en effet été admise par la Cour à faire une demande en ce sens, ce qui constitue une originalité notable de la procédure interaméricaine.

¹⁷²¹ C.I.A.D.H., avis du 6 décembre 1991, *Compatibility of the draft legislation with article 8.2.b of the American Convention on Human Rights, Série A*, n°12, § 28.

¹⁷²² En l'espèce, la Commission, saisie par des particuliers, avait fait des recommandations relatives au droit du Costa Rica. Ce dernier voulait obtenir un avis sur la compatibilité de ses projets de lois modifiant les règles précédemment incompatibles, ce que la Cour a refusé : elles visaient également le droit général du Costa Rica.

¹⁷²³ PASQUALUCCI (J. M.), *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 38.

b. Avis consultatif à la demande de la Commission

Dans son premier alinéa, l'article 64 de la Convention de San José permet à l'ensemble des Etats membres de l'O.E.A., mais aussi à l'ensemble des organes de cette organisation¹⁷²⁴, d'user de cette procédure consultative. La Cour n'aura compétence pour leur donner un avis qu'« au sujet de questions relevant de leur compétence particulière »¹⁷²⁵. Cette compétence consultative lui permet-elle de donner, à la demande d'un organe international, un avis relatif à la compatibilité du droit interne aux traités américains de protection des droits de l'homme ? La Commission interaméricaine, organe de l'O.E.A., a justement pour « tâche principale de promouvoir l'observation et la défense des droits de l'homme »¹⁷²⁶, et, à cette fin, fait des recommandations aux Etats relatives à leur droit interne¹⁷²⁷. La Cour a en outre reconnu, dans un avis requis par l'Argentine et l'Uruguay, que la Commission avait compétence pour se prononcer sur la compatibilité du droit interne des Etats, y compris des lois, avec la Convention puisque cette dernière pouvait être violée de cette manière¹⁷²⁸. Une demande d'avis sur le point de savoir si une règle juridique interne permet la protection des droits de l'homme reconnus par la Convention américaine est donc envisageable¹⁷²⁹. Un tel recours aurait pu avoir lieu en 1994, la Commission s'interrogeant alors sur l'éventuelle violation de la Convention par l'extension, en droit péruvien, de la peine de mort. Dans ce cas toutefois, c'est indirectement qu'elle a pu requérir un avis sur la compatibilité de cette règle interne. La question posée à la Cour était, de manière beaucoup plus générale, de savoir si la promulgation d'une règle incompatible pouvait constituer une violation de la Convention, et si la Commission avait compétence pour faire à ce sujet des recommandations à l'Etat concerné. La Cour a alors affirmé que son rôle contentieux ne lui permettait pas de relever une violation issue de la seule incompatibilité d'une loi inappliquée ; en revanche, sa fonction consultative est adaptée à une telle reconnaissance. Une porte est donc ouverte à des recours initiés par la Commission sur la compatibilité du droit interne des Etats américains avec la Convention de San José et autres instruments de référence.

¹⁷²⁴ L'article 64 renvoie aux organes cités au Chapitre X – ex Chapitre VIII – de la Convention. L'article 53 de version modifiée cite l'Assemblée générale, la Réunion de consultation des ministres des relations extérieures, les Conseils, le Comité juridique interaméricain, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, le Secrétariat général, des conférences spécialisées, des organismes spécialisés.

¹⁷²⁵ C.A.D.H., préc., art. 64.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, art. 41.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, art. 41 b.

¹⁷²⁸ C.I.A.D.H., avis consultatif du 16 juillet 1993, *Certain attributes of the Inter-American Commission on Human Rights*, OC-13/93, *Série A*, n°13, fiche n°613, § 26-35. Pour plus de détails, voir *infra*, Section 2, § 1.

¹⁷²⁹ PASQUALUCCI (J. M.), *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 39.

Ce contournement de la procédure contentieuse¹⁷³⁰ peut paraître de prime abord critiquable. L'Etat concerné ne bénéficie en effet pas de droits de défense : son consentement n'est pas nécessaire¹⁷³¹ et il ne peut soulever d'exception d'irrecevabilité¹⁷³². Il peut simplement, au même titre que tout autre Etat concerné par l'avis demandé, présenter ses arguments¹⁷³³. Toutefois, la procédure consultative est nettement plus adaptée à la reconnaissance d'incompatibilité du droit interne, autrement dit de la violation de ses obligations de comportement normatif¹⁷³⁴. Cette dernière, on l'a vu, n'entraînant pas de responsabilité *stricto sensu*, d'ordre rétrospectif, la Cour agit ici comme auxiliaire de la Commission, organe d'assistance à l'exécution des obligations étatiques. Son avis joue comme un préalable aux recommandations de cette dernière, qui en seront renforcées. La compétence consultative de la Cour interaméricaine apparaît vraiment plus étendue que celle traditionnellement attribuée aux juridictions internationales. Il est en effet très rare qu'un organe chargé de la surveillance de l'exécution d'une convention par les Etats parties dispose d'une voie quelconque de recours, et l'on pense aussitôt au droit communautaire. La comparaison doit toutefois s'arrêter là puisque les avis consultatifs obtenus n'auront pas d'effet obligatoire sur les Etats concernés¹⁷³⁵. Cette procédure pourrait toutefois bénéficier d'une efficacité supérieure à celle d'un jugement contentieux. En effet, elle permet d'influencer l'ensemble des Etats, et non seulement les parties d'un différend particulier¹⁷³⁶. L'avis consultatif est, définitivement, parfaitement approprié à la reconnaissance d'une incompatibilité du droit interne général, dépassant les cas d'espèce traditionnellement soumis à la Commission puis à la Cour aux fins de réparation de dommages.

¹⁷³⁰ Notons que la Cour refuse de rendre un avis consultatif dans un cas contentieux déguisé autrement dit dès lors qu'il existe un *différend* (C.I.A.D.H., avis consultatif du 14 novembre 1997, *Reports of the American Convention on Human Rights, Série A*, n°15, § 40.), suivant le raisonnement de la C.P.J.I. (avis consultatif du 23 juillet 1923, *Statut de la Carélie Orientale, Série B*, p. 6 et s., p. 28-29). Toutefois, Mme Tigroudja note qu'en pratique, les demandes d'avis ont le plus souvent pour origine la violation concrète de la Convention de San José, la Cour refusant que sa compétence consultative ne soit que spéculations purement académiques (TIGROUDJA (H.), PANOUSSIS (I. K.), *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 330 p., p. 27). La Cour est donc assez incohérente et se sert, tout en blâmant les procédures contentieuses déguisées, de sa compétence consultative pour juger de cas dont l'examen par la Commission est en cours. Il y a en tout état de cause un détournement de la procédure contentieuse.

¹⁷³¹ C.I.A.D.H., avis du 8 septembre 1993, *Restrictions to the death penalty...*, préc., § 22.

¹⁷³² *Ibid.*, § 23.

¹⁷³³ *Ibid.*, § 24.

¹⁷³⁴ Voir en ce sens *ibid.*, § 43, où la Cour distingue clairement les deux procédures : « *Here it is relevant merely to emphasize that the Convention, by permitting Member States and OAS organs to seek advisory opinions, creates a parallel system to that provided for under Article 62 and offers an alternate judicial method of a consultative nature, which is designed to assist states and organs to comply with and to apply human rights treaties without subjecting them to the formalism and the sanctions associated with the contentious judicial process.* »

¹⁷³⁵ C.I.A.D.H., avis consultatif du 24 septembre 1982, *"Other Treaties" Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights)*, OC-1/82, *Série A*, n°1, § 51.

¹⁷³⁶ En ce sens, PASQUALUCCI (J. M.), *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 30.

2. *Conception extensive de la compétence consultative de la Cour*

L'originalité de cette compétence consultative réside également dans la variété de questions qu'il est possible de poser à la Cour en relation avec le droit interne de l'Etat. Les normes de référence sont en effet particulièrement étendues (a). Les Etats peuvent en outre porter à son examen toute norme interne, même constitutionnelle (b). Enfin, ils peuvent en outre demander à la Cour d'examiner de simples projets de loi, ce qui pose encore davantage de difficultés théoriques (c).

a. Etendue des normes de référence

La Convention de San José constitue la principale norme de référence de ce contrôle, mais elle s'accompagne également de « tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains »¹⁷³⁷, ce qui élargit grandement ce contrôle. En effet seront pris en compte tous les traités de protection des droits de l'homme, même conclus hors de l'O.E.A., dès qu'ils sont applicables dans l'un au moins des Etats membres¹⁷³⁸. Les traités qui comportent ne serait-ce qu'une disposition protectrice d'un droit individuel, même si ce n'est pas leur objet principal¹⁷³⁹, et même si ce droit n'est pas à proprement « fondamental »¹⁷⁴⁰, pourront également intégrer les normes de références. La Cour s'octroie ainsi un rôle fondamental, non seulement en matière de protection des droits de l'homme dans une région définie, mais également en matière d'interprétation du droit international dans son ensemble. Il est en effet fréquent de trouver dans une convention une disposition conférant un droit aux individus. La Cour pourrait ainsi, on imagine, reconnaître des obligations de comportement normatif dans des instruments autres que la Convention de San José. Si cette jurisprudence favorable à l'uniformisation du droit interne ne s'imposerait évidemment pas aux autres juridictions internationales, elle pourrait toutefois jouer un rôle d'influence. Enfin, la Déclaration interaméricaine des droits et devoirs de l'homme, en tant qu'instrument non obligatoire, n'entre pas dans la catégorie des « traités » visés par l'article 64, mais la Cour a pu considérer que la Déclaration entrait matériellement dans le champ de sa compétence consultative, dans la mesure

¹⁷³⁷ *Ibid.*, art. 64. 1, auquel renvoie l'art. 64. 2.

¹⁷³⁸ C.I.A.D.H., avis consultatif du 24 septembre 1982, "Other Treaties"..., préc.

¹⁷³⁹ A propos de la Convention sur les relations consulaires : C.I.A.D.H., avis consultatif du 1^{er} octobre 1999, *The Right to Information on Consular Assistance. In the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, OC-16/99, Série A, n°16, § 68.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, § 84.

où elle est utilisée pour l'interprétation de la Convention américaine, et qu'elle détaille des droits évoqués par la Charte constitutive de l'O.E.A.¹⁷⁴¹.

La Cour interaméricaine étend donc le contrôle du droit interne des Etats par une interprétation extensive de l'article 64. Cette extension apparaît de manière encore plus flagrante dans l'analyse des normes de droit interne qu'elle accepte de connaître.

b. Toute norme de droit interne

Si l'article 64. 2 précise que la Cour pourra se prononcer sur « la compatibilité de *l'une quelconque des lois* »¹⁷⁴² de l'Etat demandeur, cette notion de *loi* doit être entendue de manière très large. Elle comprend évidemment toutes les lois au sens formel, autrement dit les actes du pouvoir législatif. La Cour ne s'y limite toutefois pas, et accepterait de se voir soumise une règle de droit produite par le pouvoir exécutif. Cette conception extensive diffère de l'interprétation que la Cour peut avoir du terme de « loi » employé dans le but d'autoriser une restriction de certains droits garantis par la Convention¹⁷⁴³. Ici, la loi est au contraire le « *moyen de garantir les droits* »¹⁷⁴⁴ et doit de ce fait être entendue dans un sens large, comme toute norme générale et impersonnelle.

La Cour va toutefois plus loin en acceptant que soient soumises à son contrôle des normes constitutionnelles¹⁷⁴⁵. La Cour ne cherche toutefois pas à soumettre le droit interne constitutionnel aux instruments de protection des droits fondamentaux qu'elle protège, mais uniquement à apporter une aide, suivie sur une base volontariste, à la pleine compatibilité des ordres juridiques internes avec les dispositions internationales qu'ils doivent rendre effectives. Certes, il est troublant que la Commission elle-même puisse porter au regard de la Cour une disposition constitutionnelle interne. Cette interprétation audacieuse a d'ailleurs permis à la Cour d'appliquer le même raisonnement au contentieux, acceptant de vérifier la compatibilité de règles

¹⁷⁴¹ C.I.A.D.H., avis consultatif du 14 juillet 1989, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, OC-10/89, Série A, n°10, § 36 et § 44.

¹⁷⁴² C.A.D.H., préc., nous soulignons.

¹⁷⁴³ Pour l'interprétation du terme de « loi » dans l'article 30 de la C.A.D.H., voir C.I.A.D.H., avis consultatif du 9 mai 1986, *The Word « Laws » in Article 30 of the American Convention on Human Rights*, préc.

¹⁷⁴⁴ TIGROUDJA (H.), PANOUSSIS (I. K.), *La Cour interaméricaine des droits de l'homme...*, op. cit., p. 39. Nous soulignons.

¹⁷⁴⁵ C.I.A.D.H., avis consultatif du 19 janvier 1984, *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, OC-4/84, Série A, n°4, §13-14. Cette position sera renouvelée : C.I.A.D.H., avis consultatif du 9 décembre 1994, *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in violation of the Convention...*, préc., § 22.

constitutionnelles relatives à la censure cinématographique dans le but d'engager la responsabilité de l'Etat chilien¹⁷⁴⁶. Cependant, on note que la compétence consultative de la Cour est bien plus adaptée à un contrôle de compatibilité du droit interne, dans son absolu ensemble, que sa compétence contentieuse, laquelle n'ouvre qu'un contrôle de licéité dont est, normalement, exclu le droit constitutionnel¹⁷⁴⁷. Les avis consultatifs de la Cour permettent d'influencer largement l'uniformisation du droit interne sans rencontrer l'obstacle de la souveraineté des Etats. Ces derniers choisiront volontairement de suivre les instructions de la Cour relatives à leur droit interne, et le fait qu'elle englobe dans son contrôle jusqu'aux normes constitutionnelles ne fait aucunement franchir un cap vers un mécanisme fédératif, puisqu'aucun effet obligatoire n'y est attaché.

La coopération entre les Etats et la Cour dans l'uniformisation du droit interne est encore plus fortement marquée lorsque les Etats requièrent un contrôle de compatibilité de normes qui ne sont pas encore entrées en vigueur dans leur ordre interne.

c. Normes qui ne sont pas en vigueur

A première vue, la compétence consultative de la Cour n'englobe dans son contrôle de compatibilité que des normes générales et abstraites, mais au moins déjà entrées en vigueur. Toutefois, suite à la reconnaissance de la possibilité d'une violation de la Convention du fait de telles normes, compétence contentieuse et compétence consultative étaient vouées à se chevaucher. La Cour a donc admis une extension de sa compétence consultative aux questions de compatibilité de simples *projets* de lois, s'appuyant sur le principe de l'effet utile de l'article 64. 2. En effet, elle a considéré que ce contrôle de la compatibilité du droit interne, interprété à la lumière de l'objet et du but de la Convention de San José, était un moyen d'aider les Etats à remplir et exécuter au mieux leurs obligations internationales¹⁷⁴⁸. En s'éloignant de l'interprétation littérale de l'article, la Cour a souligné qu'il serait absurde de poser comme condition de recevabilité à une demande d'avis, l'obligation d'adopter le projet de loi dont la compatibilité avec la Convention apparaît problématique à l'Etat. L'effet serait contre-productif : une règle de droit

¹⁷⁴⁶ C.I.A.D.H., arrêt du 5 février 2001, « *Last Temptation of The Christ* »..., *op. cit.*, voir Chapitre 1, Section 2.

¹⁷⁴⁷ On émet toutefois une réserve, ayant remarqué que la Cour, au stade des obligations secondaires (prétendues « garanties de non-répétition »), a pu exiger de l'Etat la modification de certaines règles constitutionnelles : C.I.A.D.H., arrêt du 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine et Benjamin c. Trinité et Tobago*, préc., § 152 c) et C.I.A.D.H., arrêt du 11 mars 2005, *Caesar c. Trinité et Tobago*, préc. § 139. Voir *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, C.

¹⁷⁴⁸ C.I.A.D.H., avis du 8 septembre 1993, *Restrictions to the death penalty*..., préc., § 43 ; C.I.A.D.H., avis consultatif du 19 janvier 1984, *Proposed Amendments*..., préc., § 19.

entrée en vigueur serait nécessairement plus difficile à modifier qu'un texte encore dépourvu d'effet légal¹⁷⁴⁹. Elle pourrait en outre déjà constituer une violation du droit international, alors que sa mission vise davantage à prévenir la survenance de celle-ci. En admettant au contentieux une violation des dispositions internationales par la seule incompatibilité du droit interne, et permettant un contrôle de la compatibilité des projets de lois internes par la Cour dans le cadre de sa compétence consultative, on tend à assurer une sécurité juridique maximale qui, cette fois, fait vraiment penser à un mécanisme fédératif.

A la manière d'une cour constitutionnelle qui pourrait juger de la constitutionnalité d'une loi avant sa promulgation, la Cour opère une sorte de contrôle de conventionnalité *a priori*, pour que l'Etat n'adopte pas définitivement de règles qui ne lui permettraient pas de remplir ses obligations en matière de protection des droits fondamentaux – ou même : pour que l'Etat ne viole pas ses engagements par l'adoption de ces règles non compatibles. Le fait que le Costa Rica ait plusieurs fois requis un tel avis semble logique au regard de son droit constitutionnel, lequel prévoit que les lois peuvent être soumises à un contrôle de constitutionnalité mais aussi de conventionnalité¹⁷⁵⁰. Il s'agit d'anticiper sur un conflit de normes futur. Que ce contrôle englobe les projets de lois constitutionnelles l'est également : cet Etat fait en effet primer la Convention de San José sur sa propre constitution. C'est cependant selon cette constitution qu'est organisé ce rapport de préférence, et, par un contrôle précédent l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle, l'Etat se prémunit de tout risque de conflit, et donc de tout risque d'écartement d'une disposition constitutionnelle au profit du droit international. Cependant, il est totalement inédit que ce contrôle de conventionnalité, pourtant organisé en droit interne et aux mains de la Chambre constitutionnelle costaricaine, soit ici confié à une Cour internationale. Cette démarche, certes volontaire, fait tout de même preuve d'une attitude réellement moniste d'un Etat qui ne fait pas appliquer le droit international par sa propre juridiction mais par celle, internationale, qui apparaît ici avoir un pouvoir en droit interne, y compris constitutionnel. Une telle attitude ferait perdre à cet Etat son indépendance si la compétence de la Cour interaméricaine n'était pas seulement consultative et avait un effet obligatoire pour lui, ce qui n'est ici pas le cas. On reste donc dans un mécanisme à proprement parler international mais qui permet aux Etats les plus désireux d'uniformiser leur droit interne d'aller très loin dans cette démarche.

Il est toutefois troublant qu'un organe international puisse à ce point s'immiscer dans la politique interne d'un Etat. Un problème reste en effet de savoir qui, en droit interne, du

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*, § 26-27.

¹⁷⁵⁰ Voir *supra*, 1., a.

gouvernement ou de l'opposition, peut réellement être à l'origine d'une demande d'avis consultatif. Car il ne faut pas perdre de vue que ce genre de contrôle est une arme aux mains de l'opposition gouvernementale. Si la Cour précise qu'elle se réserve le droit de rejeter une demande d'avis faite dans une démarche d'obstruction législative¹⁷⁵¹, reste à savoir sur quelle base elle pourrait se forger un jugement objectif en la matière. Il existe donc une forme de contrôle de la compatibilité du droit interne au droit international très proche d'un contrôle de légalité. Outre cette exceptionnelle admission de requêtes abstraites, la relégation de l'intérêt pour agir devant certaines juridictions ou quasi-juridictions ouvre pleinement la voie à un contrôle de la conformité ou de la compatibilité du droit interne.

§ 2. *Relégation de l'intérêt pour agir*

Actio popularis (A) ou action sans démonstration d'un intérêt (B) : les deux permettent de mettre en cause la violation d'une obligation de comportement normatif de l'Etat.

A. *L'actio popularis*

1. *Recours étatiques devant la Cour européenne des droits de l'homme*

L'article 33 de la C.E.D.H. consacre de manière particulièrement claire l'*actio popularis* devant la Cour de Strasbourg : « (*t*)oute haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses Protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante. »¹⁷⁵². Aucun intérêt individuel, résultant notamment de la violation par un autre Etat des droits de l'homme en la personne de ses ressortissants, n'est à démontrer. L'Etat est en effet sensé poursuivre, dans l'intérêt général, la protection de l'ordre public européen, ainsi que l'a énoncé la Commission de Strasbourg dans l'affaire *Autriche c. Italie*¹⁷⁵³.

¹⁷⁵¹ C.I.A.D.H., avis du 8 septembre 1993, *Restrictions to the death penalty...*, préc., § 43 ; C.I.A.D.H., avis consultatif du 19 janvier 1984, *Proposed Amendments...*, préc., § 30.

¹⁷⁵² Nous soulignons.

¹⁷⁵³ Comm E.D.H, décision du 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, *Rec.*, vol. 7, p. 23-74 : « un Etat contractant, lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24 (ex art. 33), ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche l'ordre public de l'Europe. »

Cette solution est en accord avec la nature intégrale des obligations issues de la Convention, lesquelles ne répondent pas uniquement à la logique de la réciprocité. La Cour, dans l'affaire opposant l'Irlande au Royaume-Uni, l'a déclaré sans ambages : « (à) la différence des traités internationaux de type classique, la Convention *déborde le cadre de la simple réciprocité* entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des *obligations objectives* qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une « garantie collective »¹⁷⁵⁴. Cette précision de la Cour montre bien que, si les obligations de protection des droits fondamentaux, *erga omnes*, permettent une *actio popularis* devant la Cour, elles ne sont pas totalement dénuées de réciprocité. Coexistent ainsi fréquemment intérêt général et intérêts particuliers¹⁷⁵⁵. Certes, on remarque fréquemment que les Etats agissent en général en poursuite d'un intérêt qui leur est propre. Toutefois, « (c)e qui définit l'*actio popularis* n'est pas le fait que le demandeur ne soit pas personnellement affecté, mais le fait qu'il a qualité pour agir *même s'il n'est pas personnellement affecté*. »¹⁷⁵⁶. Ainsi, la procédure a pu réellement être utilisée dans le sens de la garantie collective dans les affaires opposant les Etats nordiques aux régimes militaires grecs¹⁷⁵⁷ et turcs¹⁷⁵⁸. L'essentiel est donc la possibilité ouverte aux Etats d'agir sans intérêt personnel.

Cette *actio popularis* permettra de mettre en cause devant une juridiction internationale l'incompatibilité de règles juridiques internes. Si l'intérêt de l'Etat n'est pas absent d'une telle action – l'intérêt est généralisé, commun à tous les Etats parties à l'instrument en cause en cas de violation de l'interdiction d'incompatibilité du droit interne – cet intérêt personnel est indémontrable. Qui peut le plus peut le moins : l'ouverture d'une action dénuée de tout intérêt, en défense d'un ordre public, permet donc *a fortiori* d'agir lorsque l'intérêt existe mais ne peut être prouvé. La procédure de recours étatique ne sera d'ailleurs utilisée qu'en cas de situations générales, principalement lorsque les violations des droits de l'homme interviennent de manière si répétées qu'elles en constituent une pratique ou révèlent l'existence de législations qui les permettent. La protection de l'ordre public européen permet donc, par l'ouverture d'une action publique, de protéger la sécurité juridique dans les ordres juridiques internes des Etats. Cette protection est-elle toutefois efficace ? On peut en effet remarquer le nombre limité d'affaires soumises à la Cour par ce biais. Outre le caractère général de la situation qui sera déférée à la Cour, il faut noter que les Etats ne lui soumettront que des cas d'une gravité particulière,

¹⁷⁵⁴ Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., § 239. Nous soulignons.

¹⁷⁵⁵ Voir *supra*, Titre 1, et VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 142, 146-147 et p. 204-206.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p 136

¹⁷⁵⁷

¹⁷⁵⁸

justement propres à porter une atteinte sérieuse à l'ordre public européen. Il est douteux que la simple existence de législations incompatibles, qui n'auraient pas été appliquées à des cas individuels et n'auraient pas encore provoqué de violations massives des droits de l'homme seraient renvoyées à la Cour. L'importance accordée à cette procédure en raison de sa visée de garantie collective du système empêche finalement les Etats de l'utiliser dans un but de contrôle usuel de la compatibilité du droit interne des autres Hautes Parties Contractantes à la Convention. Si la Commission et la Cour ont pris soin de refuser toute extension de l'*actio popularis* aux requêtes individuelles, leurs demandes visant des règles abstraites va nécessairement de pair avec une ouverture de l'intérêt pour agir.

2. Procédure de « dénonciation » devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

a. Requêtes étatiques

Bien que la Convention américaine ne l'exprime pas clairement, il est reconnu que les Etats bénéficient d'une *actio popularis* devant la Cour de San José¹⁷⁵⁹, n'ayant pas besoin d'un intérêt spécial, découlant d'un préjudice causé à l'un de leurs ressortissants, pour agir. Cette interprétation ne semble pas fantaisiste puisqu'elle va dans le sens de la procédure existant devant la Cour de Strasbourg, qui a longtemps servi d'exemple au système d'outre-Atlantique.

Toutefois, le mécanisme interaméricain ne distingue pas entre requêtes étatiques et requêtes individuelles quant aux conditions de leur recevabilité, et soumet expressément les premières à l'épuisement des voies de recours internes. Cette exigence va à l'encontre de l'admission de demandes abstraites relatives à la compatibilité du droit interne. On doute donc, malgré l'*actio popularis* reconnue, que les Etats puissent agir en ce sens, hors cas d'applications des règles internes mises en cause.

Ces propos ne sont de plus que pures spéculations puisque la procédure de « dénonciation » n'a jusqu'alors jamais été utilisée. En effet, alors que la compétence de la Commission en matière de recours individuels est obligatoire, la compétence de la Cour relative aux recours étatiques est facultative et soumise à une condition de réciprocité¹⁷⁶⁰. La compétence

¹⁷⁵⁹ VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 162.

¹⁷⁶⁰ C.A.D.H., préc., art. 45. 2

consultative de la Cour apparaît définitivement comme un mécanisme plus adapté au contrôle de la compatibilité du droit interne à la Convention, même si les opinions rendues dans ce cadre ne sont pas dotées de la force de chose jugée.

b. Requêtes individuelles

Une autre originalité du mécanisme interaméricain réside dans l'*actio popularis* reconnue aux sujets internes dans leurs recours exercés devant la Commission interaméricaine. On rappelle que seule cette dernière, ou bien l'Etat défendeur à l'action, ne peut soumettre un différend à la Cour, ce qui réduit grandement l'impact de cette procédure. Quoi qu'il en soit, la condition d'être une victime de la violation alléguée n'est pas imposée par l'article 44 de la Convention, lequel ne fait aucune référence à la notion d'intérêt pour agir¹⁷⁶¹. L'article 23 du Règlement de la Commission va également en ce sens, précisant que les sujets internes peuvent exercer une action pour autrui¹⁷⁶². La doctrine a interprété ces dispositions, corroborées par l'attitude de la Commission interaméricaine, comme admettant l'*actio popularis*¹⁷⁶³. Bien entendu, cette action n'aurait d'utilité en matière de contrôle de la compatibilité du droit interne que si la Commission et la Cour admettaient que des requérants internes portent des questions abstraites devant elles. Même si une telle solution semble tout à fait envisageable depuis l'avis consultatif de 1994¹⁷⁶⁴ et l'arrêt *Suarez Rosero* de 1997¹⁷⁶⁵ précités, elle n'est pas encore adoptée : il doit toujours exister une victime réelle pour qu'un recours puisse être exercé, même par autrui.

On note enfin que la Commission interaméricaine peut, depuis l'entrée en vigueur de son Règlement en 2001, s'autosaisir d'une violation de la Convention. On suppose que, de la même façon que dans le cadre d'une plainte individuelle, elle formulera ensuite des recommandations à l'Etat concerné et que si ce dernier manque de les respecter, elle pourra donc saisir la Cour, à la condition toutefois que l'Etat en ait accepté la compétence. Le système interaméricain offre définitivement des voies très larges au contrôle de la compatibilité du droit interne et présente des similitudes troublantes avec un mécanisme d'intégration.

¹⁷⁶¹ « Toute personne ou tout groupe de personne, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat partie. »

¹⁷⁶² Le requérant peut agir « en son nom propre ou au nom d'une tierce personne ».

¹⁷⁶³ BUERGENTHAL (T.), « The Inter-American Court of Human Rights », *A.J.I.L.*, vol. 76, 1982, p. 237 ; PASQUALUCCI (J. M.), *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 100 ; VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁷⁶⁴ C.I.A.D.H., avis du 9 décembre 1994, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, préc.

¹⁷⁶⁵ C.I.A.D.H., arrêt du 12 novembre 1997, *Suarez Rosero c. Equateur*, préc.

3. Recours devant les commissions d'enquêtes instituées conformément à l'article 26 de la Constitution de l'O.I.T.

L'O.I.T. dispose de procédures de nature quasi juridictionnelle, décrite aux articles 24 à 34 de la Constitution de l'organisation, propres à révéler les violations des obligations internationales en matière de droit du travail, et particulièrement adapté à la reconnaissance de la violation des obligations de comportement normatif. Les recours sont en effet détachés de toute condition d'intérêt pour agir. Au titre de l'article 24 de sa Constitution, l'O.I.T. ouvre aux organisations professionnelles des travailleurs ou des employeurs un droit de réclamation non soumis à une quelconque condition d'intérêt pour agir¹⁷⁶⁶. Ces syndicats peuvent mettre en cause toute question d'exécution non satisfaisante d'une des conventions de l'O.I.T. sans besoin d'être spécialement touché par cette violation. Ces recommandations n'aboutissent toutefois pas à autre chose qu'à une invitation de l'Etat mis en cause à faire la « déclaration qu'il jugera convenable ». Ces réclamations peuvent toutefois être à l'origine de la constitution d'office d'une commission d'enquête par le Conseil d'administration du B.I.T., comme ce fut le cas dans l'affaire relative à la R.F.A.¹⁷⁶⁷

Les plaintes au titre de l'article 26 sont déclenchées par un Etat¹⁷⁶⁸, ou par le Conseil d'administration du B.I.T – d'office ou à la demande des délégués à la Conférence internationale du Travail¹⁷⁶⁹. En cas de demande étatique, aucun préjudice direct n'est à démontrer. Si ce déclenchement peut être considéré comme répondant à un intérêt personnel de l'Etat, la formulation large de l'article 26 nous incite à voir, à l'instar de M. Voeffray, un droit de nature *collective*. A notre sens, cet intérêt collectif doit être entendu comme une conséquence de l'*ultra-*

¹⁷⁶⁶ « Toute réclamation adressée au Bureau international du Travail par une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs, et aux termes de laquelle l'un quelconque des Membres n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle ledit Membre a adhéré, pourra être transmise par le Conseil d'administration au gouvernement mis en cause et ce gouvernement pourra être invité à faire sur la matière telle déclaration qu'il jugera convenable. »

¹⁷⁶⁷ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1985, *Réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale alléguant l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession)*, préc.

¹⁷⁶⁸ Constitution de l'O.I.T., préc., art 26. 1 : « Chacun des Membres pourra déposer une plainte au Bureau international du Travail contre un autre Membre qui, à son avis, n'assurerait pas d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention que l'un et l'autre auraient ratifiée en vertu des articles précédents. » Alors, « le Conseil pourra former une Commission d'enquête qui aura pour mission d'étudier la question soulevée et de déposer un rapport à ce sujet », art. 26. 3.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, art. 26. 4 : « La même procédure pourra être engagée par le Conseil soit d'office, soit sur la plainte d'un délégué à la Conférence. »

réciprocité des obligations. Selon cet auteur, y répond une procédure de « caractère public »¹⁷⁷⁰. La procédure aménagée par la Constitution de l'O.I.T. serait donc une *actio popularis*. Alors que la Cour internationale de justice rejetait ce type d'action dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain*¹⁷⁷¹, le juge Jessup, dans ses opinions individuelles, renvoie aux procédures de la Commission d'enquête de l'O.I.T., qui

« montre(nt) qu'un Etat peut avoir un intérêt juridique à ce que soient observées, dans les territoires d'un autre Etat, les dispositions conventionnelles relatives au bien-être général et qu'il peut faire valoir un tel intérêt indépendamment de toute incidence sur ses propres ressortissants ou sur ses intérêts directs 'tangibles' ou 'concrets' »¹⁷⁷²

Une Commission d'enquête a elle-même estimé que l'affaire se rapportait « à des questions d'une importance internationale de caractère public »¹⁷⁷³. De plus, la condition d'épuisement des voies de recours internes n'est pas exigée par les procédures de réclamations et de plaintes prévues par la Constitution de l'O.I.T. La commission d'enquête dans l'affaire de l'observation de la convention n°111 par la R.F.A. explique cette situation par le fait que ces procédures peuvent être déclenchées sans besoin d'avoir un intérêt direct à l'action¹⁷⁷⁴ :

« Les droits accordés par les articles 24 et 26 de la Constitution de l'O.I.T. de susciter l'examen d'allégations concernant le non-respect des conventions ratifiées ne sont pas fondées sur la notion traditionnelle d'action engagée par un Etat particulier en vue de protéger les intérêts de ses ressortissants, mais offrent la possibilité d'obtenir un tel examen au titre de l'intérêt public général. »¹⁷⁷⁵

Autrement dit, ces droits relèvent de l'*actio popularis*¹⁷⁷⁶.

1770 VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 113.

1771 C.I.J., arrêt du 18 juillet 1966, *Sud-Ouest Africain (2^e phase)*, préc., p. 147.

1772 C.I.J., arrêt du 21 décembre 1962, *Sud-Ouest Africain (exceptions préliminaires)*, Rec., p. 319 et s., opinion individuelle du juge Jessup, p. 428. Le juge confirmera cette analyse dans son opinion individuelle sous l'arrêt en deuxième phase, alors que deux rapports de commissions d'enquêtes avaient été rendus : C.I.J., arrêt du 18 juillet 1966, *Sud-Ouest Africain (2^e phase)*, préc., opinion individuelle du juge Jessup, p. 374-377, constatant que l'« Etat n'est à aucun stade tenu de prouver qu'il a subi un préjudice direct dans ses intérêts propres », p. 377.

