



HAL
open science

Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France

Bérangère Taxil

► To cite this version:

Bérangère Taxil. Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France. Revue internationale de droit comparé, 2007, 59 (1), pp.157-176. <10.3406/ridc.2007.19507>. <hal-04882278>

HAL Id: hal-04882278

<https://hal.science/hal-04882278v1>

Submitted on 13 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License

Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France¹

La Constitution américaine impose au juge le respect des normes conventionnelles internationales, laissant entendre que celles-ci peuvent être applicables directement aux individus. C'est pourtant loin d'être le cas. La place du droit international dans l'ordre juridique américain pourrait schématiquement, être présentée ainsi : à l'esprit moniste de la loi fondamentale de 1787, *a priori* favorable à une applicabilité directe des normes internationales, s'oppose la pratique dualiste de l'ensemble des autorités américaines, pouvoirs politiques comme juridictions fédérales ou fédérées². De ce fait, les Etats-Unis sont souvent perçus comme peu respectueux du droit international, critique qui connaît un regain brûlant d'actualité, dans deux domaines impliquant des traités.

C'est d'abord la pratique policière américaine d'arrestation de nationaux étrangers qui est remise en cause, par un contentieux national et international abondant : la Cour Internationale de Justice, en 2001 puis en 2004, a considéré que l'absence d'information de ces ressortissants de leur droit au contact avec leurs autorités consulaires violait l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires³. Or, en 1998, la Cour Suprême avait refusé d'appliquer directement cette disposition conventionnelle à des requérants condamnés à mort, faisant primer une loi postérieure dite de la "carence procédurale"⁴. Depuis les décisions de la Cour internationale, une jurisprudence aussi abondante que cacophonique s'en est suivie au sein des juridictions nationales, à laquelle la Cour suprême a semblé mettre un terme le 28 juin 2006. Elle contredit une fois encore très nettement la jurisprudence internationale, sans pour autant répondre clairement à la question fondamentale posée : le traité est-il d'applicabilité directe et, partant, invocable par les justiciables ?⁵. Le Conseil d'Etat français, quant à lui, avait déjà eu affaire à ce traité en 1993 dans l'affaire Bouilliez⁶.

C'est ensuite le statut controversé des détenus de Guantanamo qui fait resurgir le problème de l'applicabilité directe des Conventions de Genève de 1949, connu également des juridictions françaises. Là encore, la Cour suprême a rendu une décision importante, le 29 juin 2006, dans l'affaire Hamdan v. Rumsfeld.

Si l'application interne d'une norme internationale est régie par les règles constitutionnelles de chaque Etat, son applicabilité directe conditionne sa justiciabilité, son invocation par des requérants. Or, une fois franchi ce qu'on peut appeler l'écran constitutionnel, la norme internationale dépendra des choix des juges quant à son applicabilité directe. "*Traditionnellement, l'applicabilité directe peut être entendue de l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'Etat où cette règle est en vigueur*"⁷. Deux éléments se mêlent dans cette définition : d'une part, la règle internationale ne nécessite pas de mesure interne d'exécution, elle est d'applicabilité immédiate ; d'autre part, elle crée d'elle-même un droit subjectif invocable pour et par le particulier : elle est aussi d'effet direct. Les deux critères sont ainsi posés, qui sont analysés par les juges.

Le premier est le critère objectif du degré de "normativité" du traité : c'est celui du caractère *self-executing* aux Etats-Unis, que l'on peut rapprocher de l'exigence française d'une norme précise et complète. Malgré certains points communs, l'approche de ce critère semble fondamentalement différente aux Etats-Unis et en France, car il est soumis à une interprétation tiraillée entre pouvoir politique et pouvoir judiciaire (I).

Le second critère est celui de l'objet de la norme : crée-t-elle des droits subjectifs pour des individus, qu'elle prendrait donc pour destinataires directs ? Ce critère subjectif du destinataire est également utilisé de

¹ Par Béragère Taxil, Professeure de droit à l'Université d'Angers. Le présent article a fait l'objet d'une version finalisée publiée dans la Revue internationale de droit comparé (RIDC), vol. 59, no. 1, 2007, pp. 157-176.

² Voir A. Peyro, "La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis", *RGDIP* 2005, pp. 609 s. En France, le système est moniste : l'article 55 de la Constitution prévoit une application quasi-automatique du traité, après ratification et publication, ainsi que sa primauté sur la loi. Aux Etats-Unis, la situation n'est simple qu'en apparence : l'article 6.2 de la Constitution pose un principe moniste de validité du droit international. Il dispose que "*la présente Constitution, et les lois des Etats-Unis qui seront prises pour son application, et tous les traités conclus, ou qui seront conclus, sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays, et les juges de chaque Etat seront liés par eux, nonobstant toute disposition contraire des Constitutions ou lois de l'un quelconque des Etats*". Appelée fréquemment "clause de suprématie", elle n'en est pas totalement une : elle confère certes au traité une valeur supérieure au droit des Etats fédérés, mais équivalente aux lois fédérales, ce qui implique l'application du principe *lex posterior derogat priori*, comme le fit la Cour Suprême dans l'affaire *Breard v. Greene* en 1998. Pour un point de vue très critique de la doctrine américaine elle-même, voir D. F. Vagts, "The United States and its Treaties : observance and breaches", *AJIL* 2001-2, vol. 95, p. 313.

³ CII, *LaGrand*, Allemagne c. Etats-Unis, 27 juin 2001. Voir chronique H. Ruiz Fabri et J.M. Sorel, *JDI* 2001, pp. 843-858, et chronique P. Weckel, *RGDIP* 2001, p. 763. CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. Etats-Unis, 31 mars 2004. Voir chronique P. Weckel, *RGDIP* 2004-3, pp. 731-742.

⁴ Cour Suprême, *Breard v. Greene*, 14 avril 1998, 118 S.Ct 1332.

⁵ Cour suprême, *Sanchez-Llamas v. Oregon et Bustillo v. Johnson*, 28 juin 2006. Les arrêts de la Cour sont disponibles sur son site www.supremecourtus.gov

⁶ CE 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, conclusions F. Scanvic, *RFDA* 1993, p. 796.

⁷ J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *RBDI*, 1980-2, p. 243.

chaque côté de l'atlantique. Toutefois, il révèle bien des incertitudes quant au droit internationalement créé qui est exigé (II).

I. Le critère objectif de la normativité : la nature précise et complète de la norme, entre interprétation politique et judiciaire

Le premier critère de l'applicabilité directe du traité est apprécié par les juges américains au regard de la volonté des autorités politiques nationales et non des règles internationales d'interprétation : les traités internationaux, imprécis ou incomplets, s'adressent avant tout au pouvoir politique et non au pouvoir judiciaire. En revanche, en France, c'est bien le juge qui interprète lui-même le caractère applicable de la norme, suivant largement les critères de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

A. L'interprétation des juges américains encadrée par le *Restatement*

1. L'exigence classique du *self-executing treaty*

Comment le particulier parvient-il à invoquer un traité devant un juge américain ? A l'origine, le *self-executing treaty* est une doctrine issue de la décision *Foster v. Neilson* de la Cour Suprême en 1829. Dans un considérant mêlant des questions de séparation des pouvoirs et de nature de la norme internationale, elle répond que “*our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in the courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not to the judicial department. And the legislature must execute the contract before it can become a rule for the court*”⁸. Ainsi, le traité qui nécessite des mesures internes de mise en œuvre, qu'elles soient du ressort du pouvoir législatif ou exécutif, ne peut être directement appliqué par un juge.

C'est aujourd'hui un instrument très original qui fixe les règles en la matière : le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* contient un paragraphe 111 essentiel sur la notion de *self-executing treaty*. La nature même de cet ouvrage très volumineux peut déconcerter le juriste français. En effet, il est rédigé par l'American Law Institute, association privée composée de praticiens du droit et d'enseignants-chercheurs, en quasi-totalité américains. Le *Restatement (Third)* n'est donc pas un texte officiel, mais une codification officieuse et doctrinale du droit international⁹. Pourtant, c'est bien sur ce texte que se fondent les juridictions américaines dès qu'elles font face à un traité international.

Ainsi, le *Restatement* synthétise la règle constitutionnelle (§ 111.1) et la jurisprudence *Foster* (§ 111.3). Il précise que les juridictions doivent appliquer les accords internationaux, mais que les traités dénués de caractère *self-executing* n'auront pas d'effet en l'absence de la mise en œuvre nécessaire¹⁰. Le paragraphe suivant, quant à lui, expose les trois situations dans lesquelles un traité n'est pas auto-exécutoire¹¹.

D'abord, tel sera le cas si le traité prévoit lui-même de ne pas devenir applicable sans la promulgation de mesures internes de mise en œuvre. Il s'agit là d'une hypothèse rare, le droit international étant généralement indifférent, à la manière des directives européennes, aux moyens employés par chaque Etat pour appliquer ses normes. Un traité international contiendra ainsi des normes primaires (de comportement), définissant des droits et obligations, mais beaucoup plus rarement des normes secondaires (procédurales) relatives à leur mise en œuvre

⁸ United States Supreme Court, *Foster v. Neilson*, 9 mars 1829, 27 US (2 Pet.) 253 (1829), p. 314. Sur le fond, la Cour rejeta l'applicabilité directe du traité. Pourtant, quatre ans plus tard, sur le même problème (et le même article du traité), la Cour inversa son interprétation, pour considérer ledit traité comme *self-executing* (*US v. Percheman*, 1833).

⁹ C. Kessedjian, “Le Restatement of the Foreign Law of United States. Un nouveau traité de droit international ?”, *JDI*, 1990-1, p. 36. L'auteur souligne le caractère contestable de cette codification, effectuée “selon la vision unilatérale que s'en font les juristes américains...” (p. 39).

¹⁰ *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, § 111.3 : “Courts in the United States are bound to give effect to international law and to international agreements of the United States, except that a non self-executing will not be given effect as law in the absence of necessary implementation”.

¹¹ *Ibid.*, § 111.4 : “An international agreement of the United States is “non self-executing” :

- a) if the agreement manifests an intention that it shall not become effective as domestic law without the enactment of implementing legislation,
- b) if the Senate in giving consent to a treaty, or Congress by resolution, requires implementing legislation, or
- c) if implementing legislation in constitutionally required”.

interne¹². Le plus souvent, les traités ne font, au mieux, que renvoyer aux règles de répartition interne des compétences de mise en œuvre d'une norme internationale¹³.

Dans une seconde hypothèse, un traité ne sera pas *self-executing* si le Sénat ou le Congrès exigent une législation d'application. C'est donc la volonté du législateur américain qui importe plus que le contenu du traité lui-même. Du texte constitutionnel, on avait déduit un monisme de principe, impliquant une insertion automatique et donc une applicabilité immédiate du traité. La pratique législative contourne largement ce monisme : en pratique, les Etats-Unis "*préfèrent en général promulguer une loi d'application plutôt que de miser sur l'applicabilité directe de l'instrument*"¹⁴. Quelles que soient les motivations politiques de cette pratique, une raison juridique peut être invoquée : les autorités américaines, qu'elles soient politiques ou judiciaires, sont déstabilisées par les normes internationales, formulées en des termes très différents des lois américaines¹⁵. C'est donc souvent le caractère trop général des normes internationales qui incite les juges à rejeter les recours au motif qu'il s'agit de questions politiques.

Enfin, un traité ne sera pas *self-executing* si une législation de mise en œuvre est requise en vertu des règles constitutionnelles. Le *Restatement* effectue ici une référence à la répartition des pouvoirs : lorsqu'un traité porte sur une matière constitutionnellement réservée au pouvoir législatif, par exemple, sa mise en œuvre nécessite l'intervention de ce dernier. On perçoit la différence avec le système français : si l'article 53 de la Constitution prévoit un traitement particulier de certains traités intervenant dans des domaines de nature régaliennne, il ne fait qu'exiger une autorisation parlementaire préalable à la ratification, et non une loi d'application des dispositions du traité.