1773 Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Liberia de la Convention n°29 sur le travail forcé*, préc., § 392.

1774 Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1985, *Réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale alléguant l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession)*, préc., § 458

1775 Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1985, *Réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale alléguant l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession)*, préc., § 457.

1776 Voir en ce sens : ZARRAS (J), *Le contrôle de l'application des conventions internationales du travail*, Paris, Sirey, 1937, 386 p., p. 220-221 ; VALTICOS (N.), *Droit international du travail*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1983, VIII-683 p., p. 607 ; VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 115-117.

Enfin, il faut mettre l'accent sur l'existence d'un quasi-procureur en droit international du travail. Le Conseil d'administration peut en effet constituer d'office une commission d'enquête selon l'article 26. 4 de la Constitution de l'O.I.T. Nul doute dans ce cas de figure du caractère public de son action. Plus largement, l'ensemble de la procédure est aux mains de ce Conseil d'administration. Au-delà des plaintes initiales d'Etats ou de délégués, c'est en effet lui et lui seul qui décide, avec une large marge d'appréciation, de la constitution d'une commission d'enquête afin de soumettre l'affaire à cette procédure quasi-juridictionnelle¹⁷⁷⁷. Ainsi, comme on l'a déjà relevé, les seules plaintes étatiques relatives à un intérêt strictement individuel ne furent pas transmises à une commission d'enquête¹⁷⁷⁸. Le Conseil d'administration veille donc à ce que le mécanisme n'intervienne qu'en protection de l'intérêt général. L'action est, définitivement, populaire.

Si on se trouve de nouveau face à une procédure présentant d'apparentes similitudes au recours en manquement de la Commission européenne dans le cadre du droit communautaire, le mécanisme de l'O.I.T. s'en distingue toutefois. Les commissions d'enquête constituées n'émettent en effet que des « constatations » et « recommandations »¹⁷⁷⁹, dépourvues de force de chose jugée *a priori*. L'effet obligatoire de ces recommandations n'est acquis qu'après accord des Etats parties à la procédure¹⁷⁸⁰. Toutefois, cet accord initialement requis se transforme, dans la pratique, en consensus. Si un Etat décide de ne pas les accepter, il devra soumettre ce différend à la C.I.J.¹⁷⁸¹, ce qui apparaît comme un processus lourd et contraignant. En cas contraire, il est donc réputé accepter tacitement la recommandation qui lui est faite. Jusqu'alors, aucune action n'a été déposée à La Haye en ce sens. Les conclusions et recommandations des commissions d'enquêtes constituées en vertu de l'article 26 de l'O.I.T. sont donc dotées d'une autorité morale indéniable puisque les Etats n'osent s'y opposer, ce qui permet, selon N. Valticos, de leur reconnaître un effet obligatoire¹⁷⁸².

La procédure de l'O.I.T. soulève, en définitive, une interrogation. Il est en effet impossible de déterminer si elle relève de *l'actio popularis* ou de l'action collective, dans la mesure

¹⁷⁷⁷ Constitution de l'O.I.T., art. 26. 3 préc.

¹⁷⁷⁸ Voir *supra*, §1, A, 3. sur les plaintes de la France envers le Panama.

¹⁷⁷⁹ Art. 28 ; dans les rapports des commissions d'enquêtes, le terme de « conclusions » est employé à la place de « constatations », qui démontre une volonté de judiciarisation de la procédure.

¹⁷⁸⁰ Art. 29. 2

¹⁷⁸¹ *Ibid.* : « Chacun des gouvernements intéressés devra signifier au Directeur général du Bureau international du Travail, dans le délai de trois mois, s'il accepte ou non les recommandations contenues dans le rapport de la Commission et, au cas où il ne les accepte pas, s'il désire soumettre le différend à la Cour internationale de Justice. »

¹⁷⁸² VALTICOS (N.), « Un système de contrôle international : la mise en œuvre des conventions internationales du travail », *op. cit.*, p. 364-365.

où se mêlent obligations de comportement normatif et objectif de protection des droits fondamentaux par la protection des travailleurs. Des actions collectives, sans démonstration d'un quelconque intérêt pour agir, permettent également l'invocation d'une responsabilité étendue de l'Etat.

B. Actions sans démonstration d'un intérêt pour agir

L'action poursuivant la violation d'une obligation de comportement normatif poursuit un intérêt *collectif*, en ce que tout Etat lié par ladite obligation sera affecté par sa violation qui compromet la sécurité juridique de tous. Ainsi, pour que cette action soit recevable, les Etats devraient idéalement se voir exemptés de la démonstration de cet intérêt pour agir. Il est possible de continuer ici un parallèle déjà établi entre ces obligations de comportement normatif et les obligations en matière de désarmement, également interdépendantes et qui tendent à assurer une forme de sécurité. Les conventions de désarmement qui prévoient une action en cas de violation permettent en effet à tout Etat d'agir sans avoir à démontrer un intérêt spécifique¹⁷⁸³. De même, on peut entendre, dans une seconde lecture, les actions des « victimes potentielles » devant la Cour de Strasbourg comme une forme de recours ouverte sans démonstration d'intérêt pour agir, pour la violation de l'interdiction d'incompatibilité du droit interne (1.) L'action des Etats devant l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. entre encore plus clairement dans cette catégorie (2.)

1. Recours individuels devant la Cour européenne des droits de l'homme

A l'inverse des recours étatiques examinés plus haut, les recours individuels ne permettent pas, dans la lettre de la Convention du moins, d'ériger les individus en procureurs de droit international. L'article 34, qui exige qu'ils soient « victimes » d'une violation de la Convention pour agir devant la Cour, n'ouvre pas l'*actio popularis* à leur profit. Cependant, par la théorie des victimes potentielles chère à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ce refus doit être partiellement remis en cause. Des demandes abstraites sont désormais ouvertes au profit des sujets internes, ce qui va nécessairement de pair avec une extension de l'intérêt pour agir. En effet, permettre à un individu d'agir contre une règle de droit qui ne lui a pas été appliquée le dispense de démontrer qu'il a été touché par cette même règle. Une *prétention* en ce sens est suffisante : l'intérêt pour agir d'un sujet interne qui se prétend victime potentielle d'une règle

¹⁷⁸³ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international...*, *op. cit.*, p. 240.

interne est comme *préssumé*. Seul un élément apportant de manière flagrante la preuve du contraire, c'est-à-dire qu'il ne pourrait être d'aucune manière que ce soit touché par la règle en question, peut faire obstacle à la recevabilité de son action. Présomption d'intérêt pour agir n'est toutefois pas absence d'intérêt dans l'esprit de la Cour. Loin d'ouvrir une *actio popularis* aux sujets internes sous couvert de l'extension du concept de victime, la Cour permet une action en intérêt *collectif*, sans démonstration d'un intérêt pour agir qu'elle considère comme existant, commun à tous les sujets visés par la règle interne. Ce raisonnement est admissible, à condition que l'intérêt *collectif* à la compatibilité du droit interne soit entendu comme un intérêt médiat de l'Etat, par l'intermédiaire de ses sujets internes. On a déjà eu l'occasion de débattre de l'objet véritable des obligations relatives à la compatibilité des règles internes. Contrairement aux obligations de droit international privé « portant droit uniforme », elles ne paraissent pas toujours strictement interétatiques et peuvent avoir les sujets internes pour objet, même indirect¹⁷⁸⁴. Que la Cour reconnaisse tel intérêt à leur profit renforce cette position.

L'impact de cette jurisprudence est de taille en ce qui concerne le contrôle de la compatibilité du droit interne. Alors que les Etats peuvent théoriquement formuler des demandes abstraites relatives à la compatibilité du droit interne, l'*actio popularis* qui leur est reconnue les oblige en quelque sorte à défendre un intérêt collectif, et donc à ne soumettre à la Cour que des affaires d'une particulière gravité, avec de multiples cas concrets de violations des droits de l'homme. Les Etats ne seraient toutefois pas enclins à agir autrement : porter des questions totalement abstraites devant la Cour nuirait aux bonnes relations diplomatiques avec leurs pairs. Ces préoccupations ne sont bien entendu pas celles des sujets internes, lesquels, ne se voyant pas confier la défense de l'ordre public européen, peuvent aisément agir pour la simple promotion d'une sécurité juridique accrue en Europe. La notion de victime potentielle met aux mains des sujets internes un recours en contrôle abstrait de la compatibilité du droit interne à la C.E.D.H.

2. La procédure de règlement des différends de l'O.M.C.

Un Membre peut avoir recours au mécanisme de règlement des différends lorsqu'il considère qu'un avantage résultant pour lui de l'accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation d'un objectif de l'Accord est entravée, du fait d'une violation de celui-ci, selon l'article XXIII du GATT. De prime abord, on peut considérer que seul un État lésé par une prétendue violation se voit ouvrir un droit d'action. Certes, l'intérêt pour agir n'est pas absent de ces

¹⁷⁸⁴ Point débattu relativement à la question de la nature médiata ou immédiate de l'atteinte causée par la violation d'obligations de comportement normatif, *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 2.

dispositions. Mais, il existe une *présomption* selon laquelle une violation entraîne automatiquement un dommage. Cela ressort nettement du rapport du Groupe spécial établi suite au recours de l'Uruguay contre quinze pays industrialisés, dans lequel l'existence d'un intérêt pour agir découlant d'une telle annulation ou compromission d'avantages n'est même pas entendu comme une condition de recevabilité¹⁷⁸⁵, mais comme la condition propre à permettre l'examen de la demande de suspension de concessions ou d'obligations, en réaction à la violation initiale¹⁷⁸⁶. Au stade de la recevabilité, aucune démonstration de l'effet défavorable de la violation alléguée n'était donc nécessaire. La question de l'intérêt pour agir n'était finalement jamais discutée¹⁷⁸⁷.

Elle le fut pour la première fois après l'entrée en vigueur de l'O.M.C., lors de la célèbre affaire des *Bananes* opposant les Etats-Unis et quatre pays d'Amérique latine aux Communautés européennes. Ces dernières contestaient l'intérêt pour agir des Etats-Unis. Certes, des entreprises américaines contrôlaient une grande partie du commerce mondial des bananes, et les Etats-Unis avaient, en tant qu'Etat national, un intérêt au titre de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ; toutefois, ces derniers n'avaient pas un intérêt direct au respect de l'accord général sur le commerce des services (GATS) puisqu'ils ne produisaient ni n'exportaient eux-mêmes ces fruits¹⁷⁸⁸. Le Groupe spécial, dans un rapport confirmé par l'Organe d'appel, considéra toutefois que ni l'article XXIII, ni le Mémoire d'Accord sur le règlement des différends « ne contient de prescription exigeant explicitement qu'un Membre ait un 'intérêt juridique' pour pouvoir demander l'établissement d'un groupe spécial »¹⁷⁸⁹. Selon l'Organe d'appel, le droit international général n'établit pas de règle selon laquelle un Etat demandeur devrait avoir, devant une juridiction internationale, un intérêt juridique pour agir, tant qu'il peut justifier d'une qualité pour agir. Dans le silence des textes, il est donc possible de se soustraire à cette condition de

¹⁷⁸⁵ Groupe spécial institué par le Conseil des Parties Contractantes, rapport du 16 novembre 1962, (L/1923 - 11S/98), § 10 : « En portant ces cas devant les PARTIES CONTRACTANTES, la délégation de l'Uruguay a soutenu que les conditions prévues pour le recours au paragraphe 2 de l'article XXIII étaient remplies. » Autrement dit, le Groupe spécial a considéré que l'Uruguay arguait qu'un avantage était annulé ou compromis, et n'en a pas demandé, à ce stade, la démonstration.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, § 15 : « Dans les cas où il y a manifestement infraction aux dispositions de l'Accord général ou qu'en d'autres termes des mesures sont contraires aux dispositions de l'Accord général et ne sont pas autorisées par le protocole qui régit l'application de l'Accord général par la partie contractante en cause, la mesure prise fait présumer qu'un avantage est annulé ou compromis et entraîne *ipso facto* l'examen de la question de savoir si les circonstances sont suffisamment graves pour justifier l'autorisation de suspendre des concessions ou des obligations. »

¹⁷⁸⁷ La discussion relative à l'existence d'un avantage annulé ou compromis était intervenue dans l'examen au fond de la violation de l'article III.2 du GATT, aux fins de déterminer si une loi prévoyant des taux de taxe différents pour les produits nationaux et les produits importés pouvait être contraire à l'article III de l'Accord général, avant toute importation concrète (Groupe de travail, rapport du 30 juin 1949, *Taxes intérieures brésiliennes*, préc., § 16.) La question n'avait pas été soulevée *in limine litis*. Tant l'inexistence d'un différend réel que l'absence d'un intérêt spécial pour agir auraient pourtant pu être des arguments soulevés en exceptions préliminaires.

¹⁷⁸⁸ Groupe spécial, rapport du 22 mai 1997, C.E. – *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/R., § 2.21.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, § 7.49 ; Organe d'appel, rapport du 9 septembre 1997, C.E. – *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, préc., § 132.

recevabilité des demandes. L'économie générale des accords permettait toutefois d'aller dans le sens de la relégation de l'intérêt pour agir devant l'O.R.D. Tout Membre préoccupé par l'incompatibilité de mesures d'un autre Membre avec les dispositions d'un accord de l'O.M.C. peut donc engager une procédure de règlement des différends. Il décidera lui-même de sa propre qualité pour agir¹⁷⁹⁰, en fonction des avantages qu'il considère pour lui comme annulés ou compromis¹⁷⁹¹, sans qu'il lui soit nécessaire d'en apporter une quelconque preuve. Selon l'Organe d'appel, la partie plaignante se voit donc reconnaître un « large pouvoir d'appréciation », qui devra toutefois être utilisé à bon escient : « (l)e libellé de l'article XXIII :1 du GATT de 1994 et de l'article 3 :7 du Mémoire d'Accord donne à penser, en outre, qu'un Membre devrait faire preuve d'une grande discipline pour décider si une action serait 'utile'. »¹⁷⁹²

Cette ouverture du droit d'agir ne peut toutefois s'assimiler à l'admission d'une *actio popularis* devant l'O.R.D. Groupe spécial et organe d'appel ont ici admis qu'un Etat pouvait prendre en compte son intérêt potentiel¹⁷⁹³, voire son intérêt indirect à voir les accords respectés, en raison de « l'interdépendance croissante de l'économie mondiale »¹⁷⁹⁴. Le panel l'affirme : « il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux. »¹⁷⁹⁵ Loin de rejeter totalement la notion d'intérêt juridique, on considère ici que les Membres de l'O.M.C. auront un intérêt juridique à agir dès lors qu'ils considèrent leur intérêt commercial affecté. Ce raisonnement s'appuie sur l'ultra-réciprocité des accords de l'O.M.C.¹⁷⁹⁶. En effet, le droit du commerce international tend à instaurer les mêmes conditions compétitives pour tous, et repose sur un équilibre de niveau mondial. L'intérêt pour agir, loin d'être absent, est global. « Affirmer que la partie plaignante n'a pas à démontrer un intérêt juridique propre (ou personnel), n'est pas la même chose que de prétendre que la notion d'intérêt juridique est complètement absente du système de l'O.M.C. » énonce M. Voefray¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹⁰ Cela découle, selon l'Organe d'appel, de l'article 3. 2 du Mémoire sur le règlement des différends, préc., § 135.

¹⁷⁹¹ *Ibidem*, renvoyant à l'Accord général, préc., art. XXIII.

¹⁷⁹² *Ibidem*. L'article 3. 7 du Mémoire dispose en effet que « (a)vant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait *utile*. » Nous soulignons.

¹⁷⁹³ Groupe spécial, rapport du 22 mai 1997, *C.E. – Bananes*, préc., § 7.50 ; Organe d'appel, rapport du 9 septembre 1997, *C.E. – Bananes*, préc., § 136. Dans la notion d'intérêt *potentiel*, il est toutefois davantage question de l'admissibilité d'une question abstraite que de l'ouverture de la qualité pour agir.

¹⁷⁹⁴ Groupe spécial, rapport du 22 mai 1997, *C.E. – Bananes*, préc., § 7.50

¹⁷⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁹⁶ Le groupe spécial cite d'ailleurs l'arrêt *Wimbledon* de la C.I.J., dans lequel il était question d'un intérêt collectif des grandes puissances pour agir, suite à la violation d'une convention ultra réciproque.

¹⁷⁹⁷ VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 187.

En définitive, l'élargissement de la recevabilité des actions devant l'O.R.D. cadre parfaitement avec l'un des objectifs du mécanisme de règlement des différends, qui est d'« assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral »¹⁷⁹⁸. Les Membres pourront ainsi demander la constitution d'un panel pour juger de la compatibilité d'une règle de droit interne *in abstracto* avec les accords de l'O.M.C., et garantir une sécurité juridique accrue en matière de réglementation commerciale. S'il n'est question, dans les affaires précitées, que de recours visant des règles immédiatement exécutoires, ce traitement de la question de l'intérêt pour agir servirait on ne peut mieux la recevabilité d'une demande relative à une règle comportant une part d'habilitation, même inappliquée. Ainsi, les Communautés européennes ont soulevé devant un groupe spécial la question de la compatibilité des articles 301 à 310 de la Loi américaine de 1974 sur le commerce extérieur, habilitant les organes internes à régler unilatéralement leurs différends en matière commerciale¹⁷⁹⁹. Leur intérêt pour agir n'a même pas été discuté en l'espèce.

Ce mécanisme, définitivement adapté à la mise en cause de l'incompatibilité du droit interne, aboutira à un rapport en lui-même dépourvu d'effet obligatoire. Ce n'est que l'adoption de ce rapport par l'O.R.D. qui obligera l'Etat à suivre ses recommandations. Toutefois, cet effet obligatoire est aujourd'hui quasi-automatique grâce à une adoption par un mode de « consensus négatif ». Alors que, sous l'empire du GATT, les rapports des groupes spéciaux ne devenaient contraignants qu'en cas de consensus de l'ensemble des Etats parties à l'Accord général, il n'est aujourd'hui possible d'échapper aux recommandations des panels que si un consensus de rejet de ces dernières est trouvé.

Conclusion de la section

En conclusion, *actio popularis* et action en défense d'un intérêt généralisé permettent toutes deux de parvenir à un contrôle de la compatibilité ou de la conformité du droit interne au droit international. On l'a vu : ce contrôle n'aura pas l'effet qu'il aurait pu espérer avoir dans un système fédéral, autrement dit l'annulation ou l'annulabilité de la règle incompatible. Il n'aboutira pas non plus à l'engagement d'une responsabilité classique, de type rétrospectif, de l'Etat auteur. Les conséquences de l'incompatibilité ou la non-conformité du droit interne seront purement prospectives : les Etats devront, dans un délai parfois imparti, procéder à une mise en conformité ou une mise en compatibilité de leur droit interne, autrement dit mettre en marche des procédés

¹⁷⁹⁸ Mémoire d'accord sur le règlement des différends, préc., art. 3. 2.

¹⁷⁹⁹ Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, préc.

internes de création normative. Proche d'une répétition de l'obligation primaire de comportement normatif, le respect de ces obligations prétendument secondaires pourra être favorisé par de nouveaux mécanismes, qu'il nous appartient d'étudier à présent.

Section 2. Nouveaux mécanismes de mise en œuvre d'une responsabilité élargie.

Le droit international fournit-il des mécanismes de réaction à la violation des obligations de comportement normatif de l'Etat, propre à garantir le respect des obligations secondaires relatives à l'état du droit interne ? Des réponses adaptées peuvent être décelées dans les divers mécanismes de contrôle existants (§ 1). Le déclenchement de contre-mesures, destinées à faire pression sur l'Etat récalcitrant, est également envisagé par certains mécanismes, mais rendu difficile en raison du caractère normatif du comportement à l'origine de la violation – initiale et secondaire (§ 2). Seul le droit communautaire, par un procédé d'astreintes, offre une réponse parfaitement adaptée.

§ 1. Mécanismes de contrôle de l'exécution.

Introduction. Les différents mécanismes de contrôle.

Vérification, contrôle de l'exécution : voici des mécanismes qu'il nous faut rapidement présenter avant de déterminer lesquels seraient adaptés pour presser les Etats à mettre en œuvre leur responsabilité prospective, engagée à la suite de la violation d'obligations de comportement normatif. La plupart des mécanismes de contrôle, que l'on a déjà pu évoquer ici¹⁸⁰⁰ et là¹⁸⁰¹, ont trait au respect de l'obligation primaire de comportement normatif (1). Seul un contrôle déclenché suite à la violation de cette dernière, en rapport avec l'éventuelle obligation secondaire mise à la charge d'un Etat en manquement au comportement normatif requis sera pertinent (2.)

1. Contrôle du respect de l'obligation primaire de comportement normatif

Le contrôle périodique de l'exécution des obligations des Etats est un mécanisme très fréquemment institué dans le cadre d'organisations internationales. Loin toutefois d'être une formule classique en droit international, on s'aperçoit que la vérification s'attache le plus souvent à des obligations obéissant à une réciprocité spécifique.

¹⁸⁰⁰ Voir *supra*, Première partie, Titre 2, *Chapitre 1*.

¹⁸⁰¹ Voir *supra*, Titre 1, *Chapitre 2*.

Obligations intégrales

Les obligations intégrales, ou non-réciproques, verront ainsi leur exécution surveillée par un organe institué par la convention dont elles sont issues, ou de l'organisation sous l'égide de laquelle elles ont été contractées. Ainsi, les conventions des Nations Unies relatives à la protection des droits fondamentaux voient leur exécution surveillée, de manière générale, par le Conseil des droits de l'homme, créé par l'Assemblée générale en remplacement de la Commission des droits de l'homme¹⁸⁰². Il procède à un examen périodique universel du respect des Etats de leurs obligations en la matière¹⁸⁰³. Ce sont toutefois les organes conventionnels qui porteront un œil plus attentif sur les éventuels dysfonctionnements des ordres juridiques des Etats. Des Comités d'experts, organes subsidiaires de l'Assemblée générale cette fois indépendants des Etats, se voient en effet confier par toutes les Conventions onusiennes relatives aux droits fondamentaux une fonction de surveillance. Ils l'exercent au travers de l'examen attentif de rapports périodiques fournis par les Etats. Certains se voient également confier la compétence de recevoir des plaintes en situation de violation, qui pourront donner lieu à des recommandations de leur part.

Une surveillance de l'exécution de la Convention de San José sera de même exercée par un organe indépendant des Etats. La Commission interaméricaine peut ainsi émettre des recommandations suite à son contrôle. Il est important de le préciser ici : son contrôle peut l'amener à déclarer une violation du fait de l'incompatibilité de lois internes, et de faire des recommandations de mise en compatibilité. Certes la Commission n'a pas compétence pour donner un avis sur la légalité interne du droit interne, et son rôle se borne à déterminer si l'Etat viole ou non ses obligations de droit international, du fait de ce droit interne, selon l'avis de la Cour¹⁸⁰⁴. Mais cette dernière a admis, dans un arrêt subséquent, la possibilité de violation de la Convention, et plus précisément de son obligation de comportement normatif, par l'incompatibilité d'une règle interne¹⁸⁰⁵. Par l'effet combiné de ces jurisprudences, on peut donc admettre que la Commission a compétence pour recommander la mise en compatibilité du droit interne de l'Etat, et non seulement pour demander l'abrogation de lois contraires à la Convention. Ce fut confirmé par la Cour dans son avis consultatif n°14, qui clarifia la répartition

¹⁸⁰² A.G.N.U., résolution du 3 avril 2006, *Conseil des droits de l'homme*, A/RES/60/251.

¹⁸⁰³ *Ibid.*, al. 5 e).

¹⁸⁰⁴ C.I.A.D.H., avis consultatif 13/93 du 16 juillet 1993, *Certain attributes of the Inter-American Commission on Human Rights*, préc., § 26.

¹⁸⁰⁵ C.I.A.D.H., arrêt du 12 novembre 1997, *Suarez Rosero c. Equateur*, préc.

des rôles : si l'incompatibilité du droit interne heurte la convention, la Cour ne peut connaître de telles demandes au contentieux, et seule la Commission, dans sa mission de contrôle, sera compétente¹⁸⁰⁶. Elle a de plus tendance à adopter une conception extensive de ses propres fonctions et intervenir de manière autonome devant la Cour pour demander un avis consultatif à ce sujet qui, bien que dépourvu d'effet obligatoire, viendrait renforcer de sa *juris dictio* la recommandation qu'elle pourrait émettre à ce sujet.

Enfin le Conseil de l'Europe a confié au Comité des Ministres, émanation des gouvernements des Etats membres de l'organisation, une tâche de suivi du respect des engagements de ces derniers, et un pouvoir de recommandation. Il a, de plus, institué en 1999 un Commissaire aux droits de l'homme, nouvel organe de surveillance, indépendant des Etats¹⁸⁰⁷. Le Commissaire peut aussi émettre un avis sur des projets de loi ou des pratiques spécifiques, soit à la demande d'institutions nationales, soit de sa propre initiative, puisqu'il entre dans ses fonctions d'identifier « d'éventuelles insuffisances dans le droit et la pratique des Etats membres en ce qui concerne le respect des droits de l'homme tels qu'ils ressortent des instruments du Conseil de l'Europe » selon la résolution qui l'institue¹⁸⁰⁸.

Obligations interdépendantes

Les obligations interdépendantes ou *ultra réciproques* voient également leur respect contrôlé, les mécanismes de surveillance prenant le pas sur les mécanismes juridictionnels d'engagement de la responsabilité de l'Etat. Il est intéressant à ce stade de poursuivre notre parallèle entre obligations de comportement normatif et obligations en matière de désarmement, répondant à la même logique de réciprocité globale. En droit international, la sécurité visée par le désarmement est une forme de prévention des atteintes à la paix, tout comme la sécurité juridique opérée par la conformité permet de prévenir les atteintes au droit. Les mécanismes de vérification de l'exécution des obligations de l'Etat sont donc parfaitement adaptés dans les deux cas, en ce qu'ils exercent une forme de dissuasion appropriée tout en offrant une possibilité de mettre en avant des situations de violation sans engager de responsabilité d'ordre réparatoire. L'accent sera

¹⁸⁰⁶ C.I.A.D.H., avis du 9 décembre 1994, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, préc. : « There is no provision in the Convention authorizing the Court, under its contentious jurisdiction, to determine whether a law that has not yet affected the guaranteed rights and freedoms of specific individuals is in violation of the Convention. ... the Commission has that power and, in exercising it, would fulfil its main function of promoting respect for and defense of human rights. The Court also could do so in the exercise of its advisory jurisdiction... », § 49. Nous soulignons.

¹⁸⁰⁷ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, résolution du 7 mai 1999, *Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*, Res (99) 50.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, art. 3 e).

davantage mis sur des procédures destinées à garantir l'application du droit. En ce sens on peut remarquer le développement des conférences périodiques d'examen qui, aboutissant à l'adoption de déclarations finales, permettent de redresser les comportements illicites initiaux des parties sans engager leur responsabilité¹⁸⁰⁹. Les mesures de surveillance et de vérification¹⁸¹⁰ visent quant à elles les comportements individuels des Etats de façon plus précise¹⁸¹¹ et enjoignent en cas de constat de comportement illicite à une cessation et un retour à un comportement « satisfaisant ». Cette vérification englobe plusieurs étapes : déclarations étatiques et inspections de routine quant à l'exécution de l'obligation primaire, puis rapport d'inspection suite à une plainte ou délation. Les organisations habilitées à réagir ainsi à la violation des obligations de désarmement sont en plein essor, et la sécurité internationale s'en trouve renforcée. La transposition de cette forme de réaction à l'illicite aux obligations de comportement normatif est donc aisée : la sécurité juridique serait de même ainsi accrue. Ces réactions à l'illicite sont prévues dans le cadre de la Convention sur l'interdiction des armes chimiques¹⁸¹², et, sur le même modèle, le Traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires (TICEN)¹⁸¹³ ou encore le Traité sur la non-prolifération nucléaire en relation avec l'Agence internationale pour l'énergie atomique¹⁸¹⁴. La vérification serait, *mutatis mutandis*, également adaptée pour garantir l'exécution d'obligations visant à garantir une sécurité juridique dans les ordres juridiques des Etats liés par ces dernières. Mme Parrot considère que, dans le cas des conventions de droit international privé, les mécanismes de contrôle de l'exécution sont plus adaptés¹⁸¹⁵. Ainsi l'O.I.T., à cheval entre la protection de droits fondamentaux et le droit uniforme dans le domaine du travail, prévoit un mécanisme de surveillance précise de l'exécution des obligations par les Etats parties¹⁸¹⁶. De manière moins développée, on note l'existence de procédures d'audit afférentes¹⁸¹⁷ à l'O.A.C.I., comme

¹⁸⁰⁹ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 208.

¹⁸¹⁰ En droit du désarmement, le concept de vérification peut être défini comme « l'ensemble des mesures tendant à établir que les parties à un accord ne méconnaissent pas les obligations qui en résultent », SUR (S.), « Peut-on définir un « standard minimum de vérification » dans le domaine du désarmement ou de la limitation des armements ? », Arès, 1989, vol.XI/1, p. 14.

¹⁸¹¹ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public, op. cit.*, p. 209.

¹⁸¹² Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes chimiques et sur leur destruction, Genève, 3 septembre 1992, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1974, n°33957, annexe sur l'application de la Convention et la vérification.

¹⁸¹³ Traité des Nations Unies d'interdiction complète des essais nucléaires, New York, 10 septembre 1996, A/50/1027 (non encore en vigueur).

¹⁸¹⁴ Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, Londres, Moscou, Washington, 1^{er} juillet 1968, *Rec. Traités N.U.*, vol. 729, n°10485, art. 3.1 p. 179.

¹⁸¹⁵ PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé, op. cit.*

¹⁸¹⁶ Voir supra, Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1 et Seconde partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

¹⁸¹⁷ Elles ne sont toutefois reliées qu'à certaines annexes.

l'USAP¹⁸¹⁸, programme d'audit sur les questions de sécurité aérienne, dont l'un des objectifs est de déterminer la viabilité du système de sécurité des Etats établi par leurs législations¹⁸¹⁹.

Ces mesures de vérification, qui prennent souvent la forme de contrôles périodiques sur le fondement de rapports de l'Etat, permettraient de remplacer ou au moins compléter les mécanismes juridictionnels visant à engager la responsabilité de l'Etat pour violation de ses obligations de comportement normatif, difficilement utilisables ainsi qu'on a eu l'occasion de le démontrer. Elles interviennent donc dans un premier temps, au stade du respect de l'obligation primaire. On l'a vu : la violation des obligations de comportement normatif ne donne pas naissance à une responsabilité réparatoire de l'Etat auteur, mais à des obligations prospectives. Précision de l'obligation primaire, garantie de non-répétition ou simple réitération de l'obligation violée sont les succédanés d'une obligation secondaire, qui nous faisaient douter de la normativité de la règle initiale. On a toutefois pu envisager que des mesures de contrôle, cette fois déclenchées suite à une violation, pouvaient prendre des allures répressives. Elles sont, en tout état de cause, une dimension coercitive non négligeable. La mise en œuvre de cette responsabilité prospective sera favorisée par ces mécanismes.

2. Contrôle du respect de l'éventuelle obligation secondaire

Seule l'existence d'un mécanisme de mise en œuvre des succédanés d'obligations secondaires que sont le durcissement, la précision, voire la seule réitération des obligations primaires de comportement normatif pourrait donner aux Etats un sentiment d'obligatorité suffisant à leur respect. De fait, en droit du désarmement, on note une intensification du contrôle en cas de violation constatée par l'organe de surveillance. En matière d'uniformisation, une pression ainsi exercée sur l'Etat serait ainsi un moyen d'assurer la mise en conformité ou compatibilité du droit interne sans fournir de réelle garantie juridique supplémentaire. Lorsque la convention prévoyant l'uniformisation du droit interne dispose d'un mécanisme juridictionnel de constat des violations, le contrôle du respect de l'obligation secondaire se résume en un contrôle de l'exécution des arrêts dudit tribunal. La question de l'exécution des décisions des juridictions internationales passionne la doctrine tout en démontrant les lacunes intrinsèques de l'éventuel ordre juridique international. Elle prend, dans le cas qui nous occupe, une dimension tout à fait spécifique : l'inexécution des arrêts constatant l'incompatibilité d'une règle de droit interne laisse

¹⁸¹⁸ Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 7 décembre 1944, *Universal Security Audit Programm*, Annexes 9 et 17.

¹⁸¹⁹ Voir la rubrique « Objectives » dans le document de présentation de l'USAP, <http://www2.icao.int/en/AVSEC/USAP/Documents/USAP_Overview.pdf>, p. 3 (objectif c).

ouverte la voie à de multiples violations par l'Etat de ses obligations de comportement opératif. Davantage qu'une restauration de la légalité, l'exécution des décisions par la mise en compatibilité du droit interne joue un rôle de garantie de la légalité future absolument indispensable.

Il nous appartient ici de présenter ces divers mécanismes secondaires de contrôle.