Le *Restatement* laisse entrevoir que le caractère *self-executing* d'un traité dépend très largement de l'appréciation des autorités politiques, et que l'existence de mesures complémentaires d'exécution fait obstacle à la recevabilité d'un recours juridictionnel. L'applicabilité directe d'un traité est ainsi, dans cette mesure, largement conditionnée par la pratique dualiste du pouvoir législatif américain. Cependant, le texte ne fait nullement mention d'éventuels critères déterminant les décisions des autorités étatiques. Par ailleurs, dans la première hypothèse visée au § 111, l'interprétation de la norme internationale par le juge est nécessaire : mais elle dépendra, *in fine*, de l'intention non pas des parties au traité, mais de la seule partie américaine.

2. Un obstacle incontournable à l'applicabilité directe : la soumission du juge au pouvoir politique

Le rôle des juges, en la matière, est très largement restreint par une attitude d'auto-limitation (judicial restraint) : ils considèrent qu'il revient au pouvoir politique d'interpréter *a priori* la qualité de la norme conventionnelle internationale. Le respect de la séparation des pouvoirs les conduit ainsi à une réticence extrême envers l'utilisation des normes internationales. En pratique, c'est souvent le Sénat qui, au moment de la ratification, détermine si un traité est *self-executing* ou non. Or, la pratique des autorités de l'Etat révèle des limitations extrêmes à l'effet interne des engagements internationaux. L'utilisation (contestable) de déclarations interprétatives qui ressemblent étrangement à des réserves est fréquente¹⁶. Ainsi, en 2004, la Cour suprême n'a pu que rejeter une nouvelle fois l'invocabilité du PIDCP, dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*. Elle reconnaît que le Pacte est obligatoire pour les autorités étatiques, mais pas *self-executing*, donc sans effet judiciaire pour les individus : "*although the Covenant does bind the United States as a matter of international law, the United States ratified the Covenant on the express understanding that it was not self-executing and so did not itself create obligations enforceable in the federal courts*"¹⁷. De façon générale, il en va ainsi pour les traités relatifs aux

¹² Selon la classification effectuée par H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

¹³ Il est fréquent de relever une clause conventionnelle énonçant simplement que "*chaque partie prend, dans son droit interne, les mesures nécessaires pour donner effet aux principes énoncés dans le présent chapitre*". Cependant, même ce type de clause ne saurait imposer de législation de mise en œuvre pour un système moniste, qui peut "donner effet" au traité par la simple ratification et publication.

¹⁴ J. Dhommeaux, "Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme", *AFDI* 1995, p. 461.

¹⁵ En effet, celles-ci "*have tried to foresee all possible circumstances that may arise and to provide for them. They have sacrificed style and simplicity. They have foregone brevity (...). How different is a treaty. It lays down general principles. It expresses its aims and purposes...but it lacks precision. It uses word and phrases without defining what they mean. (...) It is the European way...*" C.M. Vasquez, "The Four Doctrines of Self-executing Treaties", *AJIL* 1995, p. 498.

¹⁶ Le plus célèbre exemple est celui du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) de 1966, dont les articles 1 à 27 ont fait l'objet d'une déclaration de "non self-executing" par le Sénat en 1992 : cela représente la totalité des normes primaires définissant les droits fondamentaux. Bien que cette déclaration prive d'effet les droits de l'homme énoncés, les juges américains se considèrent liés par elle et refusent donc toute invocabilité au traité.

¹⁷ L'affaire est un feuilleton ayant donné lieu à un premier arrêt en 1992. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 29 juin 2004, 124 S.Ct 2739. Commentaire B. Roth in *AJIL* 2004, pp. 798-804, et pp. 845-848. La particularité de cet arrêt ne réside pas dans le rejet (traditionnel) du caractère self-executing du PIDCP : il est désormais célèbre pour avoir fait resurgir l'Alien Tort Claims Act (ACTA), règle procédurale datant de 1789, qui confère une qualité pour agir devant les tribunaux américains aux étrangers victimes d'une violation du droit international. Voir I. Moulier, "Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales", *AFDI* 2003, pp. 133-164.

droits de l'homme, totalement privés d'effet utile. Le pouvoir politique américain considère en effet que la Constitution est le seul instrument de protection des droits fondamentaux qui soit véritablement légitime.

Cela ne signifie pas que les juges n'ont pas de pouvoir d'interprétation des normes internationales. Celui-ci leur est reconnu depuis 1816. En l'absence de déclaration expressément contraire du Sénat, il leur faut rechercher le caractère *self-executing* d'un traité. Le travail d'interprétation du juge est ainsi remarquablement développé dans certaines affaires récentes impliquant l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. En effet, puisqu'elle n'a pas fait l'objet d'une législation de mise en œuvre, l'interprétation de son caractère directement applicable fait l'objet de beaucoup plus de développements. Cependant, un indice déterminant reste celui de l'interprétation du pouvoir, exécutif cette fois-ci, systématiquement recherché par les juges. Ainsi, dans une décision de septembre 2005, après avoir rappelé l'intégralité du § 111 du *Restatement*, une cour fédérale souligne de façon classique que "*statements from the State Department are entitled to great weight in a court's assessment of whether a treaty is self-executing*". Les juges s'appuient alors traditionnellement sur les prises de positions du gouvernement : en l'espèce, les déclarations émises concordent toutes clairement, depuis l'origine jusqu'aux plus récentes : le traité, dans son ensemble, *est self-executing* et ne nécessite aucune mesure de mise en œuvre¹⁸.

En tout état de cause, cette attitude est tout à fait traditionnelle, et le *Restatement* lui-même en fait état. Le commentaire "officiel" du § 111 précise en effet que "*the intention of the United States determines whether an agreement is to be self-executing in the United States or should await implementation by legislation or appropriate executive or administrative action*"¹⁹. On peut ainsi constater qu'au lieu d'analyser le caractère complet de la norme internationale, au lieu d'évaluer le degré de précision de sa rédaction, ou même les positions des différents Etats parties au traité, seule l'intention unilatérale des Etats-Unis importe. D'ailleurs, la remarque de C. Kessedjian à propos du § 111 est des plus rapides : "*la substance de cette règle n'a donné lieu à aucun débat autre que de pure forme*"²⁰.