A. Propre aux obligations de comportement normatif : le mécanisme de l'O.I.T.

Le mécanisme de contrôle secondaire de l'O.I.T. n'apparaît pas, de prime abord, très développé, et surtout peu détaché de la procédure de contrôle du respect des obligations primaires des Etats en matière d'uniformisation – et plus généralement de respect des conventions sur le droit du travail. En pratique toutefois, le contrôle de l'exécution du rapport d'une commission d'enquête se révélera extrêmement rapproché, et ira croissant en cas de violation persistante de la part de l'Etat. Dans le rapport de la Commission d'enquête instituée suite à la plainte concernant l'inexécution par le Myanmar de la Convention sur le travail forcé, l'Etat défendeur a été averti de ce contrôle secondaire : « (l)a tâche de la commission d'enquête s'achève avec la signature du présent rapport, mais il est souhaitable que l'Organisation internationale du Travail reste informée des progrès réalisés pour donner effet aux recommandations de la commission. »¹⁸²⁰

Un contrôle coercitif

Par une image forte, un auteur rappelle que « la 'mobilisation de la honte' est comme chacun sait la principale 'force de frappe persuasive' de l'O.I.T. pour obtenir la mise en œuvre des obligations contractées en vertu des conventions. »¹⁸²¹ Le contrôle de cette mise en œuvre apparaît donc dans sa fonction coercitive. Le Conseil d'administration du B.I.T. joue un grand rôle dans la coordination de cette surveillance. Compétent pour mettre en œuvre les procédures de réclamations et plaintes en vertu des articles 24 et 26 de la Constitution de l'O.I.T., il étend cette compétence, dans les faits, au suivi des recommandations des commissions d'enquête devenues obligatoires. Pour garder l'exemple précité du rapport de la Commission d'enquête sur le travail forcé au Myanmar, le Conseil d'administration est resté saisi du suivi des recommandations formulées, qui avaient en premier lieu trait à une mise en conformité de la

¹⁸²⁰ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 2 juillet 1998, *Plainte concernant l'inexécution par le Myanmar de la Convention n° 29 sur le travail forcé*, préc., § 540.

¹⁸²¹ MAUPAIN (F.), « Persuasion et contraintes aux fins de la mise en œuvre des normes et recommandations de l'O.I.T. », JAVILLIER (J.-C.) et GERNIGON (B.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, B.I.T., 2004, XXVI-710 p., p. 687-710, p. 690.

législation birmane¹⁸²². La communication du rapport de la Commission d'enquête au Conseil d'administration donne immédiatement lieu à un contrôle de la part du Directeur général. Ce dernier demande à l'Etat intéressé de fournir un rapport sur les mesures qu'il entend prendre au titre de l'exécution de son obligation de mise en conformité. Ces mesures doivent être très précises, et il est en l'espèce reproché au Myanmar de n'avoir fait qu'indiquer qu'un examen de la législation incriminée était en cours, sans donner plus de détails sur les amendements proposés à ladite législation¹⁸²³. Le Directeur général est invité à prendre contact avec l'Etat récalcitrant, et le prier de manière répétée de mettre en œuvre les recommandations du rapport. Cette première étape de contrôle secondaire est toutefois apte à déterminer si l'Etat est enclin à mettre son droit interne en conformité. A cette occasion, l'intervention du Directeur général sera en effet suivie de la diffusion du rapport de la commission d'enquête, accompagnée des rapports du Directeur et des réponses de l'Etat intéressé¹⁸²⁴. Son manque de bonne foi dans l'exécution de ses obligations peut à cette occasion être vérifié de tous.

Parallèlement, la Commission de l'application des normes de la conférence, organe de contrôle périodique de l'exécution des obligations, continue de remplir sa tâche. La Commission d'enquête a ainsi recommandé au gouvernement du Myanmar qu'il

« indique régulièrement dans ses rapports au titre de l'article 22 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail concernant les mesures prises pour donner effet aux dispositions de la convention n°29 sur le travail forcé, 1930, les mesures qu'il a prises au cours de la période de rapport pour donner effet aux recommandations contenues dans le présent rapport. »¹⁸²⁵

La Commission d'application des normes mettra alors un accent tout particulier sur la vérification de son respect de ses obligations primaires, renforcées par les recommandations de ladite commission. En l'espèce, la Commission « a décidé d'inclure ce cas dans un paragraphe spécial de son rapport et de le mentionner comme un cas de défaut continu d'application d'une convention ratifiée ». S'il est délicat de distinguer entre l'obligation primaire d'uniformisation issue des conventions de l'O.I.T. et les obligations secondaires de mise en conformité imposées dans le

¹⁸²² Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 2 juillet 1998, *Plainte concernant l'inexécution par le Myanmar de la Convention n° 29 sur le travail forcé*, préc., § 539, Recommandation a.

¹⁸²³ Conseil d'administration du B.I.T., cinquième question à l'ordre du jour, 22 février 1999, *Mesures prises par le gouvernement du Myanmar pour mettre en œuvre les recommandations de la commission d'enquête chargée d'examiner la plainte concernant l'exécution de la convention (n°29) sur le travail forcé, 1930*, 274^e session, 8^e séance, Genève, mars 1999, B.I.T. GB.274/5, § 5.

¹⁸²⁴ Conseil d'administration du B.I.T., décision de mars 1999, *Mesures prises par le gouvernement du Myanmar pour mettre en œuvre les recommandations de la commission d'enquête chargée d'examiner la plainte concernant l'exécution de la convention (n°29) sur le travail forcé, 1930*, 274^e session, 8^e séance, B.I.T. GB.274/5/D.1, § 12 c) i).

¹⁸²⁵ Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 2 juillet 1998, *Plainte concernant l'inexécution par le Myanmar de la Convention n° 29 sur le travail forcé*, préc., § 540.

rapport de la commission d'enquête, le cas de l'Etat en manquement de ces dernières est nettement isolé. Certes le contrôle secondaire n'est pas, dans cette étape, formellement distinct du contrôle périodique de l'exécution des obligations des Etats. Mais il existe sur le fond.

Une fonction d'assistance à l'exécution

La surveillance de l'Etat ici décrite peut prendre un aspect coercitif ; elle est toutefois également instituée dans un but d'assistance de l'Etat à l'exécution de ses obligations. Cela se révèle lorsque l'Etat se voit proposer, sur une base volontaire, la visite de missions de coopération technique, propres à aider l'Etat à prendre les mesures adéquates pour exécuter le rapport d'une commission d'enquête, autrement dit atteindre la conformité de son droit interne recherchée. Ainsi, dans l'affaire du Myanmar, l'Etat a accepté la visite d'une mission, qui a produit un exposé des résultats fournis par l'Etat dans tous les domaines concernés par le rapport initial, au premier rang desquels figure le domaine législatif. Ainsi, la mission a pu rappeler de manière précise l'objectif de l'Etat :

« rendre illégales dans le droit national l'ensemble des pratiques qui constituent du travail forcé au sens de la convention n° 29, et assurer que toutes dispositions de la législation en vigueur qui permettent d'imposer du travail forcé soient abrogées ou modifiées en conséquence »¹⁸²⁶.

La mission précise que cet objectif implique la mise en conformité de lois déterminées (les lois sur les villages et les villes)¹⁸²⁷, mais que deux obstacles se présentent : un obstacle de forme, et un obstacle de fond. La mission a donné à l'Etat diverses voies à suivre dans cette mise en conformité. Au niveau formel, le gouvernement du Myanmar, non élu, ne s'estimait pas en mesure de procéder par voie d'amendement législatif et espérait procéder en donnant l'instruction générale, ayant prétendument force de loi, de ne plus faire usage du pouvoir conféré par les lois incriminées de procéder à des réquisitions en matière de travail forcé. La mission a relevé le risque que comportait cette manière de procéder : se prévaloir de la loi serait ainsi passible de sanctions pénales¹⁸²⁸. On peut d'emblée mettre l'accent sur la difficulté intrinsèque à la recherche d'une uniformisation du droit dans le cadre d'un Etat non démocratique. L'assistance à l'exécution des obligations de comportement normatif prendra alors une dimension plus large, les lois d'origine internationale visant à remplacer les règles établies par un pouvoir non légitime. La

¹⁸²⁶ Conseil d'administration du B.I.T., rapport de la mission de coopération technique au Myanmar (vendredi 20 octobre – jeudi 26 octobre 2000), *Suite donnée par le gouvernement du Myanmar aux recommandations de la Commission d'enquête chargée d'examiner l'exécution de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, 279^e session, novembre 2000, B.I.T. GB.279/6/1, § 10.*

¹⁸²⁷ *Ibid.*, § 11.

¹⁸²⁸ *Ibid.*, § 12.

mission va donc s'efforcer d'aider un gouvernement dictatorial à imposer de nouvelles règles de droit à ses sujets. Si cette coopération semble intrusive, elle n'en poursuit pas pour le moins le but louable d'obtenir, d'une manière ou d'une autre, la conformité législative à des standards internationaux protecteurs des droits fondamentaux de la personne. On perçoit bien, au travers de cette méthode d'assistance, que le droit international de l'uniformisation ne vise pas à s'ingérer dans l'organisation interne de l'Etat¹⁸²⁹. L'Etat finit par modifier son ordonnance initiale, pour interdire de manière plus frontale le recours au travail forcé, nonobstant la loi antérieure. Il n'est donc plus question d'une simple interdiction d'application¹⁸³⁰.

Sur le fond, la mission propose donc diverses façons de mettre la loi birmane en conformité. La mission met le doigt sur la permission de réquisitionner des travailleurs, hors des exceptions permises par la Convention n°29, toujours en vigueur malgré l'ordonnance gouvernementale. Cet acte est ainsi modifié par les autorités de manière à se conformer au modèle international, et n'autoriser les réquisitions qu'en cas de force majeure¹⁸³¹. La mission va plus loin encore, en considérant que l'abrogation de la loi non conforme du fait de l'ordonnance gouvernementale n'était pas suffisante. Une mise en conformité du droit interne imposait l'interdiction plus générale de toute forme de travail forcé, par une incrimination pénale. Le Myanmar a atteint cet objectif par une ordonnance supplémentaire allant en ce sens¹⁸³².

Il est donc bien question de mise en conformité de règles publiques, comportant des habilitations sans obligation d'en faire usage. La seule interdiction de s'en servir ne satisfait pas les organes chargés de surveillance. L'Etat n'a plus vraiment le choix dès lors que ce type de mécanisme est institué et vient lui préciser les modalités de mise en conformité de son droit. Bien entendu, aucune obligation supplémentaire ne lui est imposée par ces organes de contrôle. Mais ici la pression politique exercée sur un Etat récalcitrant prend le relais d'un droit défaillant.

¹⁸²⁹ On se garde d'employer le terme d' 'organisation constitutionnelle' à propos d'un régime non démocratique...

¹⁸³⁰ *Ibid.*, § 14.

¹⁸³¹ *Ibid.*, § 16

¹⁸³² *Ibid.*, § 18.

B. Propre à la protection des droits fondamentaux : rôle du Conseil de l'Europe dans le contrôle secondaire de la mise en compatibilité du droit interne des Etats membres¹⁸³³

Depuis longtemps le Conseil de l'Europe est attentif aux problèmes d'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg, s'émouvant de certaines situations et s'inquiétant pour la crédibilité même du système européen¹⁸³⁴. Le Comité des Ministres, chargé de la surveillance de cette exécution, joue un rôle central, affecté d'une faiblesse (1) que la Cour tente de corriger en l'aidant dans sa mission (2).

1. Contrôle traditionnel de l'exécution des arrêts par le Comité des Ministres

Le contrôle traditionnel confié au Comité des Ministres se révèle affecté d'une faiblesse qui se révèle au niveau du contrôle des mesures individuelles ou générales à prendre au titre de cessation de l'illicite et/ou de *restitutio in integrum* ; elle est encore plus marquante dans la surveillance de l'exécution des obligations secondaires de comportement normatif.

Les arrêts de la Cour de Strasbourg se bornent traditionnellement à accorder au requérant une compensation pécuniaire sur la base de l'article 41 de la C.E.D.H., sans déterminer les mesures de cessation de l'illicite et/ou de *restitution in integrum* que l'Etat devrait prendre au titre de l'article 46, autrement dit pour exécuter ses arrêts. Ces derniers apparaissent donc surtout déclaratoires. Ces mesures, individuelles ou générales - si la violation consiste en une production de règle contraire, ou bien en une incompatibilité normative - sont à la charge de l'Etat selon l'article 46. 1 qui les impose aux fins d'exécution des arrêts, le laissant libre de leur choix. On perçoit immédiatement l'importance du rôle du Comité des Ministres, chargé selon l'article 46. 2 de la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour. A lui, dans sa mission de contrôle secondaire, de déterminer si les mesures vers lesquelles se dirige l'Etat sont satisfaisantes. Il examine donc si « des mesures individuelles ont été prises pour assurer que la violation a cessé et que la partie lésée est placée, dans la mesure du possible, dans la situation qui était la sienne avant

¹⁸³³ Bien que le mécanisme interaméricain dispose également de procédures de surveillance, on se concentrera ici exclusivement sur l'examen du droit européen des droits de l'homme, en raison de l'actualité des questions qu'il soulève depuis l'entrée en vigueur, en juin 2010, du Protocole n°14, précité.

¹⁸³⁴ Voir le cas de la Grèce dans l'arrêt du 9 décembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, Série A*, n°301-B, et les résolutions DH(96)251 du 15 mai 1996 et DH(97)184 du 20 mars 1997. Le Comité des Ministres, dans une première résolution, avait dû constater l'absence de paiement de la satisfaction équitable alors que le gouvernement grec invoquait l'importance de la somme et demandait des délais pour se conformer à son obligation. Les mêmes principes

la violation de la Convention »¹⁸³⁵. L'efficacité du contrôle tient essentiellement à sa fréquence : tant qu'une mesure satisfaisante n'aura pas été opérée, le Comité inscrira l'affaire à l'ordre du jour de chaque réunion « droits de l'homme »¹⁸³⁶. Il pourra émettre des résolutions intérimaires constatant un début d'exécution, ou, très rarement, exprimant sa préoccupation à l'égard d'un Etat qui tarde à exécuter un arrêt. On s'interroge aussitôt sur l'efficacité d'un tel mécanisme. Malgré un contrôle rapproché, il comporte à notre sens une faiblesse de taille : les Etats, libres de choisir les modalités d'exécution des arrêts de la Cour, peuvent opter pour des mesures qui seraient passées pour inadéquates en droit commun de la responsabilité internationale telle, suite à une violation par la production d'actes individuels, une simple suspension de ces derniers. Le Comité ne peut qu'inciter les Etats, par des recommandations générales sans valeur obligatoire, à opter pour telle ou telle manière d'exécuter les arrêts de la Cour. Il a ainsi pu recommander, dans les cas de violation du droit à un procès équitable, le réexamen et la réouverture des procédures, afin d'opérer un réel retour sur le fait illicite¹⁸³⁷. Malgré cela, la fonction du Comité, essentielle sur le papier, apparaissait en pratique comme une tâche de greffier : il enregistrait simplement les informations données par les Etats relatives à une exécution dont ils avaient eux-mêmes déterminé la teneur¹⁸³⁸.

Lorsque le fait illicite est constitué par la production d'une règle contraire, ou bien par son incompatibilité, une difficulté supplémentaire s'élève aussitôt. Le Comité ne semble pas, selon les règles pour la surveillance des arrêts de la Cour qu'il a lui-même édictées, isoler certaines mesures générales à prendre au titre de la cessation de l'illicite, voire de la *restitution in integrum*. En effet, toutes les mesures générales sont considérées comme des garanties de non-répétition¹⁸³⁹, comme si le Comité niait la substance de l'illicéité pourtant reconnue par la Cour. Cette solution abaisse nettement le degré d'exigence de la Cour, *a fortiori* lorsqu'est en cause une règle contraire qui, par son caractère exécutoire, viole immédiatement les droits individuels et devrait ainsi être, sinon

¹⁸³⁵ Comité des Ministres, le 10 mai 2006, *Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables*, 964^e réunion des Délégués des Ministres, Annexe 4, Règle n°6.2 b. i.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, Règle n°7.1

¹⁸³⁷ Comité des Ministres, recommandation du 19 janvier 2000, *Réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc. Un tel réexamen est ainsi recommandé si « la partie lésée continue de souffrir des conséquences négatives très graves à la suite de la décision nationale, conséquences qui ne peuvent être compensées par la satisfaction équitable et qui ne peuvent être modifiées que par le réexamen ou la réouverture » et s' « il résulte de l'arrêt de la Cour que : (a) la décision interne attaquée est contraire sur le fond à la Convention, ou (b) la violation constatée est causée par des erreurs ou défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux est jeté sur le résultat de la procédure interne attaquée. »

¹⁸³⁸ Pour un regard plus optimiste sur le rôle du Comité des Ministres, voir RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 917. L'auteur considère en effet que « ce Comité veille scrupuleusement à ce que les moyens choisis par l'Etat en cause soient appropriés et de nature à permettre d'atteindre effectivement le résultat voulu par l'arrêt »

¹⁸³⁹ Comité des Ministres, le 10 mai 2006, *Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables*, préc., Règle n°6.2 b. ii.

annulée, au moins abrogée immédiatement. La fréquence du contrôle des mesures générales d'exécution est moindre que celle des mesures individuelles : le Comité choisira de l'inscrire à l'ordre du jour d'une réunion, au plus tard dans les six mois, tant que l'Etat concerné ne sera pas en mesure de présenter les mesures générales prises. Le Comité peut également laisser à l'Etat un délai plus long selon les circonstances¹⁸⁴⁰. Des résolutions intérimaires lui permettront de constater, par exemple, l'ouverture d'une procédure législative visant à rendre une loi compatible avec la Convention ; de la même façon que précédemment, seule une résolution finale mettra un point définitif à son contrôle, constatant une mesure générale satisfaisante. La faiblesse de son contrôle tient certes à ce que le Comité ne se voit pas préciser qu'elle mesure générale l'Etat doit prendre pour respecter l'arrêt. A cela se rajoute toutefois un obstacle supplémentaire : si le Comité considère que toute mesure générale est garantie de non-répétition, l'Etat restera libre de déterminer s'il est même tenu de prendre, quelle qu'elle soit, une mesure générale. A la différence des mesures de cessation de l'illicite et, le cas échéant, de *restitutio in integrum*, les garanties de non-répétition ne sont pas des conséquences automatiques d'un fait internationalement illicite.

Ceci nous conduit directement vers le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour qui, sans relever une violation directement issue d'une règle juridique interne, mettent en relief les incompatibilités voire non-compatibilités du droit étatique. L'Etat, libre de décider de la manière dont il va procéder à l'exécution, pouvait juger lui-même que l'arrêt dont il était l'objet ne soulevait aucun problème d'ordre général, et qu'il n'avait ainsi pas à envisager de quelconque modification de ses règles interne. Le Comité ne pouvait que recommander généralement de telles mesures, notamment dans sa recommandation de 2004 exhortant les Etats à vérifier la compatibilité de leurs projets de lois, lois en vigueur et pratiques administratives avec les standards fixés par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁴¹. Pour exercer un contrôle efficace, une aide de la Cour était, de manière flagrante, nécessaire.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, Règle n°7.2

¹⁸⁴¹ Comité des Ministres, recommandation du 12 mai 2004, *Vérification de la compatibilité des projets de lois, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les standards fixés par la Convention européenne des droits de l'homme*, préc. Egalement : Comité des Ministres, recommandation du 19 janvier 2000, *Réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc. Recommandant aux Etats, comme mesure individuelle de réparation d'une violation du droit à un procès équitable, la réouverture du procès en question, le Comité a ainsi considéré qu'au titre de garantie de non-répétition, les Etats devaient, quand une telle situation se présentait, veiller à ce que leur droit interne prévoie une telle voie de recours.

2. Aide de la Cour au renforcement de ce contrôle

Le respect des obligations secondaires découlant de la violation des obligations relatives à la protection des droits fondamentaux dans des situations individuelles, et *a fortiori* de l'obligation de comportement normatif qui s'y superpose, était donc extrêmement délicat à contrôler en raison de leur évanescence, découlant de la libre interprétation par l'Etat de l'arrêt déclaratoire de la Cour relié à l'article 46. 1. Conscients de cette difficulté, les juges de Strasbourg ont récemment entrepris d'aller au-delà de leur habituelle réserve quant à la précision des mesures d'exécution de leurs arrêts. Ils ont ainsi commencé à ordonner des mesures individuelles de *restitutio in integrum*¹⁸⁴². La Cour semble toujours timide face à des actes juridiques internes qu'elle se contente de pointer du doigt sans indiquer à l'Etat le sort qui devrait leur être réservé en droit interne pour satisfaire aux exigences de son arrêt. Toutefois, on peut espérer, au vu de la tendance générale en ce sens, que les mesures peu adéquates que l'on avait pu relever en cas de violation par la production d'un acte individuel ne seront plus considérées comme clôturant le contrôle du Comité des Ministres. Tout acte individuel produit en violation de la Convention devrait vraisemblablement être annulé.

Relativement aux mesures générales que l'Etat doit prendre au titre de ses obligations secondaires, la Cour a tout d'abord présenté, en 2002, des observations demandant au Comité de lui permettre de relever les problèmes structurels du droit interne¹⁸⁴³, qui donnèrent lieu à une résolution de ce dernier par laquelle la Cour est invitée à identifier les problèmes de compatibilité du droit interne sous-jacents à des violations concrètes constatées dans des cas individuels¹⁸⁴⁴. Ces évolutions nous laissent perplexes : il semblerait en effet que l'exécution d'un arrêt de la Cour relevant une violation par la production d'une règle contraire, ou par l'incompatibilité du droit interne, soit totalement absente des préoccupations au sein du Conseil de l'Europe. La reconnaissance de la violation par la Cour mettant en elle-même en relief un problème du droit interne d'ordre général, celle-ci devrait s'autoriser, comme dans le cas des mesures individuelles, à prescrire à l'Etat la mesure générale nécessaire. Dans le cas de violations issues directement de la production de règles immédiatement exécutoires, il est raisonnable d'attendre que la Cour en ordonne l'abrogation, de même que pour le cas de l'incompatibilité de règles internes causant,

¹⁸⁴² Par exemple : Cour E.D.H., arrêt du 8 avril 2004, *Assanidze c. Georgie*, Rec., 2004-II et Cour E.D.H., arrêt du 8 juillet 2004, *Ilascu c. Russie et Moldavie*, req. 48787/99. Dans ces arrêts, la Cour a ordonné la libération de requérants arbitrairement détenus.

¹⁸⁴³ Observations de la Cour lors de la session du Comité des Ministres du 7 novembre 2002.

¹⁸⁴⁴ Comité des Ministres, résolution du 12 mai 2004, adoptée lors de la 114^e session du Comité des Ministres, Res(2004)3.

selon sa jurisprudence, une violation « pour risque »¹⁸⁴⁵. Sans cela, la Cour prend le risque d'abaisser le niveau d'exigence en matière d'obligation primaire qu'elle avait atteint par sa jurisprudence.

Par cette procédure dite de l'« arrêt pilote », la Cour est ainsi amenée à « identifier le dysfonctionnement de la législation interne qui est à l'origine de la violation » et « donner des indications claires au Gouvernement quant à la manière d'éliminer ce dysfonctionnement »¹⁸⁴⁶. Non établie par le Protocole n°14 amendant la C.E.D.H., cette procédure, coutumière, le complète puisqu'elle a pour but de prévenir les violations ainsi que d'améliorer et d'accélérer l'exécution des arrêts de la Cour¹⁸⁴⁷. Une fois le problème systémique mis en avant par la Cour, la Cour est invitée à « signaler spécialement » les arrêts qui révèlent des problèmes structurels à l'Etat défendeur au Comité des Ministres, mais aussi à l'Assemblée parlementaire, au Secrétaire général et au Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, et à attirer l'attention de manière appropriée sur ces arrêts dans la base de données de la Cour. Ils seront ainsi traités de manière prioritaire, et une forte pression sera exercée sur les Etats afin qu'ils uniformisent leurs droits internes, garantissant ainsi la non-répétition des violations passées. Cette procédure a pour caractéristique d'extraire l'ensemble des questions relatives à l'uniformisation du droit interne du traditionnel contentieux de la réparation, pour les inclure dans un mécanisme de surveillance de l'exécution.

Loin de relever d'un parti pris théorique, la procédure de « l'arrêt pilote » vise toutefois essentiellement à limiter la surcharge de travail de la Cour. On l'avait déjà relevé au niveau de l'intérêt pour agir : accepter les recours individuels à l'encontre de règles juridiques internes pouvait conduire à un fort encombrement¹⁸⁴⁸. Au lieu de revenir sur ce droit de recours, ouvert dans les cas de règles immédiatement exécutoires mais aussi, par la théorie de la victime potentielle, à toutes les règles internes même d'habilitation, la Cour a préféré mettre le règlement de telles affaires en suspens, en attente de la modification par l'Etat desdites règles. Cette procédure permet en effet – ce n'est pas systématique – à la Cour d'ajourner ou de « geler »

¹⁸⁴⁵ Voir *supra*, titre 3.

¹⁸⁴⁶ Greffe de la Cour E.D.H., *Note d'information sur la procédure de l'arrêt pilote révisée*, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/445AA275-41ED-4B5E-AF12-0107380AF584/0/Note_sur_la_procédure_de_l_arrêt_pilote_révisée.pdf>

¹⁸⁴⁷ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm>>, § 14.

¹⁸⁴⁸ Voir *supra*, Chapitre 1.

L'examen de toutes les autres affaires apparentées pendant une certaine durée¹⁸⁴⁹. Que penser d'un tel mécanisme ? En réalité, c'est exclusivement dans les hypothèses de violations issues de la production, du maintien d'une règle contraire à un droit individuel que la Cour décide du gel des affaires similaires, à la manière de l'affaire *Broniowski*, dans laquelle il n'existait aucun problème systémique à l'origine de la violation individuelle, mais bien un droit individuel heurté par le maintien d'une législation interne attentatoire au droit de propriété d'une catégorie d'individus. Les affaires similaires sont gelées pour exhorter l'Etat à rétablir la situation au plus vite par lui-même, sans laisser à la Cour, organe subsidiaire, la charge d'un travail qui incombe aux tribunaux internes. Exempte de spécificité théorique, la procédure lutte exclusivement contre l'engorgement de la Cour dans des affaires de ce type. La mesure générale d'exécution de l'arrêt pilote est impérative ; elle relève de la réparation et non de la garantie de non-répétition. Si l'Etat y procède, toutes les affaires seront de fait réglées. Le Conseil de l'Europe a en effet plaidé, dans ce cas de figure, pour un effet rétroactif des mesures étatiques prises en exécution des arrêts de la Cour¹⁸⁵⁰.

Le gel des affaires similaires ne devrait pas être perçu comme une mesure s'ajoutant à la mise en avant d'un problème systémique, mais comme une mesure alternative. Soit le cas porté devant la Cour révèle une violation du fait de la production d'un acte contraire, et la Cour procédera à un tel « gel », soit une incompatibilité ou non-compatibilité du droit interne, provoquant des violations répétées dans des cas d'application individuelle, sera relevée comme dysfonctionnement du droit interne. Dans ce cas, il serait à notre sens contre-productif de geler les affaires identiques et la Cour ne s'est pour l'instant pas engagée dans cette voie¹⁸⁵¹. L'exécution de l'arrêt réclame ici une garantie de la légalité future par la mise en compatibilité des règles internes, et non une mesure générale de réparation propre à régler de multiples cas de violations individuelles déjà existantes. L'Etat, certain que de nouvelles requêtes ne seront plus reçues devant la Cour européenne, n'aurait plus à craindre de nouvelle condamnation. Or, c'est fréquemment la succession des arrêts de la Cour qui presse l'Etat de modifier son droit interne. Cette pression serait certainement plus efficace que celle exercée sur l'Etat par le Comité des Ministres dans le cadre de sa mission de contrôle. C'est toutefois sans compter la nouvelle compétence attribuée à ce dernier, que nous étudierons au titre des contre-mesures collectives.

¹⁸⁴⁹ Greffe de la Cour E.D.H., *Note d'information sur la procédure de l'arrêt pilote révisée*, préc., § 5.

¹⁸⁵⁰ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, préc., § 16.

¹⁸⁵¹ Voir l'affaire *Sejdovic*.

C. Propre au droit du commerce international

Dans le cadre de l'O.M.C., l'O.R.D. est lui-même chargé du contrôle de l'exécution de ses recommandations ou décisions¹⁸⁵². Ceci conforte un point de vue que nous partageons : le règlement des différends au sein de l'organisation du commerce international s'apparente davantage à un mécanisme d'assistance à l'exécution qu'à un procédé réellement juridictionnel. M. Santulli en apporte la démonstration :

« la conséquence la plus visible en est sans doute la 'gestion de l'exécution' qui anime les recommandations, les délais prévus et bien d'autres indications administratives concernant la manière dont il faut exécuter les accords – autant de choses qu'une juridiction tiendrait pour étrangères à sa fonction, estimant que sur ces points c'est aux parties 'de trouver une solution pratique satisfaisante' »¹⁸⁵³.

En effet, c'est au niveau de l'exécution des rapports adoptés par l'O.R.D. que l'on perçoit pleinement la nature des « obligations secondaires » mises à la charge des Etats pourtant reconnus en violation de leurs obligations au titre des accords. Les Etats doivent ainsi simplement opérer une cessation de l'illicite, déconnectée de toute mesure d'ordre rétrospectif. L'essentiel est de retrouver pour l'avenir, d'une manière ou d'une autre, le respect des obligations primaires. Cette solution s'avère particulièrement adaptée aux nombreuses hypothèses dans lesquelles la production de règles juridiques internes s'avérait contraires au droit du commerce international. Une mesure rétroactive les concernant aurait remis en cause de trop nombreuses situations individuelles, lesquelles ne sont pas au centre des préoccupations de l'O.M.C. L'exécution d'un rapport relevant une règle contraire ne sera ainsi pas distinguée de celle relative à un rapport dans lequel l'incompatibilité du droit interne est relevée. Dans tous les cas de figure, l'O.R.D. s'attachera à contrôler les actions entreprises par les Etats pour un retour au droit.

Si les Etats sont tenus de donner suite aux décisions de l'O.R.D. « dans les moindres délais »¹⁸⁵⁴, un délai supplémentaire sera bien entendu accordé dès lors que la modification d'une règle interne est en cause, particulièrement si elle nécessite une procédure législative. Le Membre concerné doit en effet tenir sous trente jours l'O.R.D. informé des mesures qu'il entend prendre pour exécuter ses décisions, et négocier un délai le cas échéant¹⁸⁵⁵. En cas de désaccord de l'O.R.D., puis des parties au différend, sur sa durée, un arbitrage y relatif pourra être obtenu¹⁸⁵⁶,

¹⁸⁵² Mémoire d'accord sur le règlement des différends, préc., article 21. 1

¹⁸⁵³ SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ?... », *op. cit.*, p. 80.

¹⁸⁵⁴ Mémoire d'accord sur le règlement des différends, préc., article 21.1.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, article 21.3

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*, article 21.3 c)

comme ce fut le cas dans l'affaire de la *Loi antidumping 1916*. S'extrayant des traditionnelles conséquences de la violation du droit international, l'O.M.C. met en place un procédé essentiellement axé autour de la surveillance de l'exécution des obligations des Etats membres. Le système de la C.E.D.H., on l'a vu, revenait au stade du contrôle secondaire sur des positions en matière de violation initiale un peu audacieuses. Ici, l'O.R.D. suit son cours qui n'a jamais cherché à inscrire les problématiques de conflit entre le droit interne et ses obligations, quelle que soit la nature de ce conflit, dans une logique de responsabilité internationale rétrospective. Seule une surveillance attentive, sur la base de l'article 21.6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, pourra garantir le respect des obligations. La force de cette surveillance est, de même que dans le cas du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, basée sur sa fréquence qui confine au harcèlement : « la question de la mise en œuvre des recommandations ou décisions sera inscrite à l'ordre du jour de la réunion de l'O.R.D. après une période de six mois suivant la date à laquelle le délai raisonnable (...) aura été fixée *et restera inscrite à l'ordre du jour des réunions de l'O.R.D. jusqu'à ce qu'elle soit résolue* »¹⁸⁵⁷. Le maintien de mesures considérées incompatibles par l'O.R.D. pourra même faire l'objet d'une nouvelle procédure de règlement des différends¹⁸⁵⁸.

§ 2. *Déclenchement de voies d'exécution : des contre-mesures ?*

Présentées par la C.D.I. comme une « circonstance excluant l'illicéité »¹⁸⁵⁹, les contre-mesures en droit international doivent être considérées comme un moyen licite de pression sur un Etat refusant toute responsabilité suite à la violation de ses obligations internationales. Elles sont en effet un « moyen de mise en œuvre »¹⁸⁶⁰ de cette responsabilité internationale selon lequel peuvent être prises des mesures pour amener l'Etat à cesser sa violation et restaurer l'état antérieur. Illicites *prima facie* puisque contraires aux obligations internationales de celui qui les prend – à la différence de mesures simplement inamicales que sont les rétorsions – leur finalité leur fait perdre ce caractère¹⁸⁶¹. Mode de réaction décentralisé à l'illicéité, elles démontrent le caractère anarchique de l'ordre juridique international et doivent être, dans la mesure du possible, contenues. Elles sont aujourd'hui concurrencées par des réactions autorisées par les organisations

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, article 21. 6, nous soulignons.

¹⁸⁵⁸ Organe d'appel, rapport du 4 février 2009, *États-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, préc. Il était essentiellement question ici du maintien de droits antidumping imposés dans des cas individuels. Toutefois, la même solution pourrait être transposée au maintien d'une règle incompatible, en tant que tel.

¹⁸⁵⁹ C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., Chapitre V, art. 23, p. 6.

¹⁸⁶⁰ *Ibidem*, Troisième partie, p. 10-13.

¹⁸⁶¹ Elles doivent ainsi davantage être considérées comme des circonstances excluant l'illicéité.

internationales, ou bien par des mesures collectives prises par celles-ci, et n'en apparaissent que davantage entourées de garde-fous. Ainsi, les contre-mesures individuelles ne paraissent pas adaptées à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour violation de ses obligations de comportement normatif, hormis des mesures réciproques parfaitement platoniques, ce que nous démontrerons au travers de l'exemple des suspensions de concessions autorisées par l'O.M.C. (A.). Soumises à une condition de gravité particulière, les contre-mesures collectives seront également difficiles à mettre en place dans l'hypothèse qui nous occupe, mais seront particulièrement adaptées en cas de *pratique générale* de violation (B.).