B. L'interprétation des juges français guidée par la Convention de Vienne sur le droit des traités

1. Du pouvoir d'interpréter les normes internationales : la conceptualisation récente de l'applicabilité directe

Aujourd'hui, l'ensemble des juridictions étatiques possède ce pouvoir d'interprétation des traités internationaux, considéré comme partie intégrante de la fonction juridictionnelle²¹. En France, le Conseil d'Etat renvoyait la question au Ministre des affaires étrangères. Très critiquée, cette pratique fut abandonnée sous l'influence de R. Abraham, commissaire du gouvernement dans l'affaire GISTI en 1990²².

Dès lors, l'interprétation directe par le juge de la nature précise et complète du traité international a permis de conceptualiser les critères de l'applicabilité directe. Si aux Etats-Unis le juge a recours au *Restatement*, la méthode française d'interprétation s'inspire plus directement de critères purement internationaux d'interprétation, en s'appuyant sur de la Convention de Vienne de 1969 codifiant le droit des traités. En effet, R. Abraham insistait vigoureusement sur la faculté du juge d'utiliser les "*techniques résultant des principes généraux du droit international public tels que rappelés dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne de 1969*"²³. La France (tout comme les Etats-Unis) n'est pas partie au traité, que l'on peut néanmoins considérer comme doté d'une valeur coutumière ou du moins, comme le soutiennent les commissaires de gouvernement, en tant que principes généraux du droit. Le juge doit ainsi considérer "*le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but*"²⁴.

A l'aide de ces indices méthodologiques, les commissaires de gouvernement ont ainsi procédé à l'identification progressive des deux critères de l'effet direct des normes conventionnelles. En 1993, le commissaire F. Scanvic s'inspire visiblement de la doctrine américaine du *self-executing treaty* pour les déceler. Il recherche en premier lieu leur caractère "auto-exécutoire", précisant que les conventions-objectifs qui posent des

¹⁸ Cour d'appel fédérale du 7^{ème} circuit, *Jogi v. Voges*, 27 septembre 2005 : www.ca7.uscourts.gov

¹⁹ *Restatement (Third)*, commentaire h, p. 46.

²⁰ C. Kessedjian, "Le Restatement of the Foreign Law of United States. Un nouveau traité de droit international ?", *op.cit.*, p. 44.

²¹ L'interprétation des normes internationales par le juge interne existe ainsi depuis 1816 aux Etats-Unis, 1842 en Belgique, ou encore 1921 au Royaume-Uni. On mesure alors à quel point la position française de principe pouvait paraître archaïque sur ce point. Voir Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 34.

²² CE, arrêt GISTI du 29 juin 1990, conclusions R. Abraham, *AJDA* 1990, pp. 621-629.

²³ *Ibid.*

²⁴ L'article 31 fait ainsi référence au texte et au contexte, et précise également (§4) que "un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des Parties". Voir M. McDougal, "The International Law Commission's Draft Articles upon Interpretation of Treaties", *AJIL* 1967, p. 992.

règles générales ne seront pas d'effet direct²⁵. Ainsi, le caractère "complet" de la norme qui, au sens littéral, ne nécessite pas de "complément" interne, figure en haut de sa liste sous l'appellation "auto-exécutoire". Ce n'est que dans un second temps qu'il évoquera le critère de l'objet interétatique ou individuel du traité. En 1997, dans la seconde affaire GISTI, la présentation de R. Abraham est quelque peu différente. On y retrouve néanmoins les deux critères de ce qu'il appelle enfin et délibérément "effet direct" : l'expression provenant du droit communautaire est désormais utilisée pour les normes internationales. Il commence par évoquer le critère du destinataire de la norme internationale ; vient ensuite le degré de précision : *"il s'agit de stipulations dont l'objet est, sans aucun doute, de garantir des droits au bénéfice des particuliers, mais qui sont formulées dans des termes trop généraux pour se suffire à elles-mêmes...Ce qui s'oppose à l'effet direct, ce n'est pas l'objet de la norme, c'est son absence de précision ou son caractère conditionnel.... Elle suppose nécessairement l'intervention d'une législation nationale d'application..."*²⁶. C'est ainsi que des dispositions de la Charte sociale européenne, du Pacte sur les droits économiques et sociaux ou encore de la Convention sur les droits de l'enfant seront parfois jugés non invocables pour cette raison²⁷.

2. La norme inconditionnelle : une exigence relative

Le caractère inconditionnel ou impératif de la norme invoquée n'est pas une exigence propre au droit international ; c'est même le *"critère de l'applicabilité de toute norme juridique"*²⁸. Ne sera donc pas d'effet direct la norme qui *"n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour servir à cette fin"*²⁹.

Toutefois, ce critère ne conduit pas à un résultat uniforme, et accorde une grande marge de manœuvre au juge. Critère "objectif", il fait l'objet d'interprétations subjectives. En outre, au sein d'un même traité, certaines clauses peuvent être jugées suffisamment précises pour être appliquées, d'autres non³⁰. C'est alors l'application raisonnable à la situation concrète présentée au juge qui emporte la conviction ; une norme vague peut néanmoins être jugée suffisamment complète pour être utilisée. La jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme l'illustre régulièrement.

Le degré de normativité est d'autant plus difficile à évaluer que le droit international ne se partage pas nettement entre règles contraignantes et règles dénuées de valeur, mais connaît une large palette de normes qui oscillent entre l'un et l'autre. Au sein d'un même traité, les normes ne présentent pas toutes le même caractère. La méthode d'interprétation du traité est alors déterminante. Conseil d'Etat et Cour de Cassation se rejoignent aujourd'hui pour procéder à une analyse article par article des traités, ce qui produit un résultat plus favorable à leur invocabilité que par une analyse globale³¹.

Deux remarques peuvent être effectuées ici. D'une part, le critère de la normativité est apprécié avec souplesse : le caractère général d'une norme conventionnelle ne s'oppose pas à son applicabilité directe. D'autre part, tel est le cas parce que le second critère de l'applicabilité directe est désormais présumé rempli pour certains traités relatifs aux droits de l'homme notamment. La différence essentielle d'approche entre Etats-Unis et France réside alors dans l'existence ou non d'une présomption d'effet direct. Cela entraîne des distinctions importantes quant à la combinaison des deux critères. Il semble en effet que le rejet de l'effet direct par les juges français nécessite souvent que les deux critères concordent en ce sens : la norme internationale doit être non seulement générale, mais aussi d'objet interétatique. La présomption d'effet direct n'est renversée que par le recours cumulatif

²⁵ Conclusions F. Scanvic sous CE 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, RFDA 1993, p. 796.

²⁶ Conclusions R. Abraham, sous CE GISTI, 1997, *op.cit.*, p. 17.

²⁷ R. Abraham relève toutefois que, dans la rédaction des arrêts, la formule retenue par le juge sera identique, que l'effet direct soit rejeté sur le premier ou le second des motifs : le traité *"crée seulement des obligations entre Etats sans ouvrir de droits aux particuliers"*. Or, il estime que cette formule est mal adaptée à la seconde hypothèse et peut prêter à confusion, lorsque la norme entend bien créer des droits individuels (mais pas directement).

²⁸ H. Tigroudja, *"Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux"*, *op.cit.*, p. 156.

²⁹ Conclusions R. Abraham, sous CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, RFDA 1998-3, p. 563.

³⁰ Une jurisprudence administrative abondante relative à la Convention internationale sur les droits de l'enfant (CIDE) le démontre, notamment les arrêts GISTI et Mlle Cinar de 1997. Dans cette dernière affaire, le commissaire Abraham affirme l'effet direct de l'article 3 de la Convention (relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant), au motif que *"cette stipulation n'appelle pas de mesures internes de caractère normatif pour son application, en tout cas pas nécessairement"*, ce malgré son *"caractère relativement général"* (*Ibid.*, p. 563-564).

³¹ Le revirement (tardif) de la Cour de cassation a eu lieu en juin 2005. Les conclusions de l'avocat général s'appuient en effet, bien que de façon lapidaire, sur ce critère. Ainsi, *"en présence d'un traité international, le juge doit procéder à l'analyse de chaque disposition invoquée devant lui afin de rechercher si elle pose une règle suffisamment précise et inconditionnelle pour être susceptible de produire un effet direct"* ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *Washington*, JCP G, 7 septembre 2005, II, 10115, p. 1576, conclusions C. Petit et note C. Chabert. Il met fin à la jurisprudence *Lejeune* (civ.1^{ère}, 10 mars 1993), qui rejetait en bloc l'effet direct de la Convention, sur le critère subjectif de l'intention des parties de ne pas créer des droits subjectifs.

aux deux exigences³². A l'inverse, aux Etats-Unis, il n'existe pas de présomption en ce sens. En 1992, un auteur américain, T. Buergenthal, affirmait que *“malgré le fait que certains aient soutenu qu'une présomption d'applicabilité directe existe aux Etats-Unis en faveur des traités, ...ces dernières années, une présomption contraire est en cours de formation concernant les traités multilatéraux”*³³. Dès lors, un seul des deux critères suffit à rejeter l'applicabilité directe du traité. Cela est d'autant plus dommageable, lorsqu'il s'agit d'évaluer la précision de la norme, que les juges américains s'inscrivent encore largement dans une démarche globale, rejetant l'ensemble du traité sans s'attacher à la rédaction d'un article particulier³⁴.

Contrairement à la situation en France, ce premier critère constitue donc un obstacle incontournable aux Etats-Unis : si une norme internationale a été jugée incomplète, par les autorités politiques, pour des raisons étrangères au droit, le recours est fatalement voué à l'échec. Cependant, certains accords internationaux, comme la Convention de 1963, ont été considérés comme étant *self-executing*. Dès lors, les juges vont s'attacher au second critère et identifier le destinataire du droit subjectif internationalement créé.

II. Le critère subjectif du destinataire : incertitudes sur le droit individuel internationalement créé

Comment identifier si le traité international crée un droit subjectif individuel ? Vaste question, à laquelle la doctrine n'a pas fourni de réponse définitive, elle se pose dans les mêmes termes devant les juges américains et français. Leur démarche d'identification du destinataire du traité, en revanche, n'est pas toujours similaire. En outre, ce qui est exigé est parfois confus : au-delà du droit subjectif individuel est parfois exigé un droit d'action procédural, qui peut paraître étranger à l'applicabilité directe du traité.

A. L'objet de la norme d'effet direct : l'individu-destinataire, un critère identique en France et aux Etats-Unis

1. Aux Etats-Unis : le "judicially enforceable individual right"

Aux Etats-Unis, ce second critère est parfois inclus, parfois détaché, de la problématique du caractère *self-executing* du traité³⁵. On peut ici s'en tenir, pour l'instant, à la dernière phrase du commentaire du §111 du *Restatement* : *“whether a treaty is self-executing is a question distinct from whether the treaty creates private rights or remedies”*.

Le débat qui fait rage aux Etats-Unis sur le droit à l'information consulaire illustre bien la difficulté d'identification d'un droit subjectif individuel. En 1998, la Cour suprême se contente de déclarer que la Convention de 1963 *“arguably confers on an individual the right to consular assistance following arrest”*³⁶. Par la suite, la plupart des cours ont aussi contourné la question, en se fondant sur divers arguments leur permettant de ne pas répondre sur l'applicabilité directe du traité. La position des tribunaux est des plus variables : certains ont noté que *“it remains an open question whether the Vienna Convention gives rise to any individual enforceable rights”*³⁷ ; d'autres ont clairement rejeté l'applicabilité directe, se fondant sur une interprétation globale du traité, à partir de son préambule. Or, ce dernier expose que l'objet du traité est de régir les relations consulaires entre Etats, et non de bénéficier aux individus. Par conséquent, *“the Preamble is clear ; the Convention is not intended*

³² D'ailleurs, R. Abraham déclarait en 1997 : *“Il nous semble qu'on peut affirmer qu'en droit français, depuis l'adhésion de notre système juridique au principe moniste...les traités internationaux, ...sont généralement présumés produire des effets directs en droit interne, c'est-à-dire créer des droits subjectifs dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national”* : Conclusions sous CE *GISTI* 1997, *op.cit.*, p.17.