A. Proportionnalité des contre-mesures individuelles.

Bien que les Etats reconnaissent le phénomène des contre-mesures comme un mal nécessaire en droit international, une tendance générale se dessine autour de leur strict encadrement afin d'éviter les abus dont elles pouvaient être le terreau. La C.D.I. a ainsi cherché à les contenir dans des limites acceptables : une telle mesure doit être proportionnelle, temporaire et réversible¹⁸⁶². Le mécanisme de l'O.M.C. est instructif car il institutionnalise ces contre-mesures. Prises individuellement par les Etats, elles doivent impérativement, en droit du commerce international, être au préalable autorisées par l'O.R.D.¹⁸⁶³ En cas de contestation de la mesure autorisée par ce dernier, un arbitrage pourra être demandé¹⁸⁶⁴. Ces arbitrages révèlent que les contre-mesures ne posent pas ou peu de difficulté lorsque l'obligation de comportement opératif de l'Etat est violée, par la production d'actes juridiques internes contraires (1) ; en revanche, une difficulté s'élève pour déterminer une mesure proportionnelle à la violation de l'obligation de comportement normatif de l'Etat, du fait de l'incompatibilité de son droit interne (2).

1. Contre-mesures et actes juridiques contraires

Une contre-mesure efficace devra consister en une suspension de concessions ou d'autres obligations, le temps que l'Etat récalcitrant rende son droit interne compatible avec les Accords de l'O.M.C. L'O.R.D. est tenu aux mêmes limites que les Etats en droit international général : il ne s'agit que d'une « suspension », par essence temporaire et réversible ; en outre, son niveau doit

¹⁸⁶² C.D.I., *Projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité*, préc., art. 49.

¹⁸⁶³ Voir, sur le caractère exclusif des contre-mesures autorisées par l'organisation, le rapport du groupe spécial dans l'affaire précitée de la *Section 301* : Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, préc.

¹⁸⁶⁴ Mémoire d'accord sur le règlement des différends, art. 22. 6.

être « équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages »¹⁸⁶⁵, autrement dit proportionnelle au dommage. Par exemple, les arbitres convoqués en vue d'autoriser des suspensions de concessions dans les affaires *CE – Bananes III*¹⁸⁶⁶ et *CE – Hormones*¹⁸⁶⁷ ont eu à traiter d'obstacles classiques à l'accès au marché par des règles internes exécutoires, posant des droits de douane, contingents et autres restrictions à l'importation. Leur rôle principal était donc de quantifier le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subi par l'Etat requérant l'autorisation de prendre des contre-mesures, afin d'adapter celles-ci. Ce calcul a pour point de repère classique l'« effet sur le commerce » des dispositions internes, sans que soit réellement prise en compte la multitude de cas d'exécutions individuelles, avérées ou à venir. En elle-même, une loi immédiatement exécutoire a un effet défavorable sur le commerce international, quantifiable. Si l'Etat qui en est l'auteur refuse de l'abroger – si ce n'est l'annuler – des contre-mesures individuelles à son encontre sont donc envisageables.

2. Contre-mesures et règles non conformes ou incompatibles

Des contre-mesures sont-elles en revanche envisageables afin de mettre en œuvre la « responsabilité » d'un Etat auteur de la violation d'une obligation de comportement normatif ? La proportionnalité serait l'obstacle majeur s'élevant contre des représailles en ces circonstances. Quelle mesure, *a priori* illicite, serait proportionnelle à cette violation platonique du droit ? Nous suivrons toujours l'exemple de la pratique des contre-mesures dans le droit de l'O.M.C., et particulièrement celui de l'autorisation des Communautés européennes de prendre de telles représailles à l'encontre des Etats-Unis dans l'affaire de la *Loi antidumping de 1916*.

Il faut en premier lieu exclure du champ de cette étude des comportements licites, simplement inamicaux, qui ne relèvent pas à proprement parler des contre-mesures mais des rétorsions. Bien que ce terme soit fréquemment utilisé pour désigner les « suspensions de concessions » qui peuvent être opérées si les recommandations de l'O.R.D. ne sont pas mises en œuvre dans le délai imparti, il s'agit en réalité de réelles mesures de représailles. Ces suspensions sont d'ordinaire des comportements illicites, que seul l'objectif d'exercer une pression sur l'Etat récalcitrant justifie. Au contraire, une rétorsion n'a pas ce caractère et ne nécessite aucune

¹⁸⁶⁵ Mémoire d'accord sur le règlement des différends, art. 22. 4.

¹⁸⁶⁶ Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22. 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décision des arbitres du 9 avril 1999, *C.E. - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB.

¹⁸⁶⁷ Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22. 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décision des arbitres du 12 juillet 1999, *C.E. - Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/ARB.

autorisation préalable. Dans l'affaire qui nous occupe, les Etats-Unis disposaient d'une loi antidumping incompatible avec l'accord sur les mesures éponymes, qu'ils ne rendirent pas compatible dans le délai qui leur fut imparti. Les Communautés européennes décidèrent en réaction de se doter d'un règlement dit « de blocage », qui dispose notamment que les décisions des juridictions américaines appliquant la loi litigieuse ne seront pas reconnues ni rendues exécutoires. Il autorise en outre les sujets internes de la Communauté à recouvrer toute dépense occasionnée par l'application de cette loi auprès de l'entité à l'origine de la plainte, en exigeant si besoin la saisie et la vente des avoirs du défendeur¹⁸⁶⁸. Ce règlement ne peut être considéré comme une contre-mesure : n'ayant aucun effet extraterritorial, il se contenterait de limiter les effets, au sein de la Communauté, d'une éventuelle application de la loi incompatible. Il n'a en lui-même aucun caractère illicite – il est parfaitement admis de ne pas reconnaître, dans son propre ordre juridique, les effets d'une loi étrangère habilitant à une violation du droit international. La mesure est donc une simple rétorsion¹⁸⁶⁹. Elle n'opère aucun blocage réel de la loi de 1916, qui peut toujours être appliquée par les Etats-Unis, et ne constitue certainement pas une pression efficace sur ces derniers.

La suspension de concessions, quant à elle, serait illicite si elle n'était pas autorisée par l'O.R.D. en réponse au non-respect de ses recommandations. Elle doit être, dans la mesure du possible, équivalente à l'annulation ou la réduction d'avantages causée par la violation. Or on avait déjà soulevé la difficulté d'une telle évaluation : le dommage causé par la violation de l'obligation de comportement normatif, purement juridique, ne s'y prête pas. Si le point de repère classique du calcul des arbitres est l'« effet sur le commerce » de la mesure initiale, force est de constater qu'il est en l'occurrence nul. Pour autant, les arbitres dans l'affaire de la *Loi antidumping de 1916* ont refusé de considérer, comme les Etats-Unis les y invitaient, que le dommage causé par ladite loi était égal à « zéro »¹⁸⁷⁰. Ils ont donc admis que la quantification de l'annulation ou de la diminution d'avantages pouvait aller au-delà de l'effet sur le commerce de la loi¹⁸⁷¹. Cet effet sur le commerce n'a pas à être direct, et peut être causé par l'application de cette législation incompatible. Que dire toutefois à propos d'une loi inappliquée ? Les arbitres s'appuient sur le

¹⁸⁶⁸ Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décision des arbitres du 24 février 2004, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/ARB, § 3.16.

¹⁸⁶⁹ Il n'entre ainsi pas dans le mandat des arbitres d'en connaître, *ibid.*, § 3.19.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, § 5.48.

¹⁸⁷¹ Pour une confirmation de cette position, voir : Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décision de l'arbitre du 31 août 2004, *Etats-Unis - Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/ARB/BRA, WT/DS217/ARB/CHL, WT/DS217/ARB/EEC, WT/DS217/ARB/IND, WT/DS217/ARB/JPN, WT/DS217/ARB/KOR, § 3.69-3.72.

rapport du Groupe spécial constitué dans cette affaire, confirmé par l'Organe d'appel, qui constataient que la loi de 1916 annulait ou compromettait des avantages découlant pour les Communautés européennes des Accords de l'O.M.C. Ainsi, seule la question de l'évaluation de cette annulation ou réduction d'avantage se poserait, et non son existence. Cette référence ne nous semble pas vraiment pertinente puisque, devant le groupe spécial initial, il n'est jamais question d'évaluer un dommage à réparer mais uniquement de déterminer si une mesure étatique est ou non contraire aux Accords. L'annulation ou la diminution d'avantages est présumée dès lors qu'un comportement illicite est soulevé devant l'O.R.D., sans que cela présage un quelconque dommage quantifiable. Les arbitres dans l'affaire dite de *l'Amendement Byrd* vont en ce sens : aucune présomption d'annulation ou de réduction d'avantages ne peut jouer au stade qui nous occupe, car celle-ci vise uniquement à minimiser le rôle de l'intérêt pour agir au sein du mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C., selon l'article 3. 8 du Mémoire d'accord. L'avantage annulé ou compromis ne se confond pas avec la violation, et doit être établi de manière distincte¹⁸⁷². Après ce premier obstacle, vient le second : quand bien même un avantage serait annulé ou compromis par une seule législation incompatible, comment l'évaluer dans une démonstration économique ? A propos de l'Amendement Byrd, qui quant à lui était déjà appliqué, les Etats-Unis s'opposaient à ce qu'on prenne en considération ces cas d'application puisque la loi avait, seule, été jugée incompatible en premier lieu. Les arbitres n'acceptent pas cette argumentation : l'application d'une mesure incompatible réalise nécessairement une violation du droit international, et peut être prise en considération comme effet « indirect » sur le commerce. En ce qui concerne la loi antidumping de 1916 *in abstracto*, c'est également aux cas d'application que les arbitres entendent se référer. Leur raisonnement est quelque peu déroutant. Certes, le dommage n'est pas « zéro », mais il n'est pas « quelque chose » non plus puisque seuls des jugements en application de la loi américaine pourraient être pris en compte dans cette évaluation. Or, on le répète, elle était encore inappliquée¹⁸⁷³. Les arbitres refusent également d'évaluer un dommage sur la base de « l'effet de refroidissement » exercé par la loi : une telle demande « relèverait trop de la spéculation et serait trop ténue »¹⁸⁷⁴. Ce jugement peut être généralisé à l'ensemble de notre raisonnement sur les contre-mesures en réaction à la violation d'obligations de comportement normatif : un simple *risque* n'est pas quantifiable, il est donc impossible de déterminer une mesure de représailles, notamment économique, qui puisse être proportionnelle aux conséquences d'une telle violation. Seule une contre-mesure *réiproque* sera accordée par la décision finale des arbitres. Reprenant l'ensemble du raisonnement, ils

¹⁸⁷² *Ibid.*, § 3.37-3.56

¹⁸⁷³ *Ibid.*, § 5.58-5.63.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*, § 5.69.

mettent de nouveau le doigt sur le paradoxe d'une violation issue de l'état d'une règle interne sensée avoir causé un dommage. La loi n'ayant pas été appliquée, rien ne peut entrer dans son calcul. Il devrait donc être considéré comme inexistant ou, plus justement, purement juridique¹⁸⁷⁵. Un tel dommage permet-il de prendre des mesures d'exécution à l'encontre de l'Etat qui en est responsable ? Les arbitres ne reviennent absolument pas sur cette admissibilité de principe : la loi ayant été déclarée incompatible, et les Etats-Unis ne l'ayant pas modifiée dans le délai imparti, les Communautés sont en droit de prendre des contre-mesures. Les arbitres mettent alors en exergue que le risque que cette loi fait courir aux Communautés ne peut être « gelé dans le temps » ; autrement dit, un jugement antidumping en application de la loi de 1916 peut toujours intervenir. Chaque condamnation par un tribunal américain d'une entité communautaire à verser des dommages-intérêts sur le fondement de la loi 1916 constituerait la proportion de la contre-mesure¹⁸⁷⁶. Le conditionnel employé¹⁸⁷⁷ est symptomatique. A violation platonique, contre-mesure platonique : la loi de 1916 étant incompatible « en tant que telle » avec les règles de l'O.M.C., les Communautés européennes sont autorisées à suspendre des obligations de façon concomitante à chaque application de cette dernière, autrement dit à adopter une *législation symétrique*¹⁸⁷⁸. Le risque que fait courir une loi habilitant les organes internes à violer le droit international trouve en réponse le risque d'une contre-mesure concrète.

La situation relève véritablement de la dissuasion. L'Etat auteur d'une législation incompatible était-il vraiment dans l'obligation de modifier son droit interne ? Une chose est certaine : la simple interdiction de ses organes d'user de l'habilitation en question le protégerait des effets de la contre-mesure ici autorisée. Si les Etats-Unis avaient modifié en ce sens leur loi, nul doute qu'aucune contre-mesure n'aurait pu être autorisée. L'uniformisation ne vise définitivement pas l'habilitation des organes en elle-même mais bien son usage, et son interdiction suffit à l'extraire de tout litige international.

Le mécanisme de l'O.M.C. nous fournit un bon aperçu de l'obstacle que représente l'exigence de *proportionnalité* de la contre-mesure ; ne pourraient ainsi être prises face à un refus de rendre une règle d'habilitation compatible avec le droit international, que des mesures d'habilitation de ses organes internes d'agir à l'encontre de l'Etat auteur, en cas d'application de cette loi. De telles contre-mesures réciproques n'auraient certainement pas grand intérêt mis à part la garantie du gel de la loi en question. On pourrait toutefois envisager, en droit international

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*, § 6.5

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, § 6.14.

¹⁸⁷⁷ Voir *ibid.*, § 6.17.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*, § 6.17.

général, des mesures plus étendues. Les arbitres ont pu mettre le doigt sur la spécificité du mécanisme de l'O.M.C., dont les suspensions de concessions autorisées n'ont pas pour unique but d'exercer une pression sur l'Etat pour qu'il exécute les recommandations de l'O.R.D.¹⁸⁷⁹, et tendent au moins autant à rééquilibrer les concessions commerciales des acteurs en présence. Autrement dit, elles doivent être plus mesurées car sont prévues pour rééquilibrer les forces, et non exercer une pression.

Un obstacle non évoqué ici, mais découlant de la détermination des avantages annulés ou compromis, était bien entendu la preuve que l'Etat qui entend prendre des contre-mesures est l'*Etat lésé*. Cette difficulté ne se présente plus lorsque les contre-mesures obéissent à une logique collective, exercées par l'organisation internationale et non seulement autorisées par elle.

B. Condition de gravité soumettant les contre-mesures collectives

De nombreuses organisations internationales institutionnalisent un mécanisme de réaction à l'illicite, déclenché en cas de violation persistante et de refus de cessation et de réparation de celle-ci. Seraient-elles adaptées à la mise en œuvre de la responsabilité prospective de l'Etat, pour la violation de son obligation de mise en conformité ou compatibilité de son droit interne ? Malgré une adéquation de façade, une réponse négative devra être apportée : elles semblent en effet être réservées à des cas dont la gravité, concrète, justifie ce type de réaction (1). Elles pourront en revanche être déclenchées en cas de *pratique générale* de violation (2).

1. Des mécanismes inutilisables

Suspension de droits de vote, exclusion de l'organisation.

Pour poursuivre notre parallèle avec le droit du désarmement, des mécanismes de contre-mesures collectives sont prévus en cas de violation de l'obligation restaurer la situation licite. Le TICEN prévoit ainsi les « mesures propres à redresser une situation et à garantir le respect des dispositions du traité, y compris les sanctions »¹⁸⁸⁰. La réaction collective est en effet la suite logique du contrôle de l'exécution des obligations primaires, puis secondaires. Si l'Etat ne remplit pas ces dernières dans le délai fixé, la Conférence des Etats parties pourra restreindre ou suspendre l'exercice de certains de ses privilèges¹⁸⁸¹. Des mesures collectives, de privation ou

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, § 3.73-3.74.

¹⁸⁸⁰ Traité des Nations Unies d'interdiction complète des essais nucléaires, New York, préc.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, article V.2.

diminution de privilèges au sein de l'organisation internationale qui chapeaute un mécanisme d'uniformisation sembleraient parfaitement adaptées. L'incompatibilité du droit interne, par l'insécurité qu'elle apporte, touche un ensemble d'Etats et nécessite davantage une réaction collective de cet ensemble, par le biais de l'organisation internationale.

Ainsi, alors que le Conseil de l'O.A.C.I. statue sur tout différend relatif aux annexes, modèles de réglementation de l'aviation civile, l'Assemblée de l'Organisation peut, si un Etat ne se conforme pas à cette décision, suspendre le droit de vote de cet Etat à l'Assemblée et au Conseil¹⁸⁸². L'O.I.T., dans son objectif d'uniformisation du droit du travail des Etats membres, dispose de voies d'exécution *a priori* utilisables en cas de manquement aux obligations de mise en conformité ou compatibilité des droits internes. En effet, lorsqu'un pays refuse de donner suite aux recommandations d'une Commission d'enquête, le Conseil d'administration peut prendre des mesures en vertu de l'article 33 de la Constitution de l'O.I.T. Cet article prévoit que

« si un Membre quelconque ne se conforme pas dans le délai prescrit aux recommandations éventuellement contenues soit dans le rapport de la commission d'enquête, soit dans la décision de la Cour internationale de Justice, le Conseil d'administration pourra recommander à la Conférence telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations ».

Au sein du Conseil de l'Europe, avant la réforme instaurée par l'entrée en vigueur du Protocole n°14 à la C.E.D.H., l'ultime mesure dont disposait le Comité des Ministres était le recours à l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe, qui permettait la suspension du droit de vote au sein de ce Comité voire l'expulsion de l'Organisation. Il est toutefois douteux que ces mesures, extrêmes, puissent constituer une réaction adaptée au refus d'un Etat d'uniformiser son droit interne. Ces mesures ont en effet un caractère extrême et il est évident qu'elles doivent rester absolument exceptionnelles¹⁸⁸³. Leur utilisation pourrait avoir un effet contre-productif en écartant l'Etat concerné du mécanisme de surveillance de l'organisation et donc de la discipline propre à celle-ci, alors justement qu'il se trouve dans une situation de violation persistante¹⁸⁸⁴.

Recours au Conseil de sécurité

A un degré supérieur, le TICEN prévoit que la Conférence pourra porter une question de manquement devant l'O.N.U.¹⁸⁸⁵ Des contre-mesures prises par le Conseil de sécurité pourraient

¹⁸⁸² *Ibid.*, art. 88.

¹⁸⁸³ Voir, par exemple, Conseil de l'Europe, Rapport explicatif du Protocole n°14, <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm>>, § 100.

¹⁸⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*, article V.4.

être envisagées, essentiellement lorsque les obligations de comportement normatif se superposent à des obligations de *jus cogens*. L'éventualité d'une condamnation du Conseil de sécurité sur le seul fondement de la violation de l'obligation de comportement normatif doit toutefois, à notre sens, être exclue, cet organe réservant ces résolutions à des situations dont la gravité est susceptible de porter atteinte à la paix et à la sécurité internationales. Nous illustrerons ces propos par l'exemple du T.P.I.Y., lequel peut demander à cette instance de condamner par résolution l'attitude d'un Etat en violation de ses obligations de coopération. Le Président du Tribunal avait rappelé avec force l'obligation qui s'y superposait, de permettre, en droit interne, une pleine coopération judiciaire¹⁸⁸⁶, figurant d'ailleurs au paragraphe 4 de la Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité portant Statut du Tribunal¹⁸⁸⁷. Suite aux refus répétés de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) d'exécuter les mandats d'arrêts qui lui étaient communiqués, la Présidente du Tribunal a, en 1998, fait appel au Conseil du Sécurité, relevant que « la République fédérale est le seul signataire de l'Accord de Dayton à n'avoir ni adopté aucune législation pour faciliter la coopération avec le Tribunal international ni pris aucune mesure pour remettre au Tribunal les accusés se trouvant sur son territoire. »¹⁸⁸⁸. Elle renouvelle cet appel un mois plus tard, appuyant sur le fait que

« ce gouvernement n'a pas tenu compte de la décision du Conseil de sécurité suivant laquelle tous les États doivent adopter la législation nécessaire pour donner suite aux dispositions de la résolution 827 (1993) et du Statut du Tribunal international. Il est le seul des signataires de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine à n'avoir ni adopté une législation de ce genre, ni remis à la garde du Tribunal international ces accusés sur son territoire. »¹⁸⁸⁹

Répondant à ces lettres, le Conseil de sécurité s'est toutefois gardé de condamner fermement la violation de l'interdiction d'incompatibilité du droit interne yougoslave. Au sujet de l'uniformisation, sa résolution se contente en effet de « (d)emande(r) à nouveau » à cet Etat de prendre les mesures internes nécessaires à l'application des mandats d'arrêts, affirmant de manière ambiguë « qu'un Etat ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour

¹⁸⁸⁶ T.P.I.Y., Décision du Président du Tribunal du 3 avril 1996, *Affaire Blaskic*, R.G.D.I.P., 1996, p. 1151-1159. Cette décision avait été prise à l'encontre de la Croatie.

¹⁸⁸⁷ Le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, décide que « tous les Etats apporteront leur pleine coopération au Tribunal international et à ses organes, conformément à la présente résolution et au Statut du Tribunal international et que tous les Etats prendront toutes mesures nécessaires en vertu de leur droit interne pour mettre en application les dispositions de la présente résolution et du Statut, y compris l'obligation des Etats de se conformer aux demandes d'assistance ou aux ordonnances émanant d'une chambre de première instance en application de l'article 29 du Statut », Conseil de sécurité, résolution du 25 mai 1993, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, préc.

¹⁸⁸⁸ T.P.I.Y., Lettre de la Présidente du Tribunal au Conseil de sécurité du 8 septembre 1998, S/1998/839, p. 2.

¹⁸⁸⁹ T.P.I.Y., Lettre de la Présidente du Tribunal au Conseil de sécurité du 23 octobre 1998, S/1998/990, p. 2.

refuser de s'acquiescer d'obligations impératives que lui impose le droit international »¹⁸⁹⁰, comme s'il s'agissait seulement d'un principe de non-exclusion de responsabilité, sans constituer une obligation indépendante. La seule condamnation prononcée par la résolution sera ainsi relative à la violation persistante de l'obligation de comportement opératif requérant d'exécuter les mandats d'arrêt du Tribunal international¹⁸⁹¹. Si le Statut de Rome prévoit, dans son article 87, que la Cour peut, en cas de manquement d'un Etat à son obligation de coopération, en référer à l'Assemblée des Etats Parties ou au Conseil de sécurité, il est ainsi douteux qu'une condamnation de l'une ou l'autre de ces instances puisse porter directement sur la violation de l'obligation d'uniformiser le droit interne pour exercer une pression sur ce dernier.

Arrêt en manquement et éventuelle sanction financière

Soumises à un degré de gravité suffisant, les mesures de réaction collective à l'illicite ci-dessus présentées semblent peu adaptées à la mise en œuvre d'une éventuelle responsabilité de l'Etat dans le cas qui nous occupe. La Commission européenne, dans sa mission de surveillance de l'exécution des obligations communautaires des Etats membres, est quant à elle dotée de la compétence d'astreindre l'Etat, par une sanction financière, à entrer de nouveau dans le chemin de la légalité communautaire. Cette mesure semble détachée de toute gravité particulière de la violation initiale, et simplement déclenchée en cas de *persistance* de celle-ci. Ce procédé d'astreinte serait le seul réellement à même de mettre en œuvre l'obligation secondaire de l'Etat de rendre son droit compatible avec ses obligations internationales. Aucune autre organisation internationale ne prévoit toutefois de mécanisme aussi poussé. Si cette solution a été envisagée lors de la dernière réforme de la C.E.D.H., cette dernière n'a pas été aussi loin, répondant à un refus général de modifier l'équilibre institutionnel du Conseil de l'Europe¹⁸⁹² et sa nature bien plus interétatique que fédérative. Le Comité des Ministres a toutefois vu ses compétences élargies dans un souci de garantir l'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg. Ainsi, il est habilité, au titre de l'article 46.4 de la C.E.D.H., à saisir la Cour d'un recours en manquement contre un Etat qui faillirait à ses obligations secondaires, après l'avoir mis en demeure. Si la Cour ne peut prononcer de pénalité financière, le risque d'un arrêt prononcé par la Grande chambre semble exercer une pression suffisante sur les Etats¹⁸⁹³. Mais, encore une fois, cette procédure est réservée à des

¹⁸⁹⁰ C.S.N.U., résolution du 17 novembre 1998, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* S/RES/1207 (1998), § 2.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, § 3.

¹⁸⁹² En ce sens : SICILIANOS (L.-A.), « La réforme de la réforme du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 637.

¹⁸⁹³ Voir Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, préc., § 99.

« situations exceptionnelles »¹⁸⁹⁴. Le Conseil de l'Europe considère que sa « simple existence » et « la menace d'y avoir recours devraient avoir un nouvel effet incitatif efficace quant à l'exécution des arrêts de la Cour »¹⁸⁹⁵, et donc sur la modification du droit interne incompatible au titre de la cessation de l'illicite et des garanties de non-répétition. Le professeur Sicilianos soulève le risque d'effet « boomerang » de cette procédure, qui renvoie *in fine* la question à la Cour. Si cette dernière, contre l'avis du Comité des Ministres, estime que l'exécution est correcte, ce dernier sera dessaisi et ne jouera plus aucun rôle. Il y aurait dès lors une remise en cause de sa fonction¹⁸⁹⁶. Le mécanisme, il faut le reconnaître, est moins efficace et procède d'une logique différente de celui établi en droit communautaire.

Des contre-mesures ne semblent pas pouvoir être déclenchées dans le but de presser un Etat de remplir ses obligations secondaires, si tant est qu'elles existent, en matière d'uniformisation. Cette exigence de gravité pour faire appel à des voies d'exécution collectives est également un obstacle posé à la réaction à la violation d'une obligation de comportement opératif de l'Etat, dans un cas isolé. Elles seraient en revanche adaptées à des violations *répétées*, et, *a fortiori*, *systématiques* – autrement dit, une *pratique* de violation. L'incompatibilité du droit interne, *in abstracto*, et le refus de modification de celui-ci par l'Etat, ne peuvent en tant que tels déclencher des contre-mesures ; une application isolée, violation dans un cas individuel d'une obligation de comportement opératif, et refus de réparation subséquent de l'Etat auteur, ne peut non plus être considérée comme une circonstance exceptionnelle les justifiant. C'est en définitive la seule combinaison d'une habilitation de droit interne, coutumière ou non, donnant lieu à une pratique de violation du droit international qui ouvrira les voies d'exécution les plus larges.

2. *Contre-mesures collectives et pratique de violation*

En cas de pratique étatique de violation internationale, l'Etat auteur se voit imposer, au titre d'obligations secondaires, de multiples obligations de *restitution in integrum* des situations individuelles, de même qu'un renforcement de son obligation de comportement normatif au titre de garantie de non-répétition. Si cet Etat persiste dans son refus de respecter le droit international, à ce stade, les contre-mesures exposées précédemment pourront avec certitude être déclenchées. Le manquement à l'obligation relative à la compatibilité du droit interne ne permet

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, § 100.

¹⁸⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁹⁶ SICILIANOS (L.-A.), « La réforme de la réforme du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 638.

pas en lui-même d'ouvrir ces voies d'exécution, mais le permet, lorsque lui sont rattachés de multiples cas d'application, faits internationalement illicites dans des cas individuels.

Le cas des mesures adoptées envers le Myanmar par l'O.I.T. en est l'illustration flagrante. L'article 33 a été utilisé pour la première fois dans l'histoire de l'Organisation en 2000, lorsque le Conseil d'administration a demandé à la Conférence internationale du Travail de prendre des mesures pour amener le Myanmar à mettre fin à l'utilisation du travail forcé. Il a alors véritablement servi d'instrument de contrainte, permettant de sortir d'un véritable blocage né d'un refus persistant de mise en œuvre d'une Convention de l'O.I.T.¹⁸⁹⁷ En 1996, une plainte en vertu de l'article 26 de la Constitution avait été déposée contre ce pays pour violation de la Convention sur le travail forcé et la Commission d'enquête qui avait été nommée avait constaté « une utilisation généralisée et systématique » du travail forcé dans le pays. La Conférence a répondu favorablement à cet appel, et, rappelant les obligations du Myanmar, décide que son gouvernement cessera de bénéficier de la coopération technique ou de l'assistance de l'O.I.T., et ne recevra plus d'invitation de l'organisation¹⁸⁹⁸. Le Conseil reste ensuite saisi de la question, et contrôle régulièrement si les mesures énoncées par la Conférence sont toujours nécessaires, autrement dit si l'Etat est enfin rentré dans le droit chemin. Devant une résistance, le Conseil recommande à la Conférence d'intensifier les mesures prises¹⁸⁹⁹ : demander à l'ensemble des Etats membres de ne pas contribuer, par leurs relations entretenues avec cet Etat, à la persistance du travail forcé, et faire des rapports réguliers au Conseil d'administration¹⁹⁰⁰ ; informer les organisations internationales de ce manquement et mettre fin à toute coopération avec le Myanmar susceptible d'entretenir le travail forcé¹⁹⁰¹ ; demander l'appui du Conseil économique et social et de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁹⁰². La Conférence internationale du travail approuve en principe toutes ces propositions, dans une résolution de 2000 avec une réserve temporelle. Elle

« (d)écide que ces mesures prendront effet le 30 novembre 2000 sauf si, avant cette date, le Conseil d'administration a pu se convaincre que les intentions manifestées par le ministre du Travail du Myanmar dans sa lettre du 27 mai se

¹⁸⁹⁷ En ce sens, MAUPAIN (F.), « Persuasion et contraintes aux fins de la mise en œuvre des normes et recommandations de l'O.I.T. », *op. cit.*, p. 691.

¹⁸⁹⁸ Conférence internationale du travail, Résolution de juin 1999, *Recours généralisé au travail forcé au Myanmar*, CIT87, <<http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc87/com-myan.htm>>, §3 b) et c).

¹⁸⁹⁹ Conseil d'administration, décision de mars 2000 prise en réponse à la sixième question à l'ordre du jour, 277^e session, *Mesures, y compris action en vertu de l'article 33 de la Constitution de l'OIT, pour assurer l'application par le gouvernement du Myanmar des recommandations de la commission d'enquête chargée d'examiner la plainte concernant l'exécution par le Myanmar de la convention (n°29) sur le travail forcé, 1930*, GB.277/6 (Add.1 et Add.2).

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*, recommandation b).

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, recommandation c).

¹⁹⁰² *Ibid.*, recommandation d).

sont traduites en un dispositif d'ensemble législatif, gouvernemental et administratif suffisamment concret et détaillé pour montrer que les recommandations de la commission d'enquête ont été mises en œuvre, et que l'application de l'une ou de plusieurs de ces mesures devienne de ce fait inappropriée. »¹⁹⁰³

Elle laisse donc, de nouveau, un délai à l'Etat récalcitrant, mais insiste en prenant ces contre-mesures collectives sur la nécessité de prendre des mesures législatives en droit interne. Pourtant nul doute que la situation ne relevait pas exclusivement d'un problème d'uniformisation du droit. Le Myanmar avait d'ailleurs, assez tôt, adopté des mesures législatives satisfaisantes, *in abstracto*. On touche ici à la limite de l'uniformisation, qui, destinée à garantir le respect du droit international, ne fait ici rien d'autre que jeter un voile de fumée au-dessus d'une pratique générale de violation. La production d'actes juridiques internes compatibles avec le droit international n'a de sens que dans le cadre d'un *Etat de droit*. Loin de poursuivre cette uniformisation, c'est en définitive en raison de l'absence de cet Etat de droit au Myanmar que les organes de l'O.I.T. ont intensifié leur action.

¹⁹⁰³ Conférence internationale du travail, résolution du 14 juin 2000, *Mesures recommandées par le Conseil d'administration au titre de l'article 33 de la Constitution de l'OIT au sujet du Myanmar*, 88^e session, mai-juin 2000, CIT 88, al. 2.

CONCLUSION GENERALE

L'importance de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, lorsque celle-ci est engagée du fait de son droit interne, doit être soulignée. On peine en effet parfois à déceler, suite à un tel fait internationalement illicite, une véritable obligation secondaire mise à la charge de l'Etat. En effet, dans l'ensemble des cas où une norme interne est en cause, qu'elle soit individuelle ou générale, des assouplissements au droit de la responsabilité sont apportés. Ces assouplissements sont certes peu notables dans le cas de certaines normes, qui pouvaient être immédiatement exécutées dans des cas individuels. Leur création, par la production d'un acte juridique déterminé, est en effet considérée comme la violation déjà parfaite d'obligations internationales requérant pourtant la réalisation de situations individuelles. Le droit international occulte ainsi leur véritable nature de *norme*, qui ne réalise rien de concret, et veut seulement agir.

Toutefois, même si les conséquences traditionnelles de l'illicite étaient applicables en théorie, à savoir l'obligation d'effectuer une *restitutio in integrum* à la charge de l'Etat, il était difficile de reconnaître, systématiquement, une véritable obligation d'annulation de l'acte dont la production constituait le fait internationalement illicite, spécialement si l'acte en question était une règle de droit. Au-delà, lorsque *l'état* des règles internes était en question, la responsabilité de l'Etat au sens strict, même assouplie, n'avait simplement plus lieu d'être. Comment en effet revenir sur cet *état du droit*, produit du comportement normatif global de l'Etat, et non nécessairement fruit de la production d'un acte juridique déterminé ? C'est ainsi une responsabilité d'ordre purement prospectif qui est attachée à un tel fait internationalement illicite, dont le contenu n'est rien de plus qu'un renforcement, voire une simple réitération de l'obligation primaire de l'Etat : assurer pour l'avenir l'état du droit interne requis par le droit international. A une violation *platonique* du droit – elle existe bel et bien, n'est pas potentielle ni virtuelle, mais n'a pourtant rien de « charnel » – répond ainsi une responsabilité au contenu évanescent. Ce qui pèse sur l'Etat est alors essentiellement le poids que constitue la reconnaissance, et donc la mise au grand jour, de sa violation par une juridiction internationale, ainsi que le contrôle de son activité normative, technique de mise en œuvre du droit international parfaitement adaptée en l'espèce.