³³ T. Buergenthal, “Self-executing and non Self-executing Treaties”, *RCADI* 1992-4, p. 382 (notre traduction).

³⁴ Une évolution peut néanmoins être remarquée, sans que l'on puisse en tirer de conclusion définitive : dans les affaires relatives au droit consulaire, seul l'article 36 est en cause et c'est notamment sa précision qui emporte la conviction chez certains juges.

³⁵ Un auteur a tenté d'approfondir les différentes conceptions du terme anglophone, source de nombreuses confusions. Ainsi, il affirme que *“much of the doctrinal disarray and judicial confusion is attributable to the failure of courts and commentators to recognize that for sometime four distinct “doctrines” of self-executing treaties have been masquerading as one”* : C.M. Vasquez, “The four doctrines of self-executing treaties”, *AJIL* 1995, pp. 695-723. Les quatre définitions qu'il propose ont un même point de départ : sera seul *self-executing* le traité qui n'a pas fait l'objet de mesures législatives. Ces définitions sont autant de raisons avancées par les juges, selon l'auteur, pour refuser le caractère *self-executing* du traité. La première définition, basée sur la jurisprudence *Foster v. Neilson*, est celle de “l'intent-based doctrine”. Dans ce cas, les juges considèrent qu'une législation d'application est nécessaire car l'objet du traité révèle que telle était l'intention de ses auteurs. Dans un second cas, la “justiciability doctrine” implique que la norme vise les particuliers de façon suffisamment précise pour être appliquée par les tribunaux. Ensuite, la “constitutionality doctrine” limite le pouvoir du juge, dès lors que le traité intervient dans les domaines de compétence constitutionnellement conférés au pouvoir législatif. Enfin, l'auteur présente la doctrine du “private right of action”, propre à la problématique de l'invocabilité : le traité ne sera invocable que s'il établit un droit d'action individuel.

³⁶ Cour Suprême, *Breard v. Greene*, 14 avril 1998. Compte tenu de l'écran de la règle de la carence procédurale, il était inutile pour la Cour de répondre définitivement.

³⁷ 10^{ème} circuit, *US v. Minjares-Alvarez*, 2001.

to benefit individuals”³⁸. Les juges affirment l’objet exclusivement interétatique du traité, en toute contradiction avec les positions de la CIJ³⁹.

En revanche, de rares décisions ont reconnu l’applicabilité directe de l’article 36 : en septembre 2005, la Cour fédérale du 7^{ème} circuit est la première à statuer de façon positive, mais dans une procédure civile et non plus pénale⁴⁰. La question qu’elle se pose dissocie clairement les deux critères de l’applicabilité directe : “*even is the Convention is self-executing, does it create an individual right that can be enforced in court, or does it address only rights between states party to the Convention ?*”⁴¹. L’arrêt expose ensuite que pour l’interprétation du traité, il faut garder à l’esprit que les traités peuvent n’être que partiellement *self-executing*, contestant ainsi la méthode globale adoptée la plupart du temps. Sa démonstration de l’existence d’un droit individuel sera ainsi basée sur le seul article 36. Selon elle, le préambule de la Convention de Vienne ne fait que créer une ambiguïté sur un article limpide⁴². Sa conclusion est claire : “*emphasizing the literal language of Article 36 (...), the court determined that the Vienna Convention does confer individual rights. It found that preambular language cited by the defendants (...) did not address the issue at hand and, in any case, could not derogate from the Convention’s operative provisions*”⁴³. Cet arrêt démontre que les méthodes américaines et françaises ne sont pas toujours si différentes qu’on l’affirme généralement.

On attendait donc une réponse ferme et définitive de la Cour suprême, dans les affaires jointes Sanchez Llamas et Bustillo : l’une des questions de droit qu’elle devait résoudre portait précisément sur la création de droits subjectifs individuels par la Convention de 1963. Or, comme en 1998, sa réponse évasive est décevante et l’analyse de l’applicabilité directe du traité est inexistante. La réponse embarrassée des juges reconnaît néanmoins implicitement que le traité s’adresse bien aux individus pour leur conférer des droits subjectifs : “*we find it unnecessary to resolve the question whether the Vienna Convention grants individuals enforceable rights. Therefore, for purpose of addressing petitioners’ claims, we assume, without deciding, that article 36 does grant Bustillo and Sanchez Llamas such rights*”⁴⁴. Il faut noter également que plusieurs juges ont émis des opinions soutenant avec force l’existence de ces droits individuels invocables⁴⁵.

2. En France : le traité, affaire d’Etat ou de citoyens

³⁸ Cour d’appel fédérale du 11^{ème} circuit, affaire *Duarte Acero*, 2002.

³⁹ Cour d’appel fédérale du 11^{ème} circuit, *Maharaj v. Crosby*, 11 décembre 2005 : “*an individual does not have standing to raise a claim under the VCCR, which constitutes an agreement between countries, not citizens*”. L’attitude désormais traditionnelle des juges américains est de nier tout caractère obligatoire des arrêts de la CIJ pour les juridictions internes. Voir notamment l’arrêt *US v. Hall* rendu par une cour fédérée de New-York le 17 août 2005, et finalement la décision de la Cour suprême en juin 2006.

⁴⁰ Cour d’appel fédérale du 7^{ème} circuit, *Jogi v. Voges*, 27 septembre 2005. Cela implique que la règle de la carence procédurale, appliquée aux procédures pénales d’habeas corpus (demande de révision d’un jugement), ne joue pas ici. On peut évoquer également l’arrêt d’une Cour de district de Virginie du 21 juillet 2005 : fait suffisamment rare pour être souligné, le caractère *self-executing* de la Convention sur les relations consulaires est très clairement affirmé. De l’analyse de l’article 36, elle conclut que “*the language of the VCCR creates individual rights of consular notification*”. Cela n’empêchera pas la Cour de rejeter l’argument sur le fond, en invoquant le comportement coupable du détenu : District Court of Virginia, *US v. Ismael Juarez Cisneros*, 21 juillet 2005.