Cette mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait de son droit interne *in abstracto* a exclusivement lieu dans des domaines matériellement spécifiques du droit international : droit du commerce international, droits de l'homme, droit du travail. Il ne faut toutefois pas stigmatiser

une opposition entre un droit « spécial » opposé au droit international « général », matériellement parlant, mais plutôt reconnaître qu'un droit international sensiblement différent puisse être appliqué selon le mécanisme dans le cadre duquel on se trouve. Les solutions retenues par la C.I.J. et son ancêtre reflètent un droit international « classique », quelle que soit la matière à laquelle ces principes sont appliqués. En revanche, les organes tels que la Cour européenne ou interaméricaine des droits de l'homme, l'O.R.D. de l'O.M.C., ou encore les Commissions de l'O.I.T. s'affranchissent nettement de ce carcan pour adopter des solutions plus modernes, en réponse à la question du conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat. La reconnaissance d'obligations primaires de comportement normatif, relatives à l'état du droit interne, a ainsi été rendue possible par les nouvelles règles contentieuses auxquelles ces organes obéissent, ainsi que par les techniques plus développées de mise en œuvre du droit international dont ils disposent.

Malgré tout, les directives adoptées ne remettent pas en cause les principes généraux de l'ordre juridique dans lequel ces mécanismes sont ancrés. Ainsi le droit international ne pourra dicter aux Etats leur organisation constitutionnelle. On touche alors à la limite des obligations de comportement normatif, lesquelles ne porteront normalement pas sur l'état des règles internes y relatives. Elles restent de véritables prescriptions de comportement et, même si elles aboutissent à un résultat proche de l'énoncé d'un principe de légalité internationale du droit interne, n'en sont qu'un succédané. Le droit interne *stricto sensu* n'entre jamais qu'en conflit avec les *obligations* de l'Etat et non véritablement avec le droit international.

L'uniformisation du droit est-elle vraiment adaptée lorsqu'elle vise l'état des règles juridiques d'un Etat qui dispose d'une Constitution au sens matériel du terme, et reconnaît dans celle-ci la primauté des règles de droit international auxquelles il s'engage ? Exiger de lui qu'il tourne tout entier son droit interne au service du respect de ses obligations internationales ne semble pas une préoccupation essentielle.

Un certain état des règles juridiques internes est toutefois requis avec force lorsque des enjeux fondamentaux sont en cause, preuve que ces obligations sont tout de même liées à un certain domaine *matériel*. Ainsi, alors que les obligations de comportement normatif les plus connues et les plus anciennes, à savoir celles dites de « droit uniforme » du droit international privé, sont énoncées clairement dans des conventions depuis longue date, nulle « reconnaissance » par le juge n'étant véritablement nécessaire pour confirmer leur objet, jamais

leur violation ne porte à conséquence visible sur le plan interétatique. Comme si elles étaient extérieures aux canaux du droit international public, leur respect semble peu intéresser les Etats. Hormis une certaine sécurité juridique des relations privées, l'uniformisation du droit interne a ici des conséquences moins essentielles, moins vitales que dans d'autres domaines. Ainsi, un certain état des règles internes pourra garantir une prévisibilité des échanges commerciaux internationaux, et influencer sur l'économie mondiale. Au-delà, cet état normatif pourra permettre de prévenir la violation de règles qui constituent un ordre public, si ce n'est véritablement international, au moins régional. L'importance des questions traitées par les juridictions ou quasi-juridictions internationales contribue donc fortement à les faire s'affranchir des solutions traditionnellement admises.

Alors l'exigence d'une certaine sécurité juridique en droit interne, au travers des obligations de comportement normatif, apparaît sous un autre jour. La jurisprudence de la Cour européenne s'applique en effet aux Etats membres du Conseil de l'Europe, lesquels – sauf exception temporaire qui peut d'ailleurs mener à l'exclusion de l'organisation – doivent au moins répondre au modèle de l'Etat de droit, qui n'est pas imposé mais joue comme une condition d'admission. Le droit international ne peut certes dicter à un Etat son organisation constitutionnelle ; il peut toutefois supposer le constitutionnalisme en droit interne. Voilà pourquoi les solutions les plus audacieuses en matière de détermination internationale du droit interne sont avancées dans le cadre du contentieux interaméricain, lequel traite presque exclusivement de violations graves et massives des droits de l'homme, contrairement à son homologue européen. L'exigence d'un état des règles internes internationalement déterminé peut ainsi apparaître comme une réponse du droit international, malheureusement bien mal adaptée, à une défaillance générale de l'Etat. Voilà encore pourquoi les violations des obligations de comportement normatif du Myanmar, portées devant l'O.I.T., ont donné lieu aux conséquences qu'on a pu évoquer. L'accent était avant tout mis sur le respect, concret, de l'interdiction du travail forcé dans cet Etat, forme d'esclavagisme moderne, l'adaptation du droit interne aux exigences de la convention n'étant qu'un moyen d'en empêcher la violation systématique et de garantir, pour l'avenir, que de tels faits ne se reproduisent plus.

Exiger un certain état du droit envers un Etat non démocratique apparaît cependant totalement vain, puisque le gouvernement ne sera pas soumis à la règle de droit. C'est pourquoi l'uniformisation, aux fins de prévenir des violations massives du droit international va, dans des cas extrêmes, consister en une obligation de rétablir, plus largement, *l'Etat de droit*. Ce qui est

exigé dans le cas du Myanmar, l'est à la suite d'une pratique générale de violation d'une norme fondamentale du droit international : l'interdiction de l'esclavage. Dans cette hypothèse exceptionnelle, où le risque de violation des obligations de comportement opératif de l'Etat est accru et généralisé par une pratique en ce sens, les obligations de comportement normatif dépassent les limites d'ordinaire admises. Il ne s'agit toutefois pas, à notre sens, d'une rupture dans la conception de la souveraineté des Etats. L'Etat de droit est aujourd'hui considéré comme un « standard », un « attribut nécessaire de l'organisation politique » des Etats¹⁹⁰⁴. S'il est vrai que le droit international est, traditionnellement, indifférent à cette organisation politique, qui « constitue » l'Etat, reste que l'apparition d'un Etat sur la scène internationale est subordonnée à l'existence d'une telle organisation. A ce niveau se mêlent les dimensions internes et externes de l'Etat. Peut-on en effet concevoir un Etat souverain en droit international, sans Constitution démocratique ? Il appartient aujourd'hui à l'essence même d'une Constitution de limiter le pouvoir. Autrement dit, un Etat non démocratique pourrait être considéré comme n'ayant *aucune* organisation *constitutionnelle* du pouvoir. Il ne s'agirait pas d'une question de nature de l'organisation, mais uniquement de son existence. Ce point de vue entre dans l'extension de la mouvance d'interdiction du recours à la force des relations internationales vers le droit interne. On sait que des conflits internes peuvent être considérés comme des atteintes à la paix et à la sécurité internationales ; il serait aisé de considérer aujourd'hui, dans cette perspective, qu'il est interdit d'user de la force comme moyen d'organisation politique¹⁹⁰⁵. « Bridant la puissance des Etats en la coulant dans le moule du droit, aussi bien dans l'ordre externe que dans l'ordre interne, l'Etat de droit est conçu comme un moyen de pacification de leurs relations mutuelles » selon J. Chevallier. Cet Etat de droit est à la fois un pré-requis de l'uniformisation du droit interne, et son objectif final. Loin de constituer une soumission de l'Etat, l'exigence de l'Etat de droit intégrerait la définition même de sa souveraineté.

¹⁹⁰⁴ CHEVALLIER (J.), « Etat de droit et relations internationales », *A.F.R.I.*, 2006, vol. VII, p. 4-17.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 11.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

En droit général puis en droit spécial, présentés par ordre alphabétiques, les écrits dont la lecture nous a été particulièrement utile.

I. DROIT GENERAL

A. COURS, MANUELS

Monographies

- ALLAND (D.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, 807 p.
- ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 1929, 534 p.
- BONNARD (R.), *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1926, 555 p.
- BOWETT (D.W.), *The Law of International Institutions*, Londres, Stevens, 1982, XV-431 p.
- BROWNLIE (I.), *Principles of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, XXXI-646 p.
- CASSESE (A.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, LIII-558 p.
- CASSESE (A.), *International Law*, Oxford, University Press, 2001, 469 p.
- CAVARE (L.), *Le droit international public positif*, vol. 2, Paris, Pedone, 1^{re} éd., 1951, 668 p.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, vol. I, Paris, Montchrestien, 14^e éd., 2000, 1399 p.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 12^e éd., 2006, 1489 p.
- COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2010, XXVI-820 p.
- COMBACAU (J.), THIERRY (H.), SUR (S.), VALLEE (Ch.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 1986, XIX-789 p.
- DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.) (NGUYEN QUOC DINH +), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 8^e éd., 2009, 1709 p.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit, le problème de l'Etat*, vol. I, Paris, Boccard, 3^e éd., 1927, XIX-763 p.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat.*, vol. II, Paris, Boccard, 3^e éd., 1928, 888 p.
- EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif (Cours donnés de 1948 à 1973 à la Faculté de Droit de Paris)*, Paris, L.G.D.J., 2 vol., 1982 et 1983, 788 et XXIV-908 p.
- FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 6^e éd., 2010, X-568 p.
- GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., tome I, 592 p., tome II, 592 p.
- JENNINGS (R.), WATTS (A.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992, 9^e éd., XIII-1333 p.

SCELLE (G.), *Précis de droit des gens. Principes et systématique, Partie I : Introduction. Le milieu intersocial*, Paris, Sirey, 1932, 312 p., réimpression : Paris, Dalloz, 2008, XV-312 p.

SCHWARZENBERGER (G.), *International Law - International Law as Applied by International Courts and Tribunal*, vol. I, Londres, Stevens & Sons Limited, 3^e éd., 1957, XLVIII-808 p.

SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2^e éd., 1997, 578 p.

VATTEL (E. de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Livre I, Carnegie Institution of Washington, 1916 (reproduction de : Londres (texte imprimé), 1758), LIX-541p.

VEDEL (G.), DELVOLLE (P.), *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^e éd., 1992, t. 1, 716 p.

Articles

BASDEVANT (J.) « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1936-IV, vol. 58, p. 470-692.

BOURQUIN (M.) « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1931-I, vol. 35, p. 1-232.

CANÇADO TRINDADE (A.) « International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium », *R.C.A.D.I.* 2005, vol. 316 p. 9-940 et vol. 317 p. 9-312.

FITZMAURICE (Sir G.), « The General Principles of International Law Considered from the Stand Point of the Rule of Law », *R.C.A.D.I.*, 1957-II, vol. 92, p. 1-227.

JIMENEZ DE ARECHAGA (M.), « International law in the past third century », *R.C.A.D.I.*, 1978-I, vol. 159, p. 1-343.

LAUTERPACHT (H.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1937-IV vol. 62, p. 94-422.

B. ECRITS SPECIALISES

Monographies

ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 p.

AMERASINGHE (C. F.), *State Responsibility for injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, XVI-324 p.

AMERASINGHE (C.), *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Pbl. Ltd, 1990, 410 p.

ANZILOTTI (D.), *La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 5-29 et 285-309.

BEAUD (O.), *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.

BECHILLON (D. de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

- BILGE (S. A.), *La responsabilité internationale de l'Etat et son application en matière d'actes législatifs*, Genève, Thèse n°471, 1950, 164 p.
- BISSONNETTE (P.-A.), *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Genève, thèse n° 91, 1952, VII-185 p.
- BLOCH (C.), *La cessation de l'illicite – Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008, XVIII-673 p.
- BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p.
- BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*. Paris, Dalloz, 2006 (réédition de Delagrave, 1934), 286 p.
- BOWETT (D.W.), *The Law of International Institutions*, Londres, Stevens, 1982, XV-431 p.
- BROYELLE (C.), *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Paris, L.G.D.J., 2003, 454 p.
- CANÇADO TRINDADE (A.A.), *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law – Its rationale in the international protection of individual rights*, Cambridge/Londres/New York/New Rochelle/Melbourne/Sydney, Cambridge University Press, 1982, 443 p.
- CARRE DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Paris, Economica, 1984, X-XVII-228 p.
- CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995, XXI-417 p.
- CHAPPEZ (J.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Thèse de doctorat, Paris, Pedone, 1972, XII-264 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 2010, 158 p.
- COMBACAU (J.), *Droit des traités*, Paris, Que Sais-Je, 1991, 125 p.
- CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international, discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, XIII-696 p.
- COULEE (F.), *Droit des traités et non-réciprocité : recherche sur l'obligation intégrale en droit international public*, Thèse de doctorat, Paris II, 1999, 620 p.
- CREPEAU (P.-A.), *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Québec, Yvon Blais, 1989, XXVI-232p.
- DECENCIERE-FERRANDIERE (A.) *La responsabilité internationale des États à raison des dommages subis par les étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, 279 p.
- DELBEZ (L.), *Les principes généraux du contentieux international*, 1962, Paris, L.G.D.J., 1962, 339 p.
- DELIYANNIS (J.), *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris, L.G.D.J., 1952, 367 p.
- DUMAS (J.), *La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers*, Paris, Sirey, 1930, XVII-477 p.
- EISENMANN (Ch.), *Le droit administratif et le principe de légalité*, Extraits d'études et documents, fascicule XI, Paris, Imprimerie nationale, 1957, p. 22-40.
- EUSTATHIADES (C. T.), *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires*, Paris, Pedone, 1936, réédité à Athènes, Klissiounis, 1959, 454 p. (*Etudes de droit international*, 1929-1959, tome 1, 556 p.

- FREEMAN (A. V.), *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London-New York-Toronto, Longmans, Green and co, 1938, 758 p.
- FROSSARD (), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 1965, 319 p.
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, VII-508 p.
- GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2007, XV-1195 p.
- HAESLER (T.), *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Court and Tribunals*, Leyden, Sijhoff, 1968, 164 p.
- HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, 334 p.
- HAUPAIS (N.), *Le droit international public et l'organisation interne des Etats*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2003, 696 p.
- JACQUE (J.-P.), *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1972, 511 p.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la Reine Rechtslehre par Eisenmann (Ch.) (1^{re} éd. en langue allemande : Franze Dutike, 1934), Paris, L.G.D.J./Bruxelles, Bruylant, 1999, 367 p.
- KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, XLI-756 p.
- LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{re} éd., Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887, T.1, 668 p.
- LAW (C.), *The Local Remedies Rule in International Law*, Genève, Droz/ Paris, Minard, 1961, 153 p.
- MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2005, XII-846 p.
- MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. II, Paris, Monchrestien, 6^e éd., 3 vol. en 4.
- PANAYOTACOS (C. P.), *La règle de l'épuisement des voies de recours internes – En théorie et en pratique*, Marseille, Mouillot, 1952, 117 p.
- PERELMAN (Ch.) (dir.), *Les antinomies en droit*, 1965, Bruxelles, Bruylant, 404 p.
- PERSONNAZ (J.), *La réparation en droit international public*, Paris, Sirey, 1938, 352 p.
- PESCATORE (P.), *L'ordre juridique des Communautés : étude des sources du droit communautaire*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1975, réimpression : Bruxelles, Bruylant, 2006 316-12 p.
- POIRAT (F.), *Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, 506 p.
- RAINAUD (J.-M.), *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, L.G.D.J., 1966, 210 p.
- ROSENAU (J. N.), CZEMPIEL (E.-O.), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992, XII-311 p.
- SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, 2005, Paris, Montchrestien, 584 p.
- SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne – Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, XIV-540 p.

- SCANDAMIS (N.), *Le jugement déclaratoire entre États – La séparabilité du contentieux international*, Paris, Pedone, 1975, 335 p.
- SCANDAMIS (N.), *Le jugement déclaratoire entre États – La séparabilité du contentieux international*, Paris, Pedone, 1975, 335 p.
- SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, traduit de l'allemand par L. Deroche, préface d'O. Beaud, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 1993, 576 p.
- SIMPSON (J. L.), FOX (H.), *International Arbitration Law and Practice*, New York, Frederick A. Praeger, / Londres, Stevens and Sons Ltd., 1959, 330 p.
- SOHN (L. B.) ET BAXTER (R. R.), *Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, Cambridge, Harvard Law School, 1961, VIII-250 p.
- STOLL (J. A.), *L'application et l'interprétation du droit interne par les juridictions internationales*, Bruxelles, U.L.B., 1962, 225 p.
- THEROND (S.), *La notion de condition, contribution à l'étude de l'acte administratif*, Paris, L'Harmattan, 2001, 640 p.
- TRIEPEL (H.), *Droit international et droit interne*, traduction R. Brunet, Paris, Pedone/Oxford, Oxford University press, 1920, VIII-448 p., réimpression : Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2010, avant-propos d'O. Beaud, XXXV-VIII-448 p.
- TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, XIX-813 p.
- VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil (sous la direction de GHESTIN (J.)), Les effets de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2001., VI-819 p.
- VINEY (G.), *Traité de droit civil (sous la direction de GHESTIN (J.)), Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 2006, X-1397 p.
- VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, PUF, 2004, XXII-403 p.
- WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, 361 p.
- WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, PUF (Publication de l'IHEI), 1990, XV-295 p.
- ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, 392 p.

Articles

- AGO (R.), « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939- II, vol. 68, p. 415-554.
- AKEHURST, « Jurisdiction in International Law », *BYBIL*, 1972-1973, p. 145-257.
- AMERASINGHE (C.), « The Formal Character of the Rule of Local Remedies », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, fasc. 3, 1965, p. 445 et s.
- AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *Archives de philosophie du droit*, T. 32, 1987, p. 305-334.
- ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 5-29 et 285-309.

- BERG (O.), « Le dommage objectif », in *Etudes offertes à Geneviève Viney - Liber amicorum*, Paris, L.G.D.J., 2008, LII-919 p., p. 63 et s.
- BIENVENU (J.-J.), « Actes juridiques et classification », *Revue Droits*, 1988-7, p. 21-27.
- BLONDEAU (A.) « La subordination des constitutions aux normes internationales », *Revue de Droit international*, 1932, vol. 1, p. 579-616.
- BORCHARD (E.), « La responsabilité internationale des États à la Conférence de la Codification de la Haye », *R.D.I.L.C.*, 1931, p. 37-60.
- CAHIN (G.), « Les Notions : rapport », S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p., p. 9-52.
- CAVARE (L.), « Les recours en interprétation et en appréciation de validité devant les tribunaux internationaux », *Z.f.a.ö.R.u.V.*, 1954, p. 482-520.
- CHEVALLIER (J.), « Etat de droit et relations internationales », *A.F.R.I.*, 2006, vol. VII, p. 4-17.
- COMBACAU (J.), « Conclusions générales », S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p.
- COMBACAU (J.), « L'acte juridique. Ouverture. » *Revue Droits*, 1988-7, p. 3-10.
- COMBACAU (J.), « Le droit international : bric à brac ou système ? », *A.D.P.*, n°31, 1986, p.85-105.
- COMBACAU (J.), « 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, 1990, XXI-511 p., p. 195-203.
- COMBACAU (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, XXXII-582 p, p. 181-204.
- COMBACAU (J.), ALLAND (D.), « 'Primary' and 'secondary' rules in the law of State responsibility : categorizing international obligations », *N.Y.I.L.*, 1985, p. 81-109.
- COTTEREAU (G.), « Système juridique et notion de responsabilité », S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, 338 p., p. 3-90.
- DECAUX (E.), « Responsabilité et réparation : rapport général », S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, 338 p., p. 147-190.
- DE VISSCHER (C.), « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1935-II, t. 52, p. 369-441.
- DISTEFANO (G.), « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *A.F.D.I.*, 2006, p. 1-53.
- DOMINICE (Ch.), « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », WEIL (P.) (dir.), *Institut des hautes études internationales – Cours et travaux*, 1981-1982, Paris, Pedone, 1982, VII-130 p.
- DOMINICE (Ch.), « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », WEIL (P.) (dir.), *Institut des hautes études internationales – Cours et travaux*, 1981-1982, Paris, Pedone, 1982, VII-130 p.
- DUPUY (P.-M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale », *R.C.A.D.I.*, 1984/ V, t. 188, p. 13-133.
- DUPUY (P.-M.), « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan. », *R.G.D.I.P.*, 2003-2, p. 305-348.

- DUPUY (P.-M.), « Responsabilité et légalité », *La responsabilité dans le système international*, Colloque S.F.D.I. du Mans, Paris, Pedone, 1991, p. 263-297.
- DUPUY (P.-M.), « Reviewing the Difficulties of Codification : on Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility » *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, n°2, p. 371-385.
- EAGLETON (C.), « Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'État », *R.D.I.L.C.*, 1930, 643-659.
- FAWCETT (J.E.S.), « The exhaustion of local remedies: substance or procedure? » *XXXI B.Y.B.I.L.*, 1954, p. 454 et s.
- FEDOZZI (?), « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *R.C.A.D.I.*, 1929-III, vol. 27, p. 141-242.
- FROWEIN (J.-A.), « Reactions by not directly affected states to breaches of public international law », *R.C.A.D.I.*, 1994-IV, vol. 248, p. 344-437.
- GRAEFRATH (B.), « Responsibility and Damages Caused : Relationship between Responsibility and Damages », *R.C.A.D.I.*, 1984-II, vol. 185, p. 9-150.
- GUGGENHEIM (P.), « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1949-I, vol. 74, p. 191-268.
- HOIJER (O.), « La responsabilité internationale des États en matière d'actes législatifs », *Revue de droit international*, Paris, t. IV, 1929, p. 577-602.
- JACQUE (J.-P.), « La Constitution de la Communauté européenne », *R.U.D.H.*, 1995, vol. 7, N°11-12, p. 397-424.
- KAUFMAN (E.), « Traité international et loi interne », *Riv. Dri. Int.*, 1958, vol. 41, p. 369-389.
- KELSEN (H.), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. 14, 1926-IV, p. 227-331.
- KOPELMANAS (L.), « Du conflit entre le traité international et la loi interne. Quelques remarques au sujet des rapports du droit interne et du droit international », *R.D.I.L.C.*, 1937, p. 88-143 et 310-361.
- LAGRANGE (E.), « Les titres de compétence : rapport », S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p.
- LAMPUE (P.), « La distinction des contentieux », *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, L.G.D.J., 1950, VIII-913 p. en 2 vol., vol. 1, p. 285-313.
- 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 », *R.G.D.I.P.*, 1962, p. 260-298.
- MERON (T.), « The Incidence of the Rule of Exhaustion of Domestic Remedies », *B.Y.B.I.L.*, 35, 1959, p. 83-101.
- MIGLIORINO (L.) « Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction : à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior », *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 61-74.
- MOREAU (J.), « A la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Revue Droits*, vol. 7, 1988, p. 75-84
- PALMISANO (G.), « Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire *LaGrand* », *R.G.D.I.P.*, 2002, p. 753-790.

- PELLET (A.), « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, Book 2, p. 193 à 271.
- PERRIN (G.) « La détermination de l'Etat lésé. Les régimes dissociables et les régimes indissociables », *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honor of Krystof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 243-247.
- PERRIN (G.), « Réflexions sur la protection diplomatique », *Mélanges M. Bridel*, Lausanne, Imprimeries Réunies SA, 1968, p. 392-396.
- PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la commission du droit international », *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1980, XII-638 p., p. 271-291.
- PERRIN (G.), « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international », in Diez (E.), Monnier (J.), Müller (J.-P.), Reimann (H.), Wildhaber (L.) (éd.), *Festschrift für R. Bindschedler Botschafter*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1980, XII-638 p.
- POIRAT (F.), « L'exercice des compétences : rapport. », S.F.D.I., *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 2006, 320 p., p. 203-238
- PRZETACZNIK (F.), « La responsabilité internationale de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat », *R.G.D.I.P.*, 1974, p. 919-974.
- REUTER (P.), « Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », in *Mél. Miaja de la muela*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1979, p. 837-846.
- REUTER (P.), « La responsabilité internationale. Problèmes choisis » (cours de doctorat 1955-1956), *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, 643 p., p. 377-560.
- ROUSSEAU (C.), « L'aménagement des compétences en droit international », *R.G.D.I.P.*, 1930, p. 420-460.
- SALMON (J.), « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, p. 709-738.
- SANTULLI (C.), « Entre protection diplomatique et action directe : l'action en représentation. Eléments épars du statut international des sujets internes », S.F.D.I., Colloque du Mans, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, 170 p., p. 85-98.
- SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? — Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 58-81.
- SCHEUNER (U.), « L'influence du droit interne sur la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1939-II, vol. 68, p. 97-206.
- SICILIANOS (L.-A.), « Le respect de l'Etat de droit comme obligation internationale », S.F.D.I., *L'Etat de droit en droit international*, Colloque de Bruxelles, Paris, Pedone, 2009, 447 p., p. 143 et s.
- SIMON (D.), « Directive », *Répertoire de droit communautaire*, Tome II, Paris, Dalloz.
- SIMON (D.), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », S.F.D.I., *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, 448 p.
- STERN (B.), « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats », *A.F.D.I.*, 2001, p. 3-34.

- STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, 1986, p. 7-52.
- STRISOWER (L.), « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », rapport à l'Institut du droit international, *Ann. I.D.I.*, 1927-I, vol. 33.
- STURLEY (M.), « International Uniform Laws in National Courts : The Influence of Domestic Law in Conflicts of Interpretation », *Virginia Journal of International Law*, 1987, vol. 27, p. 729-802.
- TRIEPEL (H.), « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923-I, vol. 1, p. 73-123.
- TROPER (M.), RIGAUX (F.), MAYER (P.), SIMON (D.), VERHOEVEN (J.), « Table ronde : regards croisés sur les notions de compétence »,
- TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *J.C.P.*, 1945-I, p. 449.
- VAN BOGAERT (E.), « Les antinomies entre le droit international et le droit interne », *R.G.D.I.P.*, 1968, vol. 72, p. 346-360.
- VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *in Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 488-505.
- VRANES (E.), « The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory », *E.J.I.L.*, 2006, p. 395-418.
- WEIL (P.), « Vers une normativité relative du droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 5-47.
- WYLER (E.), « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *R.G.D.I.P.*, 1991, p. 881-914.

II. DROIT SPECIAL

A. DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Monographies

- AUDIT (B.), *Droit international privé*, Paris, Economica, 5^e éd., 2008, IX-969 p.
- GHERARI (H.), SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, 2001, 350 p.
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2004, XIII-1025 p.
- MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 10^e éd., 2010, XIII-820 p.
- PARROT (K.), *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, XV-589 p.
- RIGAUX (F.), *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, 486 p.

VAREILLES-SOMMIERES (P. de), *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé : droit international public et droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1997, XXI-313 p.

Articles

BAUER (H.), « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 537-574.

CHAVEAU (P.), « Des conventions portant Loi Uniforme », *J.D.I.*, 1956, p. 570-594.

DROZ (G. A. L.), « Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets immobiliers corporels », *R.C.D.I.P.*, 1963, t. 54, p. 663-670.

DROZ (G.), « La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles ? », *R.I.D.C.*, 1961, p. 507-521.

MATTEUCCI (M.), « Introduction à l'étude systématique du droit uniforme », *R.C.A.D.I.*, 1957, vol. 91, p. 383-441.

MATTEUCCI (M.), « Les méthodes de l'unification du droit », Institut international pour l'unification du droit privé, *L'unification du droit*, Première rencontre des organisations s'occupant de l'unification du droit, Barcelone, 17-20 septembre 1956, Rome, Unidroit, 1956, 47 p.

MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Revue critique de droit international privé*, 1979-I, p. 1-29, 1979-II, p. 350-388 et 1979-III, p. 537-583.

NADELMANN (K. H.), « Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales », *Revue critique de Dip.*, 1958, p. 37-51.

PAMBOUKIS (Ch. P.), « Droit international privé holistique », *R.C.A.D.I.*, 2007, vol. 330, p. 9-474.

STURLEY (M.), « International Uniform Laws in National Courts : The Influence of Domestic Law in Conflicts of Interpretation », *Virginia Journal of International Law*, 1987, vol. 27, p. 729-802.

TALLON (D.), « Vers un droit européen du contrat ? », *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, XII-539 p.

VAN OVERBECK (A. E.), « Les règles de droit international privé matériel », *Netherland International Law Review*, 1962, vol. 9, n°4 spécial : *De conflictu legum, mélanges offerts à R.D. Kollenijn et J. Offerhaus*, p. 362-379.

B. DROIT DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

Monographies

BRUYN (D. de), DEPRE (S.), KAISER (M.), LAMBERT (P.), LOMBAERT (B.), VERDUSSEN (M.), *Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 181 p.

COHEN-JONATHAN (G.), FLAUSS (J.-F.) (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme – Le Protocole n°14 et les Recommandations et Résolutions du Comité des ministres*, Actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004 par l'Institut international des droits de l'homme (Institut René Cassin), Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2005, 256 p.

HENNEBEL (L.), *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2007, XX-738 p.

PASQUALUCCI (J. M.), *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, University Press, 2003, 488 p.

PETITTI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, XLV-1230 p.

RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, XXII-1135 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 9^e éd., 2008.

TIGROUDJA (H.), PANOUSSIS (I. K.), *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 330 p.

VELU (J.), ERGEC (R.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1185 p.

Articles

BURGENTHAL (T.), « The Inter-american Court of Human Rights », *A.J.I.L.*, 1982, vol. 76, n°2, p. 231-245.

COHEN-JONATHAN (G.), « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, 338 p., p. 101-135

DELVAUX (H.), « La notion de victime au sens de l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme – Le particulier victime d'une violation de la Convention », *Cinquième Colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1980, p. 34-78.

EISSEN (M.-A.), « Jurisprudence de la Commission européenne des Droits de l'Homme. Décisions en matière de compétence *ratione temporis* », *A.F.D.I.*, vol. IX, 1963, p. 722-733.

FLAUSS (J.-F.) ; « La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », *R.U.D.H.*, 1995, vol. 7, n° 11-12, p. 373-383.

- GROS ESPIELL (H.), « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative », *R.C.A.D.I.*, 1989-VI, vol. 218, p. 167-412.
- MATRINGE (J.), « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p. en 2 vol., vol. 2, p. 1225-1245.
- PETITTI (L.-E.), « Les recours étatiques dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe : perspectives d'avenir*, La Haye, Nijhoff, 1991, p. 331.
- SANTULLI (C.), « Observations et propositions sur l'« extension » du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », in *Liberté, justice, tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, vol. II, Paris, Bruylant, p. 1371-1397.
- SICILIANOS (L.-A.), « La réforme de la réforme du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.*, 2003, p. 611-640.
- SORENSEN (M.), « Obligations d'un État partie à un traité sur le plan de son droit interne », in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international* (actes du 2^e colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme – Vienne, 18-20 octobre 1965 -), Bruxelles, Presses univ. de Bruxelles, 1968, 590 p., p. 35-61.
- TIGROUDJA (H.), « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'harmonisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis », *A.F.D.I.*, 2006, p. 617-640.
- TIGROUDJA (H.), « Satisfaction et garanties de non-répétition dans la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), MARTIN-CHENUT (K.) (dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière ou modèle ?* Paris, Société de législation comparée, 2010, 334 p.
- TOMUSCHAT (C.), « What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights? », *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of Henry Schermers*, vol. III, Dordrecht/ Boston/ Londres, Martinus Nijhoff, 1994, p. 315-355.
- VERDUSSEN (M.), « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruyant/ Paris, L.G.D.J., 1995, 487 p.
- WACHSMANN (P.), « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », S.F.D.I., Colloque de Strasbourg de 1997, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, 334 p., p. 157-195
- WYLER (E.), « Victime « actuelle » et victime « virtuelle » d'une violation des droits de l'homme dans la jurisprudence relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.S.D.I.E.*, 1993/1, p. 3-38.

C. DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE

Monographies

- CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2005, XI-718 p.

- GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, IV-1105 p.
- GHERARI (H.), SZURECK (S.) (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Cahiers du CEDIN, Paris, Montchrestien, 1998, 340 p.
- JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (Ph.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007, IX-851 p.
- JOERGES (C.), PETERSMANN (E.-U.) (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation (Studies in International Trade Law, Vol. 9)*, Oxford, Hart, 2006, XXXVIII-554 p.
- KIEFFER (B.), *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, 371 p.
- LESAFFRE (H.), *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, 614 p.
- LOQUIN (E.) et KESSIDJIAN (C.) (dir.), *La Mondialisation du droit*, travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Dijon, Litec-CREDIMI, 612 p.
- LUFF (D.), *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, XLIV-1277 p.
- MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats – Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, XIII-727 p.
- NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2010, 698 p.
- PETERSMANN (E.-U.), *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Londres/La Haye/Boston, Kluwer Law International, 1997, XIV-399 p.
- RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 539 p.

Articles

- COSNARD (M.), « Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », *A.F.D.I.*, 1996, p. 33-61.
- CREPET-DAIGREMONT (C.), « Application des traités dans le temps », *Gaz. Pal.*, 14-16 déc. 2008, p. 37-41.
- LA PRADELLE (A. de), « Les effets internationaux des nationalisations », rapport à l'Institut du droit international, *Ann. I.D.I.*, 1950, p. 43-132.
- LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », LEBEN (Ch.) (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Colloque de l'I.H.E.I. de 2004, Paris, L.G.D.J., 2010, 346 p.
- MANN (F. A.), « The Extremism of American Extraterritorial Jurisdiction », *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, p. 410-412.
- MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *J.D.I.*, 1986, p. 5-78.