⁴¹ Auparavant, la Cour remarque que “*it is quite possible for a treaty to take effect without the need for further legislation, and nonetheless for that treaty to confer rights only at the state-to-state level. We therefore conclude that the Vienna Convention is a self-executing treaty...*”.

⁴² “*Notwithstanding the latter paragraph of the Preamble, The Vienna Convention singles out individual rights in at least two places*” : aux côtés de l’article 36, elle place l’article 5 de la Convention de 1963. Il est important de le souligner, car il s’agit justement là de la disposition invoquée devant le Conseil d’Etat français en 1993, dans l’affaire Bouilliez.

⁴³ Cour d’appel du 7^{ème} circuit, *Jogi v. Voges*, 27 septembre 2005. Voir le commentaire in *AJIL* 2006-1, pp. 217-219.

⁴⁴ Cour Suprême, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 28 juin 2006, p. 13. Ce nouvel arrêt de la Cour suprême s’oppose frontalement aux décisions de la CIJ, pour reprendre la même décision qu’en 1998 dans l’affaire *Breard*. Nombre d’*amici curiae* avaient souligné que l’intervention des décisions internationales devait modifier l’approche de la Cour. Celle-ci répond “*we disagree. Although the ICJ’s interpretation deserves « respectful consideration », we conclude that it does not compel us to reconsider our understanding of the Convention in Breard*”(p. 23). L’immense majorité des juges fait preuve de nationalisme juridique en réfutant tout caractère obligatoire aux arrêts de la CIJ : la règle du *stare decisis* n’existe pas en droit international, la CIJ n’est pas liée par ses précédentes décisions. Dès lors, les cours américaines ne sauraient non plus être liées par son interprétation de la Convention : arrêt *US v. Hall* rendu par une cour fédérée de New-York le 17 août 2005. S’ensuit un argument étrange qui démontre l’incompréhension de certains juges américains face au fonctionnement de la CIJ : la Cour de New-York souligne qu’un arrêt de la CIJ n’a de force obligatoire qu’entre les parties. Elle en déduit que seuls les ressortissants mexicains en cause dans l’affaire (dont Osvaldo Torres) peuvent l’invoquer devant les cours américaines ; ainsi, une Cour d’Oklahoma ayant utilisé l’arrêt *Avena* “*was therefore merely enforcing a foreign judgment to which Torres was a party*”. Il en va autrement pour Hall (ressortissant guyanais) qui, selon la Cour, n’était pas partie à l’instance devant la CIJ (“*but, as noted, Avena is only binding between the parties to that decision, which does not include Hall*”). C’est oublier un peu rapidement que les “parties” devant la CIJ sont des Etats : Etats-Unis et Mexique étaient partie au différend, non leurs ressortissants.

⁴⁵ Opinion individuelle du juge Ginsburg : “*I agree that article 36 of the Vienna Convention grants rights that may be invoked by an individual in a judicial proceeding*”(p. 31). Opinions dissidentes des juges Breyer, Stevens et Souter, qui reprennent la même affirmation (pp. 37s).

La création d'un droit individuel par la norme internationale était le premier critère de l'effet direct pour R. Abraham : il constate que *“en premier lieu, l'effet direct est écarté lorsque l'objet même de la norme conventionnelle est de régler exclusivement les relations entre les Etats parties et non pas de garantir des droits au bénéfice des particuliers”*⁴⁶. Ce critère procède d'une double exigence. De façon positive, il consiste en l'affirmation que l'objet de la norme est de conférer des droits et obligations aux individus. Par conséquent, son versant négatif est l'exclusion de toute relation interétatique.

L'analyse des juges s'attache essentiellement à l'objet du traité. Ainsi, le commissaire F. Scanvic met avant tout l'accent sur ce critère *“lié à l'objet même de la convention qui peut être par nature une affaire d'Etat ou une affaire de droit pour les citoyens. On voit bien de ce chef s'opposer les conventions de procédures étatiques et les conventions établissant des droits fondamentaux”*⁴⁷. L'opposition qui lui paraît si claire peut effectivement conduire à placer dans la seconde catégorie les traités relatifs aux droits de l'homme. A l'inverse, la Charte de l'ONU, les Conventions de Vienne sur le droit des traités, sur les relations diplomatiques ou consulaires, semblent de façon évidente établir des règles concernant uniquement les relations entre Etats. L'effet direct devrait donc être nié si le traité concerne uniquement ces relations. Cette exclusivité est pourtant difficile à soutenir. Le cas pour lequel F. Scanvic proposait une solution l'illustre bien : la Convention sur les relations consulaires appartient à l'un des domaines les plus traditionnels du droit interétatique. Le commissaire avait ainsi conclu, pour ce motif, à l'absence d'effet direct de son article 5, qui définit les fonctions consulaires, malgré le fait qu'il soit rédigé de manière très précise et complète. En effet, il considérait que *“les rédacteurs de la Convention de Vienne n'ont pu avoir comme autre objectif que de traiter de relations entre Etats, à l'exclusion des droits que les citoyens des Etats signataires pourraient faire valoir auprès de leurs propres consuls”*⁴⁸. Pour parvenir à cette conclusion, il évaluait la "philosophie politique qui a servi de base à l'établissement de la Convention", tout à fait indépendamment de ses dispositions ou des formules utilisées dans le texte. Or, le Conseil d'Etat n'a pas suivi son commissaire : le juge a accepté l'applicabilité directe de l'article 5 au motif que *“les ressortissants des Etats signataires sont en droit d'attendre protection et assistance des autorités consulaires”*⁴⁹. Plus tard, on remarque que *“...la convention crée des droits qui ont deux titulaires : l'Etat d'envoi, ...et l'individu, qui a le droit d'être protégé par son consul”*⁵⁰.