- NOUVEL (Y.), « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'O.M.C. », *A.F.D.I.*, 2003, p. p. 657-674.
- PAUWELYN (J.), « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules – Toward a more Collective Approach », *A.J.I.L.*, 2000, vol. 94, n°2, p. 337 et s.
- PETERSMANN (E.-U.), « From the Hobbesian International Law of coexistence to Modern Integration Law » : The WTO Dispute Settlement System. », *J.I.E.L.*, 1998, vol. 1, n°2, p. 175-198.
- SACERDOTI (G.), « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'O.M.C. : Les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 770-800.
- STERN (B.), « L'extraterritorialité revisitée, Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *A.F.D.I.*, 1992, p. 239-313.
- STERN (B.), « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », *R.G.D.I.P.*, 1996, p. 979-1003.
- TSCHANZ (P.-Y.), « Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international », *R. Crit. D.I. priv.*, 1985, p. 47 et s.
- VERHOEVEN (J.), « Souveraineté et mondialisation : libres propos », LOQUIN (E.) et KESSIDJIAN (C.) (dir.), *La Mondialisation du droit*, travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Dijon, Litec-CREDIMI, 612 p., p. 43-57.
- WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *La Communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, XXVIII-346 p., p. 301-328.

D. DIVERS

Monographies

- KRESS (C.), LATTANZI (F.) (dir.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I, General Aspects and Constitutionnal Issues, XXXIII-251 p.
- LA ROSA (A.-M.), *Dictionnaire de droit international pénal. Termes choisis*, PUF, Paris, 1998, 118 p.
- MAUPAIN (F.), « Persuasion et contraintes aux fins de la mise en œuvre des normes et recommandations de l'O.I.T. », JAVILLIER (J.-C.) et GERNIGON (B.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, B.I.T., 2004, XXVI-710 p., p. 687-710.
- TRIFFIERER (O.) (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Note, Article by Article*, Munich : C.H. Beck ; Oxford : Hart, Baden-Baden : Nomos, 2008, 1954 p.,.
- VALTICOS (N.), *Droit international du travail*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1983, VIII-683 p.
- ZARRAS (J.), *Le contrôle de l'application des conventions internationales du travail*, Paris, Sirey, 1937, 386 p.

Articles

CIAMPI (A.) « The obligation to cooperate », CASSESE (A.), GAETA (P.), JONES (J.R.W.D.) (dir.), *The Rome Statute of the ICC : A Commentary*, Oxford University Press, 2002, vol. 2, CXL-2018 p., p. 1607-1638.

CONDORELLI (L.), BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Quelques remarques à propos de l'obligation de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances' », *Mélanges Pictet*, CICR, Genève-La Haye, Nijhoff, 1984, p. 17-36.

HOPPE (C.), « Passing the Buck : State Responsibility for the Conduct of Private Military Companies », *E.J.I.L.*, 2008, p. 989-1014.

JOSIPOVIC (I.) « Implementing Legislation for the Application of the Law on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Criteria for its Evaluation », *Y.B.I.Hum.L.*, 1998, vol. 1, p. 35-68.

MANKIEWICZ (R. H.), « Aspects et problèmes du droit pénal de l'aviation internationale », *A.F.D.I.*, 1958, p. 112-143.

RASPAIL (H.), « Article 88 : Procédures disponibles selon la législation nationale », J. FERNANDEZ et X. PACREAU (dir.), *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, à paraître.

VALTICOS (N.), « Un système de contrôle international : la mise en œuvre des conventions internationales du travail », *R.C.A.D.I.*, 1968-I, vol. 123, p. 311-407.

NOTICE DES SOURCES

I. JURISPRUDENCE

Un astérisque signale une affaire particulièrement importante pour le sujet, qui sera reprise dans l'index.

A. COURS DE LA HAYE¹⁹⁰⁶

Cour permanente de Justice internationale

- C.P.J.I., avis consultatif du 23 juillet 1923, *Statut de la Carélie Orientale*, Série B, p. 6 et s.
- C.P.J.I., arrêt du 17 août 1923, *Vapeur Wimbledon*, Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne, Série A, p. 14 et s.
 Contre-mémoire présenté par le Gouvernement allemand, Série C, n°3
- * C.P.J.I., arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine (exceptions préliminaires)*, Grèce c. Royaume-Uni, Série A, n°2, p. 2 et s.
- * C.P.J.I., arrêt du 25 août 1925, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (exceptions préliminaires)*, Allemagne c. Pologne Rec., Série A, n° 6, p. 2 et s.
- * C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, Allemagne c. Pologne, Rec., Série A, n° 7, p. 2 et s.
 Discours prononcé par M. Mrozowski, représentant de la Pologne, Série C.
 GUGGENHEIM (P.), *Die Friedens-Warte*, 1925, p. 369-371 et 1976, p. 238-241.
- * C.P.J.I., avis du 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, Rec., Série B, n°10, p. 7 et s.
- * C.P.J.I., arrêt du 26 mars 1925, *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, Grèce c. Royaume-Uni, Série A, n° 5, p. 6 et s.
- * C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, France c. Turquie, Rec., Série A, n°10, p. 1 et s.
 Discours prononcé par M. le professeur Basdevant (représentant le Gouvernement français), Rec. 1927, Série C, p. 39.
- C.P.J.I., arrêt du 16 décembre 1927, *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, Série A, n°13, p. 4 et s.
- C.P.J.I., arrêt du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (fond-réparations)*, Série A, n° 17, p. 2 et s.
- C.P.J.I., avis du 31 juillet 1930, *Question des 'communautés' greco-bulgares*, Rec., Série B, n°17, p. 2 et s.
- C.P.J.I., arrêt du 7 juin 1932, *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, France/Suisse, Rec., Série A/B, n°32, p. 95 et s.
- * C.P.J.I., arrêt du 11 août 1932, *Interprétation du statut du territoire de Memel (fond)*, Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Lituanie, Série A/B, n°49, p. 293 et s.

¹⁹⁰⁶ Site internet : <<http://www.icj-cij.org>>

- C.P.J.I., ordonnance du 27 juin 1936, *Losinger (exceptions préliminaires)*, Suisse c. Yougoslavie, *Série A/B*, n°67, p. 14 et s.

* C.P.J.I., arrêt du 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*, Italie c. France, *Série A/B*, n° 74, p. 10 et s.

Exposé du Conseil du Gouvernement italien, séance du 12 mai 1938, *Série C*, n°85.

Plaidoirie orale du de l'agent du Gouvernement français J. Basdevant, séance du 5 mai 1938, *Série C*, n°85.

- C.P.J.I., arrêt du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, Estonie c. Lituanie, *Série A/B*, n°76, p. 3 et s.

Cour internationale de Justice

- C.I.J., arrêt du 15 décembre 1949, *Détroit de Corfou (réparations)*, Royaume-Uni c. Albanie, *Rec.*, p. 244 et s.

- C.I.J., avis consultatif du 30 mars 1950, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Hongrie, la Bulgarie et la Roumanie*, *Rec.*, p. 63 et s

- C.I.J., arrêt du 18 novembre 1951, *Pêcheries norvégiennes*, Royaume-Uni c. Norvège, *Rec.*, p. 116 et s.

* C.I.J., arrêt du 27 août 1952, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, France c. États-Unis, *Rec.*, p. 176 et s.

- C.I.J., arrêt du 6 avril 1955, *Notteböhm (deuxième phase)*, Lichtenstein c. Guatemala, *Rec.*, p. 4 et s.

* C.I.J., arrêt du 28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, Pays-Bas c. Suède, *Rec.*, p. 55 et s.

DROZ (G.), « Une convention de La Haye de droit international privé devant la Cour internationale de Justice », *R.C.D.I.P.*, 1958, p. 626 et s.

BATIFFOL (H.), FRANCESKAKIS, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *R.C.D.I.P.*, 1959, p. 259 et s.

* C.I.J., arrêt du 21 mars 1959, *Interhandel*, Suisse c. États-Unis, *Rec.*, p. 6 et s.

DE VISSCHER (Ch.), « L'affaire de l'Interhandel devant la Cour internationale de justice. Exceptions préliminaires », *R.G.D.I.P.*, 1959, p. 413-433.

- C.I.J., arrêt du 21 décembre 1962, *Sud-Ouest Africain (exceptions préliminaires)*, Ethiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud, *Rec.*, p. 319 et s.

- C.I.J., arrêt du 2 décembre 1963, *Cameroun Septentrional (exceptions préliminaires)*, Cameroun c. Royaume-Uni, *Rec.*, p. 15 et s.

- C.I.J., arrêt du 18 juillet 1966, *Sud-Ouest Africain (2^e phase)*, Ethiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud, *Rec.*, p. 6 et s.

- C.I.J., arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la Mer du Nord*, Danemark et Pays-Bas c. R.F.A., *Rec.*, p. 3 et s.

- C.I.J., 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.*, p. 16 et s.

- C.I.J., ordonnance du 15 décembre 1973, *Procès des prisonniers de guerre pakistanais (radiation du rôle)*, Pakistan c. Inde, *Rec.*, p. 347 et s.

- C.I.J., arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, Australie c. France, *Rec.*, p. 253 et s.
- C.I.J., arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, Nouvelle-Zélande c. France, *Rec.*, p. 457 et s.
Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, 29 octobre 1973, *Essais nucléaires*, *Rec.*, vol. II, p. 144 et s.
- C.I.J., arrêt du 19 décembre 1978, *Plateau continental de la mer Egée*, Grèce c. Turquie, *Rec.*, p. 3 et s.
- C.I.J., arrêt du 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran*, Etats-Unis c. Iran, *Rec.*, p. 3 et s.
- * C.I.J., avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'organisation des Nations Unies*, *Rec.*, p. 12 et s.
- C.I.J., arrêt du 20 Juillet 1989, *Affaire de l'Eletronica Sicula (ELSI)*, États-Unis c. Italie, *Rec.*, p. 15 et s.
- C.I.J., arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries*, Espagne c. Canada (compétence), *Rec.*, p. 432 et s.
- C.I.J., arrêt du 30 juin 1995, *Timor oriental*, Portugal c. Australie, *Rec.*, p. 90 et s.
- C.I.J., ordonnance du 9 avril 1998, *Convention de Vienne sur les relations consulaires (radiation du rôle)*, Paraguay c. Etats-Unis, *Rec.*, p. 426 et s.
Mémoire de la République du Paraguay, 9 octobre 1998, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/99/13106.pdf>>
SANTULLI (C.), Une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires *Breard* et *LaGrand*, *A.F.D.I.*, 1999, p. 101-131
- C.I.J., ordonnance du 3 mars 1999, *LaGrand (demande en indication de mesures conservatoires)*, Allemagne c. Etats-Unis, *Rec.*, p. 9 et s.
- * C.I.J., arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, Allemagne c. États-Unis d'Amérique, *Rec.*, p. 466 et s.
Requête introductive d'instance du 2 mars 1999, <<http://www.icj-cij.org>>
Mémoire de l'Allemagne du 16 septembre 1999, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8552.pdf>>
Contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique du 27 mars 2000, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8554.pdf>>
Audience publique tenue le mardi 14 novembre 2000, CR2000/28, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/4661.pdf>>
MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *A.F.D.I.*, 2002, p. 215-256
PALMISANO (G.), « Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire *LaGrand* », *R.G.D.I.P.*, 2002, vol. 4, p. 753-790.
- * C.I.J., arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, *Rec.*, n°121, p. 3 et s.
Mémoire de la République démocratique du Congo du 15 mai 2001, <<http://www.icj-cij.org>>
Mémoire du Royaume de Belgique du 28 septembre 2001, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/8303.pdf>>
SANTULLI (C.), « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) », *A.F.D.I.*, 2002, p. 257-280.

VERHOEVEN (J.), « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », *Actualité et Droit international*, <<http://www.ridi.org/adi>>.

SASSOLI (M.), « L'arrêt Yérodiá : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *R.G.D.I.P.*, 2002, p. 791-818.

* C.I.J., arrêt du 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. États-Unis d'Amérique, *Rec.*, n°128, p. 12 et s.

Mémoire du Mexique du 20 juin 2003, *Avena et autres ressortissants mexicains*, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8272.pdf>>

Audience du 15 décembre 2003 (traduction), CR2003/25, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/4081.pdf>>

Audience du 16 décembre 2003, CR2003/26, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/4074.pdf>>

BENLOLO-CARABOT (M.), « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique) du 31 mars 2004 », *A.F.D.I.*, 2004, p. 259-291.

- C.I.J., arrêt du 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, Croatie c. Serbie, *Rec.*, p. 412 et s.,

- C.I.J., arrêt du 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, États-Unis d'Amérique c. Mexique, *Rec.*, n°139, p. 3 et s.

- C.I.J., Requête introductive d'instance du 19 février 2009, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, Belgique c. Sénégal, *Rec.*

- C.I.J., arrêt du 30 novembre 2010, *Abmadou Sadio Diallo*, République de Guinée c. République démocratique du Congo, *Rec.*

- C.I.J., ordonnance du 18 juillet 2011, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vibéar (demande en indication de mesures conservatoires)*, Cambodge c. Thaïlande, *Rec.*

B. TRIBUNAUX ARBITRAUX

Divers

- Sentence arbitrale du 21 octobre 1861, *Yuille, Shortridge et Cie*, Royaume-Uni/Portugal, *R.A.I.*, vol. II, p. 78 et s.

Note anonyme, *R.A.I.*, t. II, p. 112-113.

* Sentence du 14 septembre 1872, *Alabama*, Royaume-Uni/États-Unis, *R.A.I.*, II, p. 713 et s.

- Sentence arbitrale rendue par M. T.-M.-C. Asser du 29 novembre 1902, *Navires Capte Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White et Kate and Anna*, États-Unis/Russie, *R.S.A.*, vol. IX, p. 63 et s.

- Sentence arbitrale du 3 août 1912, *Interprétation d'une disposition de la convention de commerce entre la France et la Suisse et du procès verbal signés à Berne le 20 octobre 1906 (Affaire des Turbines à vapeur)*, France/Suisse, *R.S.A.*, vol. XI, p. 415 et s.

- C.P.A., sentences du 6 mai 1913, *Affaires du Carthage et du Manouba*, France/Italie, *R.S.A.*, vol. XI, p. 449 et s. et p. 463 et s.

- C.P.A., sentence du 13 octobre 1922, *Réclamations norvégiennes*, Norvège/Etats-Unis, R.S.A., vol. I, p. 309 et s.
- Sentence arbitrale du 28 décembre 1925, *German Industrial Charges Law*, Allemagne/Commission de réparation, R.S.A., vol. II, p. 745 et s.
- Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Panama, décision du 28 juillet 1926, *Mariposa Development Company*, R.S.A., vol. VI, p. 338 et s.
- * Sentence du 21 juillet 1927, *F.R. West (United States of America)/United Mexican States*, R.S.A., vol. IV, p. 270 et s.
- Tribunal arbitral pour la Haute-Silésie, 30 mars 1928, *Steiner et Gross c. Pologne*, I.L.R., vol. 4, 1927-1928, p. 472 et s.
- Sentence arbitrale du 27 septembre 1928, *Goldenberg*, Roumanie/Allemagne, R.S.A., vol. II, p. 901 et s.
- * Sentence du 3 mai 1930, *Martini*, Italie/Vénézuéla, R.S.A., vol. II, p. 978 et s.
- Sentence arbitrale du 8 juin 1932, *Salem*, Egypte /Etats-Unis, R.S.A., vol. II, p. 1165 et s.
- Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama, décision du 29 juin 1933, *Marguerite de Jolij de Sabla*, R.S.A., vol. VI, p. 358 et s.
- C.P.A., sentence arbitrale des 24 et 27 juillet 1956, *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire Ottoman* (France c. Grèce), R.S.A., vol. XII, p. 161 et s.
- * Sentence du 19 janvier 1977, *Texaco Calasiatic c. Gouvernement de la République arabe de Lybie*, J.D.I., 1977, p. 350 et s.
- Sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis/France*, R.S.A., vol. XVIII, p. 454 et s.
- Tribunal des différends irano-américain, sentence du 30 décembre 1982, *Amoco Iran Oil Co. c. Iran et al.*, I.L.R., vol. 70, p. 490 et s.
- Tribunal des différends irano-américain, sentence du 24 octobre 1985, *Sedco Inc. et al. v. Iran et al.*, I.L.R., vol. 84, p. 489 et s.
- Tribunal des différends irano-américain, sentence du 18 juillet 1988, *Avco Corporation v. Iran Aircraft Industries, Iran Helicopter Support and Renewal Company, National Iranian Oil Company an the Islamic Republic of Iran, et al.*, n° 377/261/3, Iran-U.S. C.T.R., 1988-II, vol. 19, p. 200 et s.
- Tribunal des différends irano-américain, sentence du 5 juin 1998, *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, n°586/A27/FT, Iran-U.S. C.T.R.
- Sentence arbitrale du 30 avril 1990, *Rainbow Warrior*, Nouvelle-Zélande/France, R.S.A., vol. XX, p. 217 et s., version française : R.G.D.I.P., 1990, p. 866 et s.
- C.P.A., sentence du 11 avril 2006, *La Barbade/Trinité-et-Tobago*, <<http://www.pca-cpa.org>>

Tribunaux arbitraux institués sous l'égide du CIRDI¹⁹⁰⁷

- Tal CIRDI, sentence du 30 novembre 1979, *AGIP c. République démocratique du Congo*, n°ARB/77/1, R. Crit. D.I. priv., 1982, p. 92 et s.

¹⁹⁰⁷ Site internet : <<http://icsid.worldbank.org>>

- Tal CIRDI, sentence du 8 août 1980, *BéB c. Congo*, n°ARB/77/1.
- Tal CIRDI, sentence du 27 juin 1990, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, n°ARB/87/3.
- * Tal CIRDI, sentence du 10 février 1999, *Goetz c. Burundi*, n°ARB/95/3.
- Tal CIRDI (mécanisme supplémentaire en vertu du Chap. 11 de l'ALENA), sentence du 30 août 2000, *Metalclad Corp c. Mexique*, n°ARB(AF)/97/1.
- * Tal CIRDI (mécanisme supplémentaire en vertu du Chap. 11 de l'ALENA), sentence du 26 juin 2003, *Loewen c. États-Unis (fond)*, n°ARB (AF)/98/3.
- Tal CIRDI, sentence du 23 septembre 2003 (indemnisation), *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. Venezuela*, n°ARB/00/5.
- * Tal CIRDI, sentence du 14 janvier 2004, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3,
- * Tal CIRDI, sentence du 3 août 2004, *Siemens AG c. Argentine (compétence)*, ARB/02/8.
- Tal CIRDI, sentence du 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission co. v. Argentina*, n°ARB/01/8
- Tal CIRDI, sentence du 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*, n°ARB/05/17.
- Tal CIRDI, sentence du 8 mai 2008, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, n°ARB/98/2.
- Tal CIRDI, sentence arbitrale du 30 juillet 2009, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. Albania* n°ARB/07/21.

C. COMMISSION ET COUR EUROPEENNES DES DROITS DE L'HOMME¹⁹⁰⁸

Commission européenne des droits de l'homme

- * Comm. E.D.H., décision du 2 juin 1956, *Grèce c. Royaume-Uni*, req. 176/56, *Ann. Comm. E.D.H.*, 1958-1959.
- * Comm. E.D.H., décision du 12 octobre 1957, *Grèce c. Royaume-Uni*, req. 299/57, *Ann. Comm. E.D.H.*, 1958-1959
- * Comm. E.D.H., décision du 8 janvier 1959, *X c. R.F.A.*, req. 222/56, *Ann. C.E.D.H.*, vol. 2, 1958-1959, p. 344-352.
- Comm. E.D.H., décision du 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, *Rec.*, vol. 7, p. 23-74
- * Comm. E.D.H., décision du 24 janvier 1968, *Danemark c. Grèce, Norvège c. Grèce, Pays-bas c. Grèce et Suède c. Grèce*, *Rec.* Vol. 25, p. 92-116
- Comm. E.D.H., décision du 6 février 1969, *Société X., W., Z c. Allemagne*, *Rec.* vol. 29, p. 1-14
- * Comm. E.D.H., rapport du 5 novembre 1969, *Danemark c. Grèce, Norvège c. Grèce, Suède c. Grèce, Pays-Bas c. Grèce*, *Ann. Comm. E.D.H.*, 1969, vol. 12, *The Greek case*.

¹⁹⁰⁸ Site internet : <<http://www.echr.coe.int/echr>>

- * Comm. E.D.H., décision du 1976, *Brüggemann et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne*, D.R., IV, p. 127-129
- * Comm. E.D.H., décision du 10 décembre 1976, *X c. Autriche*, D.R., 7, p. 87-89
- Comm. E.D.H., décision du 7 juillet 1977, *Airey c. Irlande*, D.R. 8, p. 50-58
- Comm. E.D.H., décision du 10 juillet 1978, *Chypre c. Turquie*, req. 8007/77, D.R., 13, p. 156 et s.
- * Comm. E.D.H., rapport du 9 février 1976, *Irlande c. Royaume-Uni*, *Ann. Comm. E.D.H.*, 1976
- Comm. E.D.H., décision du 11 juillet 1980, *DeKleek c. Belgique*, D.R., 21, p. 116.
- Comm. E.D.H., décision du 18 décembre 1980, *Crociani, Palmiotti, Tanassi, Lefebvre d'Ovidio c. Italie*, D.R., n° 22, p. 147.
- * Comm. E.D.H., décision du 16 mai 1985, *Norris et National Gay Federation c. Irlande*, D.R., n°44, p. 139-140
- Comm. E.D.H., décision du 15 juillet 1986, *B. c. Belgique*, req. 9938/82, D.R. 48, p. 21.
- Comm. E.D.H., décision du 1^{er} mars 1988, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, req. 10890/84
- * Comm. E.D.H., décision du 11 octobre 1994, *Akkoç c. Turquie*, req. 22947/93 et 22948/93, D.R. n° 79-B, p. 108.
- Comm. E.D.H., décision du 4 décembre 1995, *Noël Narvii Tauria et 18 autres c. France*, req. 28204/95, D.R., 83-A

Cour européenne des droits de l'homme

- * Cour E.D.H., arrêt du 27 mars 1962, *De Becker (radiation)*, Série A, n°4
- * Cour E.D.H., arrêt du 9 février 1967, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (exceptions préliminaires)*, Série A, n°5
- * Cour E.D.H., arrêt du 23 juillet 1968, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (principale)*, Série A, n°6
- Cour E.D.H., arrêt du 27 juin 1968, *Webmoff c. Allemagne*, Série A, n° 7
- Cour E.D.H. arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp*, Série A, n° 12
- * Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, Série A, n°18
- * Cour E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Série A, n°25
- Cour E.D.H., arrêt du 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, Série A, n° 26
- * Cour E.D.H., arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, Série A, n°28
- Cour E.D.H., arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times*, Série A, n° 30
- * Cour E.D.H., arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31
- Cour E.D.H., arrêt du 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, Série A, n° 39
- * Cour E.D.H., arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Série A, n° 45
- Cour E.D.H., arrêt du 5 novembre 1981, *X c. Royaume-Uni*, Série A, n° 46
- * Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*, Série A, n°49.
- Cour E.D.H., arrêt du 15 juillet 1982, *Eckle c. Allemagne*, Série A, n° 51

- * Cour E.D.H., arrêt du 24 février 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, Série A, n°59
- Cour E.D.H., arrêt du 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, Série A, n°61
- Cour E.D.H., arrêt du 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, Série A, n°82.
- * Cour E.D.H., arrêt du 12 février 1984, *Colozza c. Italie*, Série A, n° 89
- * Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1984, *De Cubber*, Série A, n° 86.
- * Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, Série A, n° 91
- * Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, Série A, n°98
- Cour E.D.H., arrêt du 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, Série A, n° 102
- * Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1986, *Johnston et autres*, Série A, n°112
- Cour E.D.H., arrêt du 2 mars 1987, *Mathieu-Mobin et Clerfayt c. Belgique*, Série A, n°113
- Cour E.D.H., arrêt du 2 mars 1987, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, Série A, n° 115
- Cour E.D.H., arrêt du 23 avril 1987, *Erkner, Hofauer c. Autriche*, Série A, n°117
- Cour E.D.H., arrêt du 26 avril 1988, *Ekebatani c. Suède*, Série A, n°134
- * Cour E.D.H., arrêt du 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, Série A, n° 142
- * Cour E.D.H., arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, Série A, n° 161
- Cour E.D.H., arrêt du 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, Série A, n° 172
- C.E.D.H., arrêt du 28 mars 1990, *Granger c. Royaume-Uni*, Série A, n°174
- Cour E.D.H., arrêt du 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, Série A, n°176-A.
- Cour E.D.H., arrêt du 24 avril 1990, *Huwig c. France*, Série A, n°176-B
- Cour E.D.H., arrêt du 28 juin 1990, *Obermeier c. Autriche*, Série A, n°179
- Cour E.D.H., arrêt du 29 octobre 1991, *Andersson c. Suède*, Série A, n°212-B
- * Cour E.D.H., arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, Série A, n° 214-C
- Cour E.D.H., arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, Série A, n° 234
- Cour E.D.H., arrêt du 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, Série A, n°236
- Cour E.D.H., arrêt du 27 août 1992, *Vijayanathan et Pusparajah c. France*, Série A, n°241-B
- * Cour E.D.H., arrêt du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, Série A, n° 246-A
- Cour E.D.H., arrêt du 16 décembre 1992, *Edwards c. Royaume-Uni*, Série A, n° 247-B
- * Cour E.D.H., arrêt du 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, Série A, n° 259
- * Cour E.D.H., arrêt du 4 octobre 1993, *Vermeire c. Belgique (satisfaction équitable)*, Série A, n°270
- * Cour E.D.H., arrêt du 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, Série A, n°290
- Cour E.D.H., arrêt du 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, Série A, n° 295-A
- Cour E.D.H., arrêt du 9 décembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, Série A, n°301-B
- Cour E.D.H., arrêt du 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, Série A, n° 310
- Cour E.D.H., arrêt du 28 septembre 1995, *Spadea et Scalabrino c. Italie*, Série A, n°315-B

- Cour E.D.H., arrêt du 24 octobre 1995, *Agrotexim et autres c. Grèce*, Série A, n° 330-A
- Cour E.D.H., arrêt du 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, Rec., 1996-IV
- Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, Rec., 1996-VI
- Cour E.D.H., arrêts du 18 décembre 1996, *Valsamis c. Grèce et Efstration c. Grèce*, Rec. 1996-VI
- Cour E.D.H., arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, Rec., 1996-VI
- Cour E.D.H., arrêt du 25 septembre 1997, *Aydin c. Turquie*, Rec. 1997-VI
- Cour E.D.H., arrêt du 8 juillet 1999, *Cakici c. Turquie*, Rec., 1999-IV
- Cour E.D.H., arrêts du 28 juillet 1999, *Bottazzi c. Italie, Di Mauro c. Italie, Ferrari c. Italie et A.P. c. Italie*, Rec., 1999-V
- Cour E.D.H., arrêt du 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, Rec., 1999-V
- Cour E.D.H., arrêt du 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, Rec., 1999-V
- Cour E.D.H., arrêt du 21 mars 2000, *Boudier c. France*, n°41857/98
- Cour E.D.H., arrêt du 21 mars 2000, *Castell c. France*, n°38783/97
- Cour E.D.H., arrêt du 13 juillet 2000, *Scorzari et Giunta c. Italie*, Rec. 2000-VIII
- * Cour E.D.H., arrêt du 10 octobre 2000, *Akkoç c. Turquie*, n°23, Rec. 2000-X
- Cour E.D.H., décision du 14 novembre 2000, *Benamar et autres c. France*, req. 42216/98
- Cour E.D.H., arrêt du 27 mars 2001, *Sutherland c. Royaume-Uni (arrêt en radiation)*, req. 25186/94.
- Cour E.D.H., arrêt du 4 mai 2001, *Mc Kerr c. Royaume-Uni*, Rec., 2001-III
- * Cour E.D.H., arrêt du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Rec., 2001-IV
- Cour E.D.H., décision du 6 septembre 2001, *Brusco c. Italie*, Rec., 2001-IX
- * Cour E.D.H., décision du 18 septembre 2001, *Selim c. Chypre*, req. 47293/99
- Cour E.D.H., décision du 20 septembre 2001, *Jensen c. Danemark*, req. 48470/99, Rec., 2001-X
- Cour E.D.H., arrêt du 11 octobre 2001, *Kalantari c. Allemagne (radiation)*, Rec., 2001-X
- Cour E.D.H., arrêt du 16 avril 2002, *Seguin c. France*, n°42400/98.
- * Cour E.D.H., arrêt du 23 mai 2002, *SEGI et autres c. 15 Etats de l'Union européenne - Gestoras pro Amnistia et autres c. 15 Etats de l'Union européenne*, req. n°6422/02 et n°9916/02
- * Cour E.D.H., décision du 16 juin 2002, *Hobbs c. Grande-Bretagne*, req. 63684/00
- Cour E.D.H., arrêt du 26 juillet 2002, *Meftha et autres c. France*, Rec., 2002-VII.
- Cour E.D.H., arrêt du 9 janvier 2003, *L & V c. Autriche*, Rec. 2003-I.
- Cour E.D.H., arrêt du 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, Rec., 2003-I
- Cour E.D.H., décision du 16 janvier 2003, *Brudnicka et autres c. Pologne*, req. 54723/00
- Cour E.D.H., décision du 13 février 2003, *Grisankova et Grisankovs c. Lettonie*, Rec, 2003-I
- Cour E.D.H., décision du 8 avril 2003, *Dodds c. Royaume-Uni* req. 59314/00
- Cour E.D.H., arrêt du 10 avril 2003, *Mehemi c. France (n° 2)*, Rec., 2003-IV
- Cour E.D.H., décision du 24 juin 2003, *Chukhlova c. Ukraine (Recevabilité)*, req. 56879/00
- Cour E.D.H., arrêt du 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, n°33400/97

- Cour E.D.H., arrêt du 29 juillet 2003, *Santoni c. France*, n°49580
- Cour E.D.H., décision du 16 mars 2004, *Walker c. Royaume-Uni* req. 37212/02
- Cour E.D.H., décision du 27 avril 2004, *Pearson c. Royaume-Uni*, req. 8374/03
- * Cour E.D.H., arrêt du 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne (principale)*, Rec. 2004-V
- Cour E.D.H., décision du 29 juin 2004, *B. et L. c. Royaume-Uni*, req. 36536/02
- Cour E.D.H., arrêt du 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, Rec., 2004-XII
- Cour E.D.H., arrêt du 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, Rec., 2004-XI
- Cour E.D.H., décision du 1^{er} mars 2005, *Etanji c. France*, req. 60411/00.
- Cour E.D.H., décision du 18 janvier 2005, *Pellumbi c. France*, req. 65730/01
- Cour E.D.H., décision du 18 janvier 2005, *Djemailji c. Suisse*, req. 13531/03
- Cour E.D.H., décision du 15 septembre 2005, *Bonger c. Pays-Bas*, req. 10154/04 (anglais)
- * Cour E.D.H., arrêt du 28 septembre 2005, *Broniowski c. Pologne (radiation du rôle)*, Rec. 2005-IX
- Cour E.D.H., décision du 13 octobre 2005, *Yildiz c. Allemagne*, req. 40932/02
- Cour E.D.H., arrêt du 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, Rec., 2005-X
- Cour E.D.H., arrêt du 23 mars 2006, *Cocchiarella c. Italie*, Rec., 2006-V
- Cour E.D.H., décision du 11 avril 2006, *Upton c. Royaume-Uni*, req. 29800/04
- C.E.D.H., arrêt du 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, Rec., 2006-XI
- * Cour E.D.H., arrêt du 12 décembre 2006, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, req. 13378/05
- Cour E.D.H., arrêt du 15 janvier 2007, *Syssoyeva et autres c. Lettonie (radiation)*, req. 60654/00
- Cour E.D.H., décision du 5 juin 2007, *Ghosh c. Allemagne*, req. 24017/03
- Cour E.D.H., arrêt du 12 novembre 2007, *Dupuis et autres c. France*, req. 1914/02
- C.E.D.H., arrêt du 28 juin 2007, *Association pour l'intégration européenne des droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie*, req. n°62540/00 (anglais)
- Cour E.D.H., arrêt du 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. 13378/05
- Cour E.D.H., arrêts du 25 novembre 2008, *Biriuk et Armoniene c. Lituanie*, req. 23373/03 et 39919/02 (anglais)
- Cour E.D.H., arrêt du 13 janvier 2009, *Aliiev c. Georgie*, req. 522/04
- Cour E.D.H., arrêt du 17 septembre 2009, *Manole et autres c. Moldova*, req. 13936/02
- Cour E.D.H. arrêt du 27 octobre 2009, *Pandjikidze et autres c. Georgie*, req. 30323/02
- Cour E.D.H., arrêts du 27 octobre 2009, *Gorguiladze c. Georgie et Pandjikidze et autres c. Goeorgie*, req. 4313/04 et 30323/02
- * Cour E.D.H., arrêt du 16 décembre 2010, *A, B et C. c. Irlande*, req. 25579/05

D. COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME¹⁹⁰⁹

Avis

- C.I.A.D.H., avis consultatif du 24 septembre 1982, *"Other Treaties" Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights)*, OC-1/82, Série A, n°1
- * C.I.A.D.H., avis consultatif du 19 janvier 1984, *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, OC-4/84, Série A, n°4
- * C.I.A.D.H., avis consultatif du 13 novembre 1985, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, OC-5/85, Série A, n°5.
- C.I.A.D.H., avis consultatif du 9 mai 1986, *The Word « Laws » in Article 30 of the American Convention on Human Rights*, OC-6/86, Série A, n°6.
- C.I.A.D.H., avis consultatif du 14 juillet 1989, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, OC-10/89, Série A, n°10
- * C.I.A.D.H., avis du 6 décembre 1991, *Compatibility of the draft legislation with article 8.2.b of the American Convention on Human Rights*, Série A, n°12
- * C.I.A.D.H., avis du 8 septembre 1993, *Restrictions to the death penalty (article 4.2 and 4.4 of the American Convention on Human Rights)*, OC-3/93, Série A, n°3.
- C.I.A.D.H., avis consultatif du 16 juillet 1993, *Certain attributes of the Inter-American Commission on Human Rights*, OC-13/93, Série A, n°13.
- * C.I.A.D.H., avis du 9 décembre 1994, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, OC-14/94, Série A, n°14
- C.I.A.D.H., avis consultatif du 1^{er} octobre 1999, *The Right to Information on Consular Assistance. In the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, OC-16/99, Série A, n°16

Arrêts

- C.I.A.D.H., arrêt du 8 décembre 1995, *Caballero Delgado et Santana c. Colombie*, Série C, n°22
- * C.I.A.D.H., arrêt du 14 septembre 1996, *El Amparo c. Venezuela (réparations)*, Série C., n°28
- * C.I.A.D.H., arrêt du 17 septembre 1997, *Loayza Tamayo c. Pérou (fond)*, Série C, n°33
- * C.I.A.D.H., arrêt du 12 novembre 1997, *Suarez Rosero c. Equateur*, Série C, n°35
- C.I.A.D.H., arrêt du 19 novembre 1999, *Villagran Morales c. Guatemala*, Série C, n° 36
- * C.I.A.D.H., arrêt du 27 novembre 1998, *Loayza Tamayo c. Pérou (réparations)*, Série C, n°42
- * C.I.A.D.H., arrêt du 20 janvier 1999, *Suarez-Rosero c. Equateur (réparations)*, Série C, n°44
- * C.I.A.D.H., arrêt du 5 février 2001, *The Last Temptation of Christ (Olmedo Bustos et al. v. Chile)*, Série C., n° 73.
- * Cour I.A.D.H., arrêt du 14 mars 2001, *Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al. vs. Peru)*, Série C, n°75

¹⁹⁰⁹ Site internet : <<http://www.corteidh.or.cr>>

- * C.I.A.D.H., arrêt du 3 septembre 2001, *Barrios Altos Case (Chumbipuma Aguirre et al. vs. Peru)* (interprétation de l'arrêt au fond), *Série C*, n° 83
- * C.I.A.D.H., arrêt du 30 novembre 2001, *Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre et al. vs. Peru)* (réparations), *Série C*, n°87
- C.I.A.D.H., arrêt du 3 décembre 2001, *Cantoral Benavides v. Peru* (réparations), *Série C.*, n° 88
- * C.I.A.D.H., arrêt du 27 février 2002, *Trujillo-Orozco c. Bolivie* (réparations), *Série C*, n°92
- * C.I.A.D.H., arrêt du 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine et Benjamin c. Trinité et Tobago*, *Série C*, n°94
- C.I.A.D.H., arrêt du 2 septembre 2004, *Caso 'insituto de Reeducacion del Menor' c. Paraguay*, *Série C*, n° 112
- * C.I.A.D.H., arrêt du 11 mars 2005, *Caesar c. Trinidad et Tobago*, *Série C*, n° 123
- C.I.A.D.H., arrêt du 15 septembre 2005, *Caso de la Masacre de Mapiripan c. Colombie*, *Série C*, n° 134.
- C.I.A.D.H., arrêt du 28 novembre 2005, *Gomez Palomino c. Pérou*, série C n°138
- C.I.A.D.H., arrêt du 5 juillet 2006, *Montero Aranguren et autres (Reten de Catia) c. Venezuela*, *Série C*, n°150
- * C.I.A.D.H., arrêt du 26 septembre 2006, *Almonacid-Arellano et autres c. Chili*, *Série C*, n°154.
- * C.I.A.D.H., arrêt du 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Pérou*, *Série C*, n°162.

E. PROCEDURES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'O.I.T.¹⁹¹⁰

Commissions d'enquêtes instituées conformément à l'article 26 de la Constitution de l'O.I.T.

- * Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1957, *Plainte du Ghana au sujet de l'application par le Portugal de la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé*, *Bull. off. B.I.T.*, vol. XLV, 1962, n°2, supp. II.
- * Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport du 25 février 1963, *Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Liberia de la Convention n°29 sur le travail forcé*, *Bull. off. B.I.T.*, vol. XLVI, 1963, n°2, supp. II.
- * Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1985, *Réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale alléguant l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession)*, *Bull. Off. B.I.T.*, 1987, vol. LXX, série B, supp. I.
- Comm. d'enquête de l'O.I.T., rapport de 1989, *Plainte concernant l'observation par la Roumanie de la convention concernant la discrimination (emploi et profession)*, 1958, n°111, *Bull. off. B.I.T. Série B*, Vol. LXXIV, 1991, Suppl. 3, <www.ilo.org/ilolex>
- * Commission d'enquête instituée conformément à l'article 26 de la Constitution de l'O.I.T., rapport du 2 juillet 1998, *Plainte concernant l'inexécution par le Myanmar de la Convention n° 29 sur le travail forcé*, GB.267/16/2, GB.268/14/8, GB.268/15/1, *Bull. off. B.I.T.*, vol. LXXXI, 1998, série B, supp. spécial.

¹⁹¹⁰ Site internet : <<http://www.ilo.org/ilolex>>

* Commission d'enquête de l'O.I.T., rapport de 2008, *Plaintes concernant le non-respect par la Zimbabwe de la convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, et de la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective*, Bull. off. B.I.T., vol. XCIII, 2010, série B, supp. spéc.

- Commission d'enquête de l'O.I.T., rapport de 2003, *Plainte concernant le non-respect par le Belarus de la Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, et de la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective*, Bull. off. B.I.T., vol. LXXXVII, 2004, série B, supp. spécial.

Comités tripartites institués conformément à l'article 24 de la Constitution de l'O.I.T.

* Comité tripartite de l'O.I.T., rapport de 1994, *Réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions sur l'inspection du travail et sur la politique sociale (Fédération syndicale mondiale – FSM), (1947, n°81 et 82)*

* Comité tripartite de l'O.I.T., rapport de 1995, *Réclamation alléguant l'inexécution par la Grèce de la convention concernant l'inspection du travail (Fédération des associations des fonctionnaires du ministère du Travail de Grèce), (1947, n°81)*

F. PROCEDURES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DU GATT PUIS DE L'O.M.C.¹⁹¹¹

Groupes établis sous l'empire du GATT

* Groupe de travail, rapport du 30 juin 1949, *Brésil – Taxes intérieures*, GATT/CP. 3/42 – I.B.D.D. II/196

* Sous-groupe des réclamations, rapport du 7 novembre 1952, *Belgique – Allocations familiales*, Danemark et Norvège c. Belgique, G/32 – 1S/63

- Comité contentieux, rapport du 26 février 1955, *Suède – Droits antidumping*, Italie c. Suède, L/328, I.B.D.D., 3S/95

- Groupe spécial, rapport du 16 novembre 1962, *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII*, L/1923 – I.B.D.D., 11S/98

- Groupe spécial, rapport du 16 novembre 1962, *Exportations de pommes de terre à destination du Canada*, États-Unis c. Canada, L/1927, IBDD, 11S/90

- Groupe spécial, rapport du 14 mars 1978, *États-Unis – Mesures appliquées par la CEE aux protéines destinées à l'alimentation des animaux*, États-Unis c. CEE, L/4599, I.B.D.D., 25S/53

- Groupe spécial, rapport du 10 mars 1981, *Communauté européenne importation de viande de bœuf en provenance du Canada*, Canada c. CE, L/5099, I.B.D.D., 28S/97

- Groupe spécial, 26 mai 1983, *États-Unis – Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, Canada c. États-Unis, L/5333, I.B.D.D., 30S/111

¹⁹¹¹ Site internet : <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/find_dispu_cases_f.htm>

- Groupe spécial, rapport du 20 novembre 1984, *Groupe spécial du papier journal*, Canada c. C.E.E., I.B.D.D., 31S/114
- * Groupe spécial, rapport du 17 juin 1987, *Etats-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, Canada, C.E.E., Mexique c. Etats-Unis, I.B.D.D., 34S/154
- * Groupe spécial, rapport du 22 juin 1989, *Norvège – Restrictions à l'importation des pommes et poires*, États-Unis c. Norvège, I.B.D.D., 36S/306
- * Groupe spécial, rapport du 25 janvier 1990, *C.E.E. – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, I.B.D.D., 39S/91
- * Groupe spécial, rapport du 16 mai 1990, *C.E.E. – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, Japon c. C.E.E., I.B.D.D., 37S/132
- Groupe spécial, rapport adopté le 7 novembre 1990, *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, I.B.D.D., S37/214, 243-244
- Groupe spécial, rapport du 19 juin 1992, *Affaire États-Unis – Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, Brésil c. Etats-Unis, I.B.D.D., 39S/128
- * Groupe spécial, rapport du 19 juin 1992, *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, Canada c. Etats-Unis, I.B.D.D., 39S/206

Groupes spéciaux et organe d'appel de l'Organe de règlement des Différends de l'O.M.C.

- * Groupe spécial, rapport du 4 octobre 1994, *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, WT/DS44/R
- Organe d'appel, rapport du 20 mai 1996, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Venezuela, Brésil c. Etats-Unis
- Groupe spécial, rapport mod par l'organe d'appel du 11 juillet 1996, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, C.E., Canada, États-Unis c. Japon
- Groupe spécial, rapport du 22 mai 1997, *C.E. – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/R
- * l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, *C.E. – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R
 - Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22. 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décision des arbitres du 9 avril 1999, WT/DS27/ARB.
- Groupe spécial, rapport du 5 septembre 1997, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R
- Groupe spécial, rapport du 25 novembre 1997, *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, WT/DS56/R
- * Organe d'appel, rapport du 19 décembre 1997, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R
- Organe d'appel, rapport du 16 janvier 1998, *C.E. – Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/AB/R

Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22. 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décision des arbitres du 12 juillet 1999, WT/DS26/ARB.

* Groupe spécial, rapport du 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R

* Groupe spécial, rapport du 31 mars 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, CE c. Etats-Unis, WT/DS136/R

* Groupe spécial, rapport du 29 mai 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, Japon c. Etats-Unis, WT/DS162/R

- Groupe spécial, rapport du 15 juin 2000, *Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R.

Arbitrage au titre de l'article 21. 3 c), rapport du 15 janvier 2001.

- Groupe spécial, rapport du 17 juillet 2000, *Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R

* Organe d'appel, rapport du 28 août 2000, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, C.E et Japon, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R.

Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décision des arbitres du 24 février 2004, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/ARB

- Organe d'appel, rapport du 2 janvier 2002, *Etats-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R.

- Groupe spécial, rapport du 15 juillet 2002, *Etats-Unis – Article 129 c)1) de la Loi sur les Accords du cycle de l'Uruguay*, WT/DS221/R.

- Organe d'appel, rapport du 16 janvier 2003, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R.

Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, décision de l'arbitre du 31 août 2004, *Etats-Unis - Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/ARB/BRA, WT/DS217/ARB/CHL, WT/DS217/ARB/EEC, WT/DS217/ARB/IND, WT/DS217/ARB/JPN, WT/DS217/ARB/KOR

* Organe d'appel, rapport du 9 janvier 2004, *Etats-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion en provenance du Japon*, WT/DS244/AB/R.

* Organe d'appel, rapport du 29 novembre 2004, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/AB/R.

- Groupe spécial, rapport du 31 octobre 2005, *Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, WT/DS294/R

* Organe d'appel, rapport du 18 avril 2006, *Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, WT/DS294AB/R

- Organe d'appel, rapport du 4 février 2009, *Etats-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R

G. DIVERS

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹⁹¹²

- * T.P.I.Y., Décision du 10 décembre 1998, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, I.L.M., 1999, vol. 38, p. 317-377.
- * T.P.I.Y., Décision du Président du Tribunal du 3 avril 1996, *Affaire Blaskic*, R.G.D.I.P., 1996, p. 1151-1159.

C.J.C.E. (ancienne C.J.U.E.)¹⁹¹³

- C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141 et s.
DE WITTE (B.), « Retour à Costa. La primauté du droit communautaire au regard du droit international. » R.T.D.E., 1984, p. 424.
- C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Humblet c. Belgique*, aff. 6/60, *Rec.*, 1125 et s.
- C.J.C.E. arrêt du 26 février 1986, *M. H. Marshall/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, aff. 152-84,
- C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1970, *Spa Sace/Ministro delle finanze*, aff. 33-70

Cours françaises

- Conseil constitutionnel, décision du 15 janvier 1975, *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, DC 74-54, *Rec.* p. 19 et s.
- Conseil constitutionnel, décision du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, DC 2005-524/525, *Rec.*, p. 142 et s.
- Conseil d'Etat, arrêt du 28 février 1992, *Sté an. Arizona Tobacco Products*, *Rec.*, p. 78 et s., concl. LAROQUE
- Conseil d'Etat, arrêt du 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n°18.
- Conseil d'Etat, arrêt du 29 mars 1901, *Casanova*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n°8.
- Conseil d'Etat, arrêt du 19 octobre 1962, *Brocas*, *Rec.*, p. 553 et s.

¹⁹¹² Site internet : <<http://www.un.org/icty>>

¹⁹¹³ Site internet : <<http://eur-lex.europa.eu>>

II. DOCUMENTS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

SdN : Conférence de codification de La Haye, 1930

Comité préparatoire de la Conférence de codification du droit international de la SdN, « Bases de discussions », Tome III, *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, Publications de la Société des Nations V, Service de publications de la SdN, 1929, 359 p.

Procès-verbaux de la Troisième commission, Actes de la Conférence pour la codification du droit international, La Haye, 13 mars - 12 avril 1930, *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, Publications de la Société des Nations V, Service de publications de la SdN.

Texte des articles adoptés en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence pour la codification du droit international, La Haye, 1930, voir : doc. N.U., A/CN.4/96, *Ann. C.D.I.*, 1956, vol. II, p. 226 (document, annexe 3).

ONU : Travaux de la Commission du droit international¹⁹¹⁴

Droit des traités

Nouvel article proposé par le Luxembourg, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 2^e session, Vienne, 12^e séance plénière du 6 mai 1969, p. 52-53 (A/Conf.39/11/add.1) ; également : Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale, *Ann.*, 1966, vol. II, observations des gouvernements, Luxembourg, p. 354.

Débats, Opinions des États sud-américains sur le nouvel article proposé par le Luxembourg, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 2^e session, Vienne,
12^e séance plénière du 6 mai 1969, A/Conf.39/11/add.1, p. 52-53 (El Salvador)
13^e séance plénière du 6 mai 1969, A/Conf.39/11/add.1, p. 54-56, (Venezuela et Equateur)

Discussion sur *Pacta sunt servanda*, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 28 et 29^e séances plénières, Vienne, 18 avril 1968, *Ann. C.D.I.*, 1968, vol. I, p. 163-171.
amendement du Pakistan, A/CONF.39/C.1/L.81

Droit de la responsabilité de l'Etat

- Première lecture du projet d'articles, première partie du projet :

Sous-commission de la C.D.I. (président : R. Ago), « Rapport sur la responsabilité des États », A/CN.4/152, annexe à C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa quinzième session, *Ann. C.D.I.*, 1963, vol. II, 2^e partie, p. 237-270.

¹⁹¹⁴ Site internet : <<http://www.un.org/law/ilc>>

AGO (R.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1970, vol. II, 1^{re} partie, p. 189 et s.

AGO (R.), « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1971, vol. II, 1^{re} partie, p. 209 et s.

AGO (R.), « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1972, vol. II, 1^{re} partie, p. 77 et s.

AGO (R.), « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1976, vol. II, 1^{re} partie, p. 3 et s.

AGO (R.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1^{re} partie, p. 3 et s.

AGO (R.), « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1^{re} partie, p. 29 et s.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa vingt-deuxième session, A/25/10, *Ann. C.D.I.*, 1970, vol. II, 2^e partie, p. 329 et s

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa vingt-cinquième session, A/28/10, *Ann. C.D.I.*, 1973, vol. II, 2^e partie, p. 167-201.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa vingt-septième session, A/30/10, *Ann. C.D.I.*, 1975, vol. II, 2^e partie, p. 55-113.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa vingt-huitième session, A/31/10, *Ann. C.D.I.*, 1976, vol. II, 2^e partie, p. 65-113.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa vingt-neuvième session, A/32/10, *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 2^e partie, p. 1-136.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa trentième session, A/33/10, *Ann. C.D.I.*, 1978, vol. II, 2^e partie, p. 84-119.

- Deuxième lecture du projet d'articles, ensemble première et deuxième parties du projet :

RIPHAGEN (W.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/344, *Ann. C.D.I.*, 1981, vol. II, 1^{re} partie, p. 81-105.

RIPHAGEN (W.), « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/366, *Ann. C.D.I.*, 1983, vol. II, 1^{re} partie, p. 3-26.

RIPHAGEN (W.), « Sixième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/389, *Ann. C.D.I.*, 1985, vol. II, 1^{re} partie, p. 4-16.

RIPHAGEN (W.), « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/397, *Ann. C.D.I.*, 1986, vol. II, 1^{re} partie, p. 1-6.

ARANGIO-RUIZ (G.), « Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/416 et Add. 1, *Ann. C.D.I.*, 1988, vol. II, 1^{re} partie, p. 6-45.

ARANGIO-RUIZ (G.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/425 et Add. 1, *Ann. C.D.I.*, 1989, vol. II, 1^{re} partie, p. 1-64.

CRAWFORD (J.), « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/490, 1998
CRAWFORD (J.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/498, 1999
CRAWFORD (J.), « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/507, 2000
CRAWFORD (J.), « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/517, 2001

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa quarante-cinquième session, A/48/10, *Ann. C.D.I.*, 1993, vol. II, 2^e partie, p. 35 et s.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa cinquantième session, A/53/10, *Ann. C.D.I.*, 1998, vol. II, 2^e partie, p. 62-90.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa cinquante et unième session, A/54/10, *Ann. C.D.I.*, 1999, vol. II, 2^e partie, p. 50-93.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa cinquante-deuxième session, A/55/10, 2000, p. 10-108.

C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa cinquante-troisième session, A/56/10, 2001, p. 29-393 (Adoption du projet définitif d'articles).

Autres

DUGART (J.), « Deuxième rapport sur la protection diplomatique », A/CN.4/514, 2001

C.D.I., « Principes du droit international reconnus dans le Statut et la sentence du Tribunal de Nuremberg », texte adopté lors de sa 2^e session, 1950, *Ann. C.D.I.*, 1950, vol. I, p. 374 (Principe II)

C.D.I., rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, « Projet de Statut d'une cour criminelle internationale et commentaires y relatifs », *Ann. C.D.I.*, 1994, vol. II, 2^e partie, p. 28-92, spéc. Septième Partie, « Coopération et assistance judiciaire », art. 51 à 57, p. 66-70.

ONU : résolutions

*Assemblée générale*¹⁹¹⁵

A.G.N.U., résolution du 15 décembre 1969, *Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity*, RES 2583 (XXIV)

A.G.N.U., résolution du 3 décembre 1973, *Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes against Humanity*, Res 3074 (XXVIII)

A.G.N.U., résolution 56/83 du 12 décembre 2001, *Codification du droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83

¹⁹¹⁵ Site internet : <<http://www.un.org/fr/ga>>

A.G.N.U., résolution du 3 avril 2006, *Conseil des droits de l'homme*, A/RES/60/251

*Conseil de sécurité*¹⁹¹⁶

C.S.N.U., résolution du 29 mai 1968, *Question de la situation en Rhodésie du Sud*, S/RES/253 (1968)

C.S.N.U., résolution du 22 mai 1973, *Question de la situation en Rhodésie du Sud*, S/RES/333 (1973)

C.S.N.U., résolution du 6 août 1990, *Irak et Koweït*, S/RES/661 (1990)

C.S.N.U., résolution du 31 mars 1992, *Irak et Koweït*, S/RES/748 (1992)

C.S.N.U., résolution du 25 mai 1993, *Tribunal (ex-Yugoslavie)*, S/RES/827 (1993) (annexe le Statut du T.P.I.Y.)

C.S.N.U., résolution du 8 novembre 1994, *Situation concernant le Rwanda (création d'un tribunal international)*, S/RES/955 (1994) (annexe le statut du T.P.I.R.)

C.S.N.U., résolution du 17 novembre 1998, *Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie* S/RES/1207 (1998)

ONU : divers

T.P.I.Y., Lettre de la Présidente du Tribunal au Conseil de sécurité du 8 septembre 1998, S/1998/839

T.P.I.Y., Lettre de la Présidente du Tribunal au Conseil de sécurité du 23 octobre 1998, S/1998/990

Document de base présenté par les Etats parties au Comité des droits de l'homme en application des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Rapport du Costa Rica, 2 juillet 1999, HRI/CORE/1/Add.104

Travaux du Comité préparatoire pour la Création d'une Cour criminelle internationale : A/C.249/CRP.9/Add. 5 et A/AC.249/CRP.17 ;

Travaux du Comité de rédaction du Statut de la Cour pénale internationale : A/CONF.183/DC/R.74 et A/CONF.183/C.1/L.68/Rev.1.

Précis de la pratique du secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux, <<http://untreaty.un.org/French/access.asp>>

Conseil de l'Europe¹⁹¹⁷

Surveillance de l'exécution des arrêts

Comité des Ministres, résolution finale du 27 octobre 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, DH (83)13

¹⁹¹⁶ Site internet : <<http://www.un.org/french/docs/cs>>

¹⁹¹⁷ Site internet : <www.coe.int>

- Comité des Ministres, résolution intérimaire du 26 juin 2001, *relative à l'arrêt de la Cour E.D.H. du 18 février 1999 dans l'affaire Matthews contre le Royaume-Uni*, ResDH(2001)79.
- Comité des Ministres, résolution finale suite à l'arrêt du 31 janvier 2006, *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, req. 50435/99, CM/ResDH(2010)60.
- Comité des Ministres, résolution finale suite à l'arrêt du 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, req. 1948/04, CM/ResDH(2010)10.
- Comité des Ministres, résolution intérimaire du 26 juin 2001, *relative à l'arrêt de la Cour E.D.H. du 18 février 1999 dans l'affaire Matthews contre le Royaume-Uni*, ResDH(2001)79.
- Comité des Ministres, résolution finale du 2 novembre 2006, *relative à l'arrêt de la Cour E.D.H. du 18 février 1999 dans l'affaire Matthews contre le Royaume-Uni*, ResDH(2006)57
- Comité des Ministres, résolution finale de 2005, *relative à l'arrêt du 26 mars 1992, Beldjoudi c. France*, ResDH(2005)26.
- Comité des Ministres, résolution du 18 janvier 1989, *relative à l'arrêt du 26 mars 1985 X c. Pays-Bas*, ResDH(1989)54.
- Comité des Ministres, résolution du 7 mai 1999, *Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*, ResDH (1999) 50
- Comité des Ministres, résolution du 15 mai 1996, *relatives à l'arrêt Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, DH(96)251
- Comité des Ministres, résolution du 20 mars 1997, *relative à l'arrêt Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, DH(97)184.

Autres

- Comité des Ministres, Résolution n°1997-05, renvoyant à la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, entrée en vigueur le 1er octobre 1991
- Comité des Ministres, recommandation du 19 janvier 2000, *Réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, REC(2000)2
- Comité des Ministres, résolution du 12 mai 2004, adoptée lors de la 114^e session du Comité des Ministres, Res(2004)3.
- Comité des Ministres, recommandation du 12 mai 2004, *Vérification de la compatibilité des projets de lois, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les standards fixés par la Convention européenne des droits de l'homme*, REC(2004)5
- Conseil de l'Europe, Mesures communiquées au Comité des Ministres lors de son contrôle de l'exécution des arrêts et des décisions en vertu de la convention, mise à jour de mai 2006, H/Exec (2006)1
- Comité des Ministres, Liste des Mesures individuelles adoptées pour réparer les conséquences de la violation pour le requérant, communiquées au Comité des Ministres lors de son contrôle de l'exécution des arrêts et des décisions en vertu de la Convention (Application des anciens articles 32 et 54 et de l'article 46), dernière mise à jour : avril 2006, après la 960^e réunion DH du Comité des Ministres, H-Exec(2006)2.
- Comité des Ministres, *Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables*, 10 mai 2006, 964^e réunion des Délégués des Ministres, Annexe 4.

Greffe de la Cour E.D.H., *Note d'information sur la procédure de l'arrêt pilote révisée*, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/445AA275-41ED-4B5E-AF12-0107380AF584/0/Note_sur_la_procédure_de_l_arrêt_pilote_révisée.pdf>

Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm>>

Comité des Ministres, Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 4^e rapport annuel, 2010, <www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2010_fr.pdf>, 209 p.

Organisation internationale du travail

Département des normes internationales du travail de l'O.I.T., *Manuel sur les procédures en matière de conventions et recommandations internationales du travail*, Genève, Bureau international du Travail, 2006, 68 p.

« Note au lecteur », *Rapport de la commission d'experts*, 2008, <http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportsubmittedtotheConference/lang--fr/docName--WCMS_090993/index.htm>

« Rapport général », *Rapport de la Commission d'expert*, 2008, <http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportsubmittedtotheConference/lang--fr/docName--WCMS_090993/index.htm>

Surveillance de l'exécution, affaire du Myanmar :

Conseil d'administration du B.I.T., cinquième question à l'ordre du jour, 22 février 1999, *Mesures prises par le gouvernement du Myanmar pour mettre en œuvre les recommandations de la commission d'enquête chargée d'examiner la plainte concernant l'exécution de la convention (n°29) sur le travail forcé, 1930*, 274^e session, 8^e séance, Genève, mars 1999, B.I.T. GB.274/5

Conseil d'administration du B.I.T., décision de mars 1999, *Mesures prises par le gouvernement du Myanmar pour mettre en œuvre les recommandations de la commission d'enquête chargée d'examiner la plainte concernant l'exécution de la convention (n°29) sur le travail forcé, 1930*, 274^e session, 8^e séance, B.I.T. GB.274/5/D.1

Conseil d'administration du B.I.T., rapport de la mission de coopération technique au Myanmar (vendredi 20 octobre – jeudi 26 octobre 2000), *Suite donnée par le gouvernement du Myanmar aux recommandations de la Commission d'enquête chargée d'examiner l'exécution de la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930*, 279^e session, novembre 2000, B.I.T. GB.279/6/1

Conférence internationale du travail, résolution de juin 1999, *Recours généralisé au travail forcé au Myanmar*, CIT87, <<http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc87/com-myan.htm>>

Conseil d'administration, décision de mars 2000 prise en réponse à la sixième question à l'ordre du jour, 277^e session, *Mesures, y compris action en vertu de l'article 33 de la Constitution de l'OIT, pour assurer l'application par le gouvernement du Myanmar des recommandations de la commission d'enquête chargée d'examiner la plainte concernant l'exécution par le Myanmar de la convention (n°29) sur le travail forcé, 1930*, GB.277/6 (Add.1 et Add.2)

Conférence internationale du travail, résolution du 14 juin 2000, *Mesures recommandées par le Conseil d'administration au titre de l'article 33 de la Constitution de l'OIT au sujet du Myanmar*, 88^e session, mai-juin 2000, CIT 88.

Organisation de coopération et de développement économiques¹⁹¹⁸

Modèle de projet de Convention Abs-Shawcross approuvé par les Ministres de l'O.C.D.E. (modèle européen de T.B.I.), 1962.

Projet de convention sur la protection des biens étrangers, texte et commentaires annexés à Conseil de l'O.C.D.E., résolution du 12 octobre 1967, *Projet de convention sur la protection des biens étrangers*.

O.C.D.E., « L' 'expropriation indirecte' et le 'droit de réglementer' dans le droit international de l'investissement », Documents de travail sur l'investissement international, n°2004/4, Editions O.C.D.E., 2004, <<http://dx.doi.org/10.1787/871821182042>>

Banque mondiale

Banque mondiale, « Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger », 21 septembre 1992, <<http://www.banquemondiale.org/publications>>

III. CONVENTIONS

Convention de l'O.I.T. n° 29 sur le travail forcé ou obligatoire, Genève, 28 juin 1930, <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>>

Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 7 décembre 1944

Charte des Nations Unies, San Fransisco, 26 juin 1945

Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949, *Rec. Traités N.U.*, vol. 75, n°970

Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Genève, 12 août 1949, *Rec. Traités N.U.*, vol. 75, n°971

Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 12 août 1949, *Rec. Traités N.U.*, vol. 75, n°972

Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949, *Rec. Traités N.U.*, vol. 75, n°973

Echange de notes entre les Pays-Bas et le Luxembourg constituant un accord concernant le placement d'ouvriers agricoles néerlandais au Luxembourg, Luxembourg, 17 et 25 août 1950, *Rec. Traités N.U.*, 1951, vol. 81 p. 16.

¹⁹¹⁸ Site internet : <www.oecd.org>

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dite Convention européenne des droits de l'homme, C.E.D.H.), Rome, 4 novembre 1950, telle qu'amendée par les protocoles n°11 et n°14, <<http://www.echr.coe.int>>.

Travaux préparatoires : Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, 8 vol., La Haye/Boston/Londres/Dordrecht/Lancaster, Martinus Nijhoff, 1975-1985

Protocole n°6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, Strasbourg, 28 avril 1983, <<http://www.echr.coe.int>>

Convention de l'O.I.T. n°111 sur la discrimination en matière d'emploi et de profession, Genève, 25 juin 1958, <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>>

Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 1961, *Rec. Traités N.U.*, vol. 500, p. 95.

Convention d'établissement entre la République française et la République malgache, Tananarive, 27 juin 1960, *Rec. Traités N.U.*, 1972, vol. 820, p. 364.

Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Rome, 26 octobre 1961, *Rec. Traités N.U.*, vol. 496, n°7247

Convention d'UNIDROIT portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, 1^{er} juillet 1964, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>

Convention de l'O.I.T. n°120 sur l'hygiène (commerce et bureaux), Genève, 8 juillet 1964, <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>>

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Washington, 18 mars 1965

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16 décembre 1966, *Rec. Traités N.U.*, vol. 999, p. 171.

Deuxième protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, adopté et proclamé par l'A.G.N.U. dans sa résolution 44/128 du 15 décembre 1989

Traité sur la non prolifération des armes nucléaires, Londres, Moscou, Washington, 1^{er} juillet 1968, *Rec. Traités N.U.*, vol. 729, n°10485

Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, 29 novembre 1969, *Rec. Traités N.U.*, vol. 973, n°14197, p. 11 et s.

Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, 27 septembre 1968, *J.O.C.E.*, 31 décembre 1972, 15^e année, n° L299

Convention sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1155, p. 331.

Convention américaine relative aux droits de l'homme, San José, 22 novembre 1969, <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>>.

Convention d'UNIDROIT relative au contrat de voyage, Bruxelles, 23 avril 1970, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>

Convention d'UNIDROIT portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, Washington, 26 octobre 1973, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>.

Travaux préparatoires, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>

- Rapport du Secrétariat d'UNIDROIT : PLANTARD (J.-P.), « Rapport explicatif sur la Convention UNIDROIT portant loi uniforme sur la forme d'un testament international », <<http://www.unidroit.org/french/conventions/1973wills/main.htm>>
- Statute of the Inter-American Court of Human Rights, adopté par l'Assemblée Générale de l'O.A.S., 9^e session, La Paz (Bolivie), Octobre 1979, Rés. n°448, <www.corteidh.or.cr>
- Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise, (élaborée en collaboration avec UNIDROIT, adoptée sous l'égide de la CNUDCI), 11 avril 1980, <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods.html>
- Charte africaine des droits de l'homme, Nairobi, 27 juin 1981, *Rec. Traités N.U.*, 1988, vol. 1520, p. 268 et s.
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1834, p. 3
- Convention d'UNIDROIT sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, Genève, 17 février 1983, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>.
- Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, New York, 10 décembre 1984 <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/h_cat39_fr.htm>
- Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international, Ottawa, 28 mai 1988, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>
- Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international, Ottawa, 28 mai 1988, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>
- Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Vienne, 19 décembre 1988, <http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_fr.pdf>.
- Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes chimiques et sur leur destruction, Genève, 3 septembre 1992, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1974, n°33957
- Protocole modifiant la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures Londres, 27 novembre 1992, *Rec. Traités N.U.*, vol. 1986, n°14097, p. 19 et s.
- Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), 17 décembre 1992, article 1110. 1. c., <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.
- Inter-American Convention on the forced disappearance of persons, Belem do Para (Brésil), 6 septembre 1994, *O.A.S. Treaty Series*, A-60, <www.oas.org>.
- Accord instituant l'O.M.C., Marrakech, 15 avril 1994, *Rec. Traités N.U.*, 1995, vol. 1867, n°31874
- Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay, Marrakech, 15 avril 1994, <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>, annexe 1A.
- Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay, Marrakech, 15 avril 1994, <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>, annexe 2.
- Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, Rome, 24 juin 1995, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>.

Traité des Nations Unies d'interdiction complète des essais nucléaires, New York, 10 septembre 1996, A/50/1027 (non encore en vigueur).

Statut de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 28 mai 1999, Montréal, *Rec. Traités N.U.*, Vol. 2242, I-39917, p. 369 et s.

Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, New York, 9 décembre 1999, <<http://www.unodc.org/documents/treaties/>>.

Convention des Nations Unies contre la criminalité internationale organisée et ses protocoles, New York, 15 novembre 2000, et protocoles s'y rapportant <<http://www.unodc.org/documents/treaties/>>

Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, et les protocoles y afférents, Le Cap, 16 novembre 2001, <<http://www.unidroit.org/french/conventions>>

Convention des Nations Unies contre la corruption, New York, 31 octobre 2003, <<http://www.unodc.org/documents/treaties/>>

Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, Pékin, 10 septembre 2010, <http://www.icao.int/DCAS2010/restr/docs/beijing_convention_multi.pdf>

INDEX DE JURISPRUDENCE

Ne sont reprises dans cet index, désignées par leur nom courant et classées par ordre alphabétique, qu'une sélection d'affaires particulièrement importantes pour notre sujet.

A, B et C. c. Irlande : 519 ; 520 ; 598

Acier (Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion en provenance du Japon) : 179 ; 535

Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'organisation des Nations Unies (Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21...) : 122-123 ; 153-154

Adolf : 72 ; 294-295 ; 450

Akkoç c. Turquie
décision de la Comm. E.D.H. : 110
arrêt de la Cour E.D.H. : 440

Alabama : 182-184

Allocations familiales belges : 150

Almonacid-Arellano : 160 ; 348

Avena
fond : 69 ; 87 ; 185 ; 286-287 ; 333 ; 367 ; 409 ; 414 ; 471-473 ; 506 ; 509
interprétation : 37 ; 61

Bananes (Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes) :
groupe spécial : 557-558
organe d'appel : 535 ; 558
arbitrage 22. 6 : 578

Barrios Altos :
fond : 21 ; 160 ; 162 ; 347
interprétation : 350
réparation : 385 ; 389

Blaskic : 279 ; 297 ; 376 ; 526 ; 584

Boissons alcooliques (Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt) : 145-146 ; 151 ; 174

Brevets (Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture)
groupe spécial : 168 ; 170
organe d'appel : 13 ; 146 ; 161 ; 170 ; 428

Broniowski : 162 ; 165 ; 357 ; 360 ; 404 ; 482

Briiggemann et Scheuten c. R.F.A. : 500-501 ; 517-518

Burden et Burden : 478 ; 480 ; 482 ; 486 ; 488

Caesar : 275 ; 419 ; 429 ; 545

Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Application) (Boll) : 241-242 ; 255

Certain attributes of the Inter-American Commission on Human Rights : 541 ; 561

Chypre c. Turquie (2001) : 257-258 ; 265-266 ; 294 ; 510-511

Cigarettes (Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes) : 173

Colozza : 61 ; 72

Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism : 539

Compatibility of the draft legislation with article 8.2.b of the American Convention on Human Rights : 540

Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc : 343

Dudgeon
fond : 6 ; 166 ; 181-182 ; 185-186 ; 193 ; 288 ; 299 ; 370 ; 501-502
satisfaction équitable : 378

De Becker : 493-494 ; 495

De Cubber : 72

Echange des populations turques et grecques : 464 ; 155-156 ; 269-270

El Amparo : 152 ; 175

Enron : 439 ; 453 ; 455-456

Furundzija : 209 ; 219 ; 224-226 ; 231 ; 375-376 ; 526

Goetz : 155 ; 359

Golder : 61 ; 176 ; 477

Grèce c. Royaume-Uni (affaire chypriote)
1^{re} affaire chypriote (1956) : 367 ; 508 ; 515
2^e affaire chypriote (1957) : 459 ; 510

Haute-Silésie polonaise (certains intérêts allemands) :
exceptions préliminaires : 438-439
fond : 1-2 ; 12 ; 100 ; 118 ; 131-132 ; 184 ; 42-443

Hobbs : 486 ; 488

Hilaire, Constantine et Benjamin : 275 ; 419 ; 429 ; 545

Interhandel : 458 ; 468-469

International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights : 152 ; 175 ; 256 ; 450 ; 499

Irlande c. Royaume-Uni
 rapport de la Comm. E.D.H. : 264 ; 516
 arrêt de la Cour E.D.H. : 264-265 ; f267-268 ; 293 ; 517

James : 298

Johnston : 168 ; 477-478 ; 480 ; 489

Keegan : 498

Klass : 52 ; 294 ; 370 ; 416 ; 451 ; 500

La Cantuta : 160 ; 349 ; 389

LaGrand : 59-60 ; 87 ; 99 ; 111 ; 184-185 ; 286-287 ; 330 ; 408-409 ; 412 ; 470 ; 507

Last Temptation of the Christ : 295 ; 545

Loi antidumping de 1916 :
 groupes spéciaux : 178
 organe d'appel : 140 ; 177 ; 187 ; 290

Lotus : 129 ; 203-204 ; 411

Loayza Tamayo
 fond : 330 ; 419
 réparations : 330

Loewen : 57 ; 70-71 ; 465

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (Yérodia) : 115-116 ; 126-128 ; 132 ; 252 ; 317-318 ; 323 ; 446

Marckx : 52 ; 294 ; 370 ; 416 ; 451 ; 500

Martini : 70 ; 100-101 ; 126 ; 130 ; 330

Mavrommatis (Concessions... à Jérusalem) :
 exceptions préliminaires : 438
 fond : 285-286 ; 377-378 ; 422

Norris :
 décision de la Comm. E.D.H. : 502 ; 518
 arrêt de la Cour E.D.H. : 177-178 ; 182 ; 186 ; 299

Oléagineux et protéines (Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux) : 146 ; 151-152

Open Door et Dublin Well Woman : 505

Pays nordiques c. Grèce (The Greek Case)
 1^{er} cas : 529-484
 2^e cas : 288-289

Pétrole (Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation) : 142 ; 145 ; 173

Phosphates du Maroc : 79-80 ; 114-115 ; 120

Pièces détachées et composants (Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants) : 175

Plaintes concernant le non-respect par le Zimbabwe de la convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical : 532

Plainte concernant l'inexécution par le Myanmar de la Convention n° 29 sur le travail forcé : 229 ; 565-566

Plainte du Ghana au sujet de l'application par le Portugal de la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé : 531 ; 212

Plainte du Portugal au sujet de l'application par le Liberia de la Convention n°29 sur le travail forcé : 225 ; 229 ; 233-234 ; 385 ; 391 ; 402 ; 531 ; 553

Pommes et poires (Restrictions à l'importation) : 174

Produits tubulaires pour champs pétrolifères (Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine) : 534-535

Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica : 545

Réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions sur l'inspection du travail et sur la politique sociale : 278

Réclamation alléguant l'inexécution par la Grèce de la convention concernant l'inspection du travail : 278, 426-427

Réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale alléguant l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession) : 229 ; 530-531 ; 552-553

Réduction à zéro (Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping) : 179 ; 291 ; 300 ; 534-535

Restrictions to the death penalty : 280

Régime linguistique de l'enseignement en Belgique (Certains aspects)

exceptions préliminaires : 161 ; 352 ; 422

fond : 166 ; 345 ; 361

Section 301 (Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur) : 21 ; 178 ; 272-273 ; 300-301 ; 368

Selim : 478 ; 485 ; 487

SEGI et autres : 481 ; 504

Siemens : 440 ; 445 ; 464

Soering : 101 ; 125 ; 331 ; 351

Statut du territoire de Memel (Interprétation du) : 8 ; 443-444

Suarez Rosero :

fond : 275 ; 295 ; 551 ; 561

réparations : 403-404

Tabac (Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur) : 146 ; 151 ; 164 ; 174

Taxes intérieures brésiliennes : 144, 159, 557

Texaco : 259 ; 271

Trujillo-Orozca : 389

Veirmere : 161 ; 351 ; 355-356 ; 361

West : 159-160

X c. Autriche : 504

X. c. R.F.A. : 486

X et Y c. Pays-Bas : 167 ; 267 ; 360-361

TABLE DES MATIERES

<u>Avertissement.....</u>	<u>VI</u>
<u>Remerciements.....</u>	<u>VIII</u>
<u>Résumé de la thèse.....</u>	<u>IX</u>
<u>Abréviations et sigles.....</u>	<u>XI</u>
<u>Introduction générale.....</u>	<u>1</u>
A. Hypothèses.....	6
B. Remise en cause des hypothèses.....	17
C. Thèse.....	21
1. Regard sur les obligations primaires de l'Etat.....	21
2. Regard sur le droit interne.....	25

PREMIÈRE PARTIE

<u>Identification des hypothèses dans lesquelles le conflit donnera lieu à la violation d'une obligation internationale.....</u>	<u>28</u>
Titre 1. Cas des actes juridiques individuels.....	31
Chapitre 1. Conflit avec les obligations de comportement opératif global.....	33
Section 1. Identification des obligations de comportement opératif global de l'Etat.....	34
§ 1. Détermination de la catégorie.....	34
A. Distinction d'avec la catégorie des « obligations de résultat ».....	34
1. Abandon de la classification des « obligations de résultat » et « obligations de comportement déterminé » de R. Ago.....	34
2. Maintien à nos fins propres d'une distinction entre « obligations de résultat » et « obligations de comportement déterminé ».....	40
B. Distinction d'avec la catégorie des « obligations facultatives ».....	42
§ 2. Classement des obligations dans la catégorie déterminée.....	45
A. Critères de classement.....	46
1. Sens ordinaire des énoncés.....	46
a. Place centrale donnée à la situation individuelle internationalement exigée... ..	47
b. ... à réaliser par un comportement aux modalités indéterminées.....	49
2. Lumière de leur contexte.....	50
a. Un « résultat de rechange ».....	50
b. Une clause relative à l'épuisement des voies de recours internes ? ...	53

B. Exemples d'obligations requérant de l'Etat un comportement global	54
1. Traitement international minimum, ou comportement de l'ensemble de l'appareil étatique.....	55
a. Traitement standard à accorder aux étrangers	55
b. Interdiction du déni de justice	56
2. Obligation de protection judiciaire des sujets internes	58
a. Obligation de fournir un recours en cas de violation du droit international en la personne d'un sujet interne.	59
b. Garantie du procès équitable	61
Section 2. Caractérisation du conflit avec un acte juridique individuel. <i>Quasi-contrariété</i> , ne donnant lieu qu'à une <i>amorçe de violation</i>	63
§ 1. Temps du fait illicite.....	63
A. Moment : date de l'épuisement des voies de recours internes	63
1. Epuisement des voies de recours internes : condition de fond... ..	64
2. ... dans des cas bien précis	69
a. Règle de fond dans le seul cas des obligations de comportement global.....	69
b. Date de l'épuisement des voies de recours, ou du déni de justice : un moment variable.	73
B. Durée.....	75
§ 2. Substance du fait illicite	82
A. Absence de particularité substantielle de l'élément matériel du fait illicite	83
B. Acte individuel en conflit : une <i>amorçe de violation</i> , substance du fait illicite sans la résumer	86
Chapitre 2. Conflit avec les obligations de comportement opératif aux modalités déterminées	90
Section 1. Identification des obligations de comportement aux modalités déterminées.....	92
§ 1. Détermination de la catégorie.....	92
A. Distinction d'avec la catégorie existante des « obligations de comportement déterminé ».	92
B. Description : une catégorie à première vue restreinte.....	94
§ 2. Classement dans la catégorie déterminée.....	95

A. Précision de l'obligation.....	96
1. Précision de l'énoncé	96
2. Précision par le juge	98
a. Découpage jurisprudentiel des obligations auxquelles sont attachées un « résultat de rechange ».....	99
b. Précision jurisprudentielle des obligations visant apparemment l'ensemble de l'appareil étatique.	100
B. Origine conventionnelle de l'obligation.....	103
1. Obligation d'origine conventionnelle.....	103
2. ...à laquelle est attaché un mécanisme de règlement des différends obligatoires.....	105
a. Les conventions internationales de protection des droits fondamentaux.	105
b. Les Accords de l'Organisation mondiale du commerce.	108
Section 2. Caractérisation du conflit avec un acte juridique interne individuel.	
<i>Contrariété</i> , donnant lieu à un fait internationalement illicite.....	110
§ 1. Temps de l'illicite.....	110
A. Moment du fait illicite : production de l'acte juridique contraire, sans attente de l'épuisement des voies de recours internes.....	110
B. Durée : fait instantané à effets continus.....	114
§ 2. Mode de violation.....	117
A. Absence d'exécution matérielle : la production de l'acte juridique contraire comme seule substance de l'illicite	118
1. Production d'un acte immédiatement exécutoire, même inexécuté....	118
a. Un acte <i>immédiatement exécutoire</i>	118
b. Un acte inexécuté.....	120
2. Production d'actes juridiques individuels de toute catégorie.....	121
a. Un acte législatif.....	122
b. Un acte administratif.....	124
c. Un acte juridictionnel	126
B. Violation de l'obligation internationale sur le mode de l'illicéité.....	128
1. Impossibilité de la nullité d'un acte juridique interne contraire à une obligation internationale.....	129
2. Illicéité de la production d'un acte juridique interne contraire	132

a. Fait internationalement illicite	132
b. Production de l'acte juridique	133
Titre 2. Cas des règles juridiques.....	138
Chapitre 1. Conflit avec les obligations de comportement opératif, relatives à la réalisation de situations individuelles.....	141
Section 1. Cas des règles immédiatement exécutoires	143
§ 1. Identification des règles immédiatement exécutoires.....	143
A. Présentation d'un critère de classification des règles internes en droit international : les « lois impératives ».....	144
1. Apparition du critère de la « loi impérative » en droit du commerce international	144
a. Protection des lois dites « impératives » sous l'empire du Protocole d'application provisoire du GATT	144
b. Caractère « impératif » de la loi comme critère d'identification des règles dont la production viole en elle-même le droit du commerce international.....	146
2. Analyse du critère : une règle immédiatement exécutoire	147
B. Evaluation et généralisation du critère de la « loi impérative » désignant les règles immédiatement exécutoires.....	149
1. Evaluation du critère.....	149
a. Qualification inappropriée	150
b. Caractère peu fonctionnel	151
2. Généralisation du critère	153
§ 2. Caractérisation du conflit avec les obligations de comportement opératif. Contrariété, donnant lieu à un fait internationalement illicite	154
A. Absence d'obstacle de principe à la reconnaissance d'une violation.....	154
B. Temps de la violation.....	159
1. Moment.....	159
a. Absence de condition d'épuisement des voies de recours internes	159
b. Absence de condition d'exécution de la règle	160
2. Durée : une violation continue	162
C. Mode de violation.	163
Section 2. Cas des règles non immédiatement exécutoires	172
§ 1. Identification des règles non immédiatement exécutoires	172

A. Pouvoir discrétionnaire conféré à l'organe chargé de son application : un pouvoir normatif.....	172
1. Règles appelant une règle d'application subséquente.....	174
2. Règles appelant un acte individuel d'application.	176
B. Pouvoir parfois lié quant au moment de la production de la norme d'application	177
§ 2. Caractérisation du conflit avec une obligation de comportement opératif. Incompatibilité, ne donnant pas lieu à un fait internationalement illicite	180
A. Incompatibilité de la règle interne avec l'obligation internationale ne donnant pas lieu à une violation de cette dernière.....	181
1. Dans la doctrine.....	181
2. Dans la jurisprudence	183
B. Recherche d'une autre analyse des cas de reconnaissance d'un fait internationalement illicite.	186
Chapitre 2. Conflit avec les obligations de comportement normatif, relatives à l'état des règles internes	191
Section 1. Conflit avec les obligations de comportement normatif relatives à la conformité des règles de droit privé	195
§ 1. Identification des obligations.....	196
A. Critères d'identification.....	196
1. Objet privé de la « loi uniforme ».....	196
2. Forme et objet publics de l'obligation superposée à la « loi uniforme »	201
a. Des instruments écrits de droit international public.....	201
b. Un objet de droit international public	203
B. Comportement précisément requis	205
1. Degré d'exigence de l'obligation	206
a. Exigence d'un comportement normatif, postulat dualiste.....	206
b. Comportement global, distinct de la production d'un acte juridique déterminé.	210
2. Degrés d'intensité de l'obligation.....	213
a. Obligation de s'efforcer.....	214
b. Obligation stricte	217

§ 2. Caractérisation du conflit entre le droit interne et le modèle internationalement défini. Non-conformité, contraire à l'obligation de comportement normatif, donnant lieu à un fait internationalement illicite.....	221
A. Temps de la violation	222
1. Temps de la violation de l'obligation de s'efforcer.....	222
a. Moment	222
b. Durée.....	224
2. Temps de la violation de l'obligation stricte.....	225
a. Moment	225
b. Durée.....	228
B. Mode de violation	228
1. Etat des normes internes.....	228
2. Fait internationalement illicite.	231
Section 2. Conflit avec les obligations de comportement normatif relatives à la compatibilité des règles de droit public	239
§ 1. Question des obligations de comportement normatif relatives à l'état de règles de droit public.....	240
A. Absence de « lois uniformes » d'objet public.....	240
1. Règles internationales de compétence de l'Etat en matière de droit privé stricto sensu	240
2. Règles internationales de compétence de l'Etat en matière de droit public lato sensu.....	243
a. Présentation et interprétation comme « lois uniformes ».....	243
b. Rejet du mécanisme du « droit uniforme »	247
B. Obstacles à la reconnaissance d'obligations de comportement normatif, relatives à la <i>conformité</i> des règles de droit public	253
1. La limitation internationale du pouvoir constituant de l'Etat : une modification radicale des rapports de systèmes.....	253
2. Rejet d'une obligation relative à conformité des règles internes de droit public : un rapport de compatibilité.....	258
§ 2. Identification des obligations de comportement normatif relatives à la compatibilité des règles de droit public.....	261
A. Obligations relatives à la pleine compatibilité.....	262

1. Obligation tacite relative à la pleine compatibilité des règles internes : le cas du droit de la C.E.D.H.	263
a. Reconnaissance d'une obligation tacite de comportement normatif	263
b. Etat des règles internes précisément requis	264
2. Obligations expresses relatives à la pleine compatibilité des règles internes	268
a. Clauses générales	269
b. Clauses spéciales	275
B. Obligations relatives à la simple compatibilité	281
1. Obligation coutumière relative à la compatibilité des règles internes.	282
a. Droit international général	282
b. Droit international spécial : le droit de la C.E.D.H.	287
2. Des obligations expresses relatives à la compatibilité des règles internes	288
a. Clauses générales	288
b. Dispositions conventionnelles spécifiques	291
§ 3. Caractérisation du conflit entre droit interne et obligation de comportement opératif. Incompatibilité, voire non-compatibilité, contraire à l'obligation de comportement normatif, donnant lieu à un fait internationalement illicite.	291
A. Temps de la violation	292
1. Obligations de s'efforcer	292
a. Moment	292
b. Durée	295
2. Obligations strictes	296
a. Moment	296
b. Durée	298
B. Mode de violation	299
1. Etat des normes internes	299
2. Fait internationalement illicite	301

SECONDE PARTIE

<u>Conséquences de la violation d'une obligation internationale</u>	<u>305</u>
Titre 1. Contenu de la responsabilité de l'Etat.....	310
Chapitre 1. Contenu rétrospectif : responsabilité stricto sensu de l'Etat pour violation de ses obligations internationales	312
Section 1. Cas des actes juridiques individuels.....	314
§ 1. Caractéristiques du dommage causé	314
A. Dommage juridique	314
B. Dommage subjectif.....	316
1. Causé immédiatement à l'Etat, ou par l'intermédiaire d'un de ses ressortissants	317
a. Dommage subjectif immédiat	317
b. Dommage subjectif médiat	319
2. Dommage subjectif, que l'obligation soit ou non réciproque.....	322
a. Pour la violation d'obligations réciproques	322
b. Pour la violation d'obligations « intégrales ».....	323
c. Pour la violation d'obligations « interdépendantes ».....	325
§ 2. Formes de la réparation du dommage causé	328
A. Réparation en nature : le principe de la <i>restitutio in integrum</i>	328
1. Annulation impossible de l'acte juridique interne par la juridiction internationale.	329
2. Obligation d'annuler l'acte interne contraire à la charge de l'Etat qui en est l'auteur	331
B. Réparation par équivalent : l'exception.	333
1. Raisons présidant à ce choix.	333
a. Une impossibilité juridique.	333
b. Une charge excessivement lourde	335
2. Consistance de la réparation par équivalent	336
a. Priver d'effet l'acte juridique sans l'annuler.....	336
b. L'indemnisation et la satisfaction.	337
Section 2. Cas des règles juridiques	342
§ 1. Violation d'une obligation de comportement opératif	342
A. Identification du dommage causé.....	343
1. Dommage juridique subjectif établi par principe : la violation d'obligations réciproques issues de conventions bilatérales.	343

2. Dommage juridique subjectif à démontrer dans tous les autres cas ...	344
a. Pour la violation d'obligations « intégrales »	344
b. Pour la violation d'obligations « interdépendantes »	345
B. Formes de la réparation du dommage causé	346
1. Réparation en nature : l'exception	346
a. Impossibilité d'une annulation de la règle par la juridiction	347
b. Question de l'obligation d'annulation de la règle à la charge de l'Etat	348
2. Réparation par équivalent : le principe.....	353
a. Obligation de cessation immédiate et totale du fait illicite continu	354
b. Indemnisation et satisfaction couplées à la mesure de cessation....	359
§ 2. Violation d'une obligation de comportement normatif.....	362
A. Absence de dommage : une atteinte juridique et généralisée	363
1. Violation d'obligations de comportement normatif, relatives à la conformité des règles internes.....	363
2. Violation d'obligations de comportement normatif, relatives à la compatibilité des règles internes	366
a. Atteinte immédiate ou médiate	366
b. Atteinte irréparable.....	368
B. Absence de réparation adaptée.....	370
1. Parallèles démontrant l'impossibilité de la réparation.....	370
2. Formes de réparation éventuelles	375
a. Réparation en nature : caractère inadapté de la <i>restitutio in integrum</i> .	375
b. Réparation par équivalent : caractère inadapté de l'indemnisation et de la satisfaction.....	377
Chapitre 2. Contenu prospectif : responsabilité lato sensu de l'Etat, pour violation de ses obligations de comportement normatif.....	381
Section 1. Violation des obligations relatives à la conformité du droit interne...	383
§ 1. Restauration de la légalité présente : obligation de cessation de l'illicite..	383
A. Objet de l'obligation : une amorce de cessation.....	384
1. Cas de la violation de l'obligation de s'efforcer	384
2. Cas de la violation de l'obligation stricte.....	385
B. Fonction de l'obligation de cessation	386
§ 2. Garantie de la légalité future : renforcement de l'obligation primaire.....	388

A. Objet du renforcement de l'obligation primaire.....	388
1. Cas de l'obligation de s'efforcer : durcissement normatif	388
2. Cas de l'obligation stricte : précision des modalités et contrôle de l'exécution	390
a. Précision des modalités d'exécution de l'obligation primaire	391
b. Obligation de supporter un contrôle de l'exécution de l'obligation de mise en conformité.....	393
B. Fonctions du renforcement de l'obligation primaire	394
1. Fonction normative.....	394
2. Fonction répressive	396
Section 2. Violation des obligations relatives à la compatibilité du droit interne	400
§ 1. Restauration de la légalité présente : obligation de cessation de l'illicite..	400
A. Question de la cessation totale et immédiate.....	401
1. Cessation totale et immédiate par abrogation de la règle incompatible	401
2. Impossibilité d'une cessation totale et immédiate	402
B. Amorçe de cessation.....	404
1. Question de la paralysie du droit interne au profit de l'application directe du droit international.....	404
2. Mouvement de mise en compatibilité du droit interne.....	405
§ 2. Garantie de la légalité future : renforcement de l'obligation primaire	405
A. Question des garanties de non-répétition.....	406
1. Fonction des garanties de non-répétition	406
2. Objet.....	409
a. Comportement normatif de l'Etat.....	410
b. Promesse de non-répétition de la violation de l'obligation de comportement opératif.....	411
B. Durcissement normatif des obligations <i>de s'efforcer</i>	414
1. Cas de l'obligation relative à la compatibilité des règles internes	415
2. Cas de l'obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes	416
C. Question de la précision des modalités de réalisation des obligations <i>strictes</i>	420
1. Cas de l'obligation relative à la compatibilité des règles internes	420

a. Question d'une obligation secondaire de comportement normatif aux modalités déterminées.....	420
b. Liberté de modification de la prescription d'usage de l'habilitation.....	421
2. Cas de l'obligation relative à la pleine compatibilité des règles internes	424
3. Obligation de supporter un contrôle de l'exécution de la mise en compatibilité du droit interne.....	430
Titre 2. Mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat	433
Chapitre 1. Mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat par le contentieux de la réparation.....	435
Section 1. Cas des actes juridiques individuels.....	436
§ 1. Conditions générales de recevabilité.....	436
A. Existence d'un différend.....	436
1. Différend actuel.....	437
2. Différend réel.....	440
3. Différend international.....	443
B. Intérêt pour agir.....	444
1. Intérêt étatique.....	445
a. Intérêt immédiat.....	445
b. Intérêt médiateur : la condition de nationalité continue.....	446
2. Intérêt des sujets internes.....	448
a. Intérêt détaché de la démonstration d'un dommage matériel ou moral	448
b. Importance du dommage dans la détermination de l'intérêt pour agir du sujet interne.....	451
C. Pouvoir du juge international	453
§ 2. Condition spéciale : la règle de l'épuisement des voies de recours internes	456
A. Obstacle lié au mécanisme de la protection diplomatique.....	456
1. Fondements de la règle en tant qu'exigence procédurale	456
a. Condition procédurale liée au fond du litige.....	456
b. Condition purement procédurale	457
2. Obstacle posé par la règle.....	459
B. Recul de la protection diplomatique.....	462

1. Intérêt pour agir immédiat des sujets internes : le recours individuel.	462
a. Tribunaux arbitraux	462
b. Juridictions permanentes de protection des droits de l'homme	464
2. Recul de la protection diplomatique dans les recours étatiques	467
Section 2. Cas des règles juridiques	473
§ 1. Recours pour violation d'une obligation de comportement opératif	473
A. Conditions générales de recevabilité	474
1. Existence d'un différend	474
a. Différend actuel.....	474
b. Différend réel	475
2. Intérêt pour agir.....	476
a. Intérêt étatique.....	477
b. Intérêt des sujets internes	478
3. Pouvoir du juge.....	481
B. Condition spéciale : la règle de l'épuisement des voies de recours internes	
.....	482
1. Applicabilité du principe	482
2. Efficacité des recours.....	483
a. Recours objectifs en annulation.....	484
b. Exclusion de certains recours	485
§ 2. Recours pour violation d'une obligation de comportement normatif.....	487
A. Conditions générales de recevabilité	488
1. Existence d'un différend	488
a. Différend réel.....	488
b. Différend actuel	491
2. Intérêt pour agir.....	493
a. Intérêt étatique.....	493
b. Intérêt des sujets internes	496
B. Condition spéciale : l'épuisement des voies de recours internes.....	503
1. Epuisement des voies de recours internes et application d'une règle	
incompatible.....	504
a. Applicabilité du principe	505
b. Efficacité des recours	507

2. Epuisement des voies de recours internes et règle incompatible in abstracto	512
a. Question de l'applicabilité du principe.....	512
b. Efficacité des recours.....	516
Chapitre 2. Mise en œuvre de la responsabilité extérieure au contentieux de la réparation.....	519
Section 1. Actions extérieures au contentieux de la réparation	520
§ 1. Admission de requêtes abstraites	520
A. Demandes de jugements déclaratoires.....	521
1. Existence de jugements purement déclaratoires utilisables en l'espèce	521
2. Seconde lecture de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme.....	524
3. Procédure de réclamations et de plaintes de l'O.I.T.	528
4. Procédure de règlement des différends de l'O.M.C.	530
B. Demandes d'opinions sur la compatibilité des règles internes : la compétence consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.....	532
Introduction : la compétence de la Cour interaméricaine, un cas isolé parmi les juridictions internationales.....	532
1. Procédure appropriée.....	535
a. Avis consultatif à la demande d'un Etat	535
b. Avis consultatif à la demande de la Commission.....	538
2. Conception extensive de la compétence consultative de la Cour	540
a. Etendue des normes de référence.....	540
b. Toute norme de droit interne	541
c. Normes qui ne sont pas en vigueur.....	542
§ 2. Relégation de l'intérêt pour agir	544
A. <i>L'actio popularis</i>	544
1. Recours étatiques devant la Cour européenne des droits de l'homme.....	544
2. Procédure de « dénonciation » devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme.....	546
a. Requêtes étatiques.....	546
b. Requêtes individuelles.....	547

3. Recours devant les commissions d'enquêtes instituées conformément à l'article 26 de la Constitution de l'O.I.T.	548
B. Actions sans démonstration d'un intérêt pour agir	551
1. Recours individuels devant la Cour européenne des droits de l'homme	551
2. La procédure de règlement des différends de l'O.M.C.	552
Section 2. Nouveaux mécanismes de mise en œuvre d'une responsabilité élargie.	557
§ 1. Mécanismes de contrôle de l'exécution.	557
Introduction. Les différents mécanismes de contrôle.	557
1. Contrôle du respect de l'obligation primaire de comportement normatif	557
2. Contrôle du respect de l'éventuelle obligation secondaire	561
A. Propre aux obligations de comportement normatif : le mécanisme de l'O.I.T.	562
B. Propre à la protection des droits fondamentaux : rôle du Conseil de l'Europe dans le contrôle secondaire de la mise en compatibilité du droit interne des Etats membres	566
1. Contrôle traditionnel de l'exécution des arrêts par le Comité des Ministres	566
2. Aide de la Cour au renforcement de ce contrôle	569
C. Propre au droit du commerce international	572
§ 2. Déclenchement de voies d'exécution : des contre-mesures ?	573
A. Proportionnalité des contre-mesures individuelles.	574
1. Contre-mesures et actes juridiques contraires	574
2. Contre-mesures et règles non conformes ou incompatibles	575
B. Condition de gravité soumettant les contre-mesures collectives	579
1. Des mécanismes inutilisables	579
2. Contre-mesures collectives et pratique de violation	583
<u>Conclusion générale</u>	<u>586</u>
<u>Bibliographie sélective</u>	<u>591</u>
<u>Notice des sources</u>	<u>606</u>
<u>Index de jurisprudence</u>	<u>632</u>
<u>Table des matières</u>	<u>636</u>

RESUME DE LA THESE

Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat

A première vue, les obligations de l'Etat déterminent les comportements de ce dernier, et l'on ne perçoit pas en quoi le droit interne pourrait leur porter atteinte. Pourtant, la production de certains actes juridiques, entendus par le droit international comme réalisant immédiatement des situations individuelles, pourra être considérée comme une violation de ces obligations. Avant même leur exécution, un fait internationalement illicite pourra être consacré. Certaines règles juridiques, en revanche, apparaîtront plus abstraites au regard du droit international, et ne pourront donner lieu, de leur simple fait, qu'à un risque de violation des obligations de l'Etat. Il faudra alors envisager une autre catégorie d'obligations qui, cette fois, se porteront sur l'Etat du droit interne général. L'existence de règles dont l'Etat n'est pas celui requis par ces obligations pourra alors donner lieu à un fait internationalement illicite. Se pose toutefois, dans un second temps, la question de la responsabilité qui peut naître de tels faits, dont les conséquences préjudiciables semblent bien limitées. Plus le droit interne à l'origine de l'illicéité sera abstrait, plus la responsabilité de l'Etat s'éloignera d'une quelconque dimension réparatoire, pour se tourner vers une garantie de la légalité future. Vient alors la problématique de la mise en œuvre de cette responsabilité. Les conditions classiques de recevabilité des demandes devant les juridictions internationales peuvent en effet s'opposer à ce que puisse être prise en compte une violation du fait du droit interne *in abstracto*. Alors que ces obstacles pourront aisément être levés dans le cas des actes juridiques individuels, les règles internes en conflit avec les obligations de l'Etat seront, à des degrés divers, plus difficiles à mettre en cause dans un cadre contentieux. Toutefois, certaines juridictions ou quasi-juridictions internationales s'affranchissent aujourd'hui de ce cadre, incitant ainsi fortement les Etats adapter leur droit interne, selon les nouvelles exigences du droit international.

Descripteurs : RAPPORTS DE SYSTEMES – OBLIGATIONS DE RESULTAT/DE COMPORTEMENT – DROIT UNIFORME – REGLES INTERNES – RESPONSABILITE DE L'ETAT – EPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES – PREJUDICE JURIDIQUE – ACTIO POPULARIS.

The conflict between domestic law and international obligations of State

At first sight, international obligations define real actions of States. Domestic law seems, from certain points of view, unable to affect them. However, the mere enactment of national legal acts, understood by international law as immediate realizations of individual situations, may be amount to a breach of these international obligations. Without any enforcement, an international wrongful act will be exposed. Nevertheless, some domestic norms will still be very abstract from an international point of view. Their creation and maintenance in force can't be seen as an international failure rather a risk. Thus, our task will be to find some other kind of State's obligations, that relates specifically to a given state of general domestic law. An international wrongful act will be then constituted by the very existence of a national norm, if its state is not the one required by international law. Still, the question of State responsibility for such actions, which don't cause any concrete injury, has to be answered. The more abstract domestic law is, the furthest responsibility will be from a restorative dimension. Responsibility will only be aimed at protecting the international rule of law for the future. Finally, this leads us to the question of the implementation of this responsibility, since classic international litigation law can prevent a claim against domestic law as a wrongful act. This challenge is easily overcome as long as an individual legal act is at stake. On the contrary, a claim against the fact of a general norm is, on different levels, far more difficult to present before international courts. Today however, some international tribunals go beyond this frame, urging States to adapt their domestic law, following the new exigencies of international law.

Key-words : INTERNATIONAL AND NATIONAL LEGAL ORDERS – OBLIGATIONS OF RESULTS/OF MEANS – UNIFORM LAW – DOMESTIC LAW – STATE RESPONSIBILITY – EXHAUSTION OF DOMESTIC REMEDIES – LEGAL INJURY – ACTIO POPULARIS