Ainsi, on aura bien du mal à considérer que ce seul critère puisse suffire pour juger de la qualité de la norme internationale. Comme pour le premier critère, celui-ci est apprécié largement : un traité d'objet interétatique peut pourtant être interprété comme ayant conféré des droits aux individus.

B. L'exigence supplémentaire du "private right of action" : un critère étranger à l'applicabilité directe ?

L'analyse de la jurisprudence américaine récente révèle que lorsqu'un traité a été considéré comme *self-executing*, puis que les dispositions invoquées ont été jugées créatrices de droits subjectifs individuels, l'applicabilité directe du traité n'est pas acquise pour autant. L'exigence supplémentaire d'un *"private right of action"*, de nature procédurale, vient parfois s'ajouter : le juge peut exiger que la norme confère, en plus du droit subjectif, un droit à réclamation devant un tribunal interne. L'application interne du droit international pénal en est l'exemple le plus flagrant.

Ainsi, le contentieux relatif au statut des prisonniers de Guantanamo est riche d'enseignements quant à l'interprétation américaine des Conventions de Genève de 1949. Les juges américains ont récemment exigé que le traité lui-même octroie un droit d'action secondaire, distinct du droit subjectif primaire internationalement défini. La décision *Hamdi v. Rumsfeld* rendue en 2003 par une cour fédérale a notamment rejeté l'applicabilité directe de la troisième convention relative au statut des prisonniers de guerre pour ce motif⁵¹. Le requérant invoquait l'article 5, qui prévoit qu'en cas de doute sur le statut de prisonnier de guerre des personnes détenues dans le cadre de conflits armés, *“lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent”*. Or la Cour avait considéré que l'argument *“falters also because Geneva Convention is not self-executing. Courts will only find a treaty to be self-executing if the document, as a whole, evidences an intent to provide a private right of action”* : l'exigence va ici bien au-delà du "simple" droit subjectif, en incluant de façon impérative le "droit à l'action", c'est-à-dire une qualité pour agir,

⁴⁶ Conclusions sous CE *GISTI* 1997.

⁴⁷ Conclusions F. Scanvic, *op.cit.*, p. 798.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 799.

⁴⁹ CE 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, *RFDA* 1993, p. 803.

⁵⁰ Conclusions R. Abraham sous CE 23 avril 1997, *GISTI*, *op.cit.*, p. 17.

⁵¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F3d 450 (4th Cir., 2003). Par la suite, la Cour suprême a considéré que tout détenu peut contester sa qualification de combattant ennemi devant une autorité neutre (problème des juridictions militaires). Elle casse les décisions précédentes et renvoie aux juridictions inférieures, sans répondre à la question de l'applicabilité directe des Conventions de Genève. *Hamdi v. Rumsfeld*, 28 juin 2004, commentaire in *AJIL* 2004, pp. 782s.

dans la question de l'applicabilité directe du traité. En outre, on peut constater que la Cour se cantonne à la méthode d'interprétation globale, sans étudier l'article 5 en lui-même⁵².

Dans son arrêt du 29 juin 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, la Cour Suprême devait répondre à la question de l'applicabilité directe des Conventions de Genève aux détenus de Guantanamo⁵³. Cette décision restera sans doute dans l'histoire judiciaire américaine comme une sanction éclatante des commissions militaires spéciales instaurées par le président Bush. Elle considère bien que lesdites Conventions sont invocables par les particuliers. Elle contredit l'ensemble des raisonnements des juridictions inférieures, qui refusaient l'existence d'un "*judicially enforceable right*". Pourtant, l'affirmation est lapidaire, aucun développement n'étant destiné à justifier cette affirmation⁵⁴. L'occasion a été manquée de fournir un raisonnement juridique clair concernant le "*private right of action*" et les critères d'identification de l'applicabilité directe du droit international humanitaire.

Le problème reste donc posé : les traités internationaux n'établissent pas eux-mêmes comment se prévaloir de leurs dispositions devant un tribunal interne. Un auteur américain, C.M. Vasquez, analysant l'ambiguïté de l'expression "self-executing", relève ainsi l'étrangeté de cette exigence, qui érige en obstacle au traité des règles de procédure interne⁵⁵. Fatalement, il ne peut que constater que "*many treaties, like most constitutional provisions and many federal statutes, do not themselves purport to confer private rights of action*"⁵⁶. Pourtant, le "*private right of action*" est une considération extérieure au traité lui-même, puisqu'il dépend des textes de procédure donnant compétence aux tribunaux.

Etats-Unis et France se retrouvent dans l'absence d'applicabilité directe du droit humanitaire et l'usage de cet obstacle procédural extérieur au traité. La particularité de l'application interne de cette branche du droit international réside dans le fait qu'il s'agit d'une mise en œuvre pénale : elle touche un domaine particulièrement sensible pour les Etats, et bute notamment sur des interprétations draconiennes de la règle "*nulla poena sine lege*". La norme internationale définit les crimes, elle ne punit pas elle-même. Les juges doivent donc rechercher un fondement de compétence qui, selon eux, ne leur est pas directement attribué par les traités : c'est la problématique de la compétence universelle, soulevée en France lors des affaires Javor et Munyeshyaka⁵⁷.

Dans l'affaire Javor, les plaignants avaient pris soin de préciser les dispositions de la Convention de Genève sur lesquelles ils s'appuyaient : la Cour de cassation leur a opposé un rejet fondé sur une motivation lapidaire, sans travail apparent d'interprétation : "*en l'absence d'effet direct des dispositions des quatre Conventions de Genève, (...) l'article 689 du Code de procédure pénale ne saurait recevoir application*". Un commentaire critique constate alors que la Cour "*conditionne l'application d'une disposition interne (l'article 689 du CPP) à l'applicabilité directe des quatre Conventions de Genève. Nous pouvons constater à nouveau un manque de clarté puisque justement la création de droits par les Conventions de Genève dans le chef des plaignants leur aurait évité d'avoir à se prévaloir d'une mesure interne d'exécution*"⁵⁸. Du fait que les Conventions accordent une marge de manœuvre aux Etats pour organiser la répression (normes secondaires) des crimes internationalement définis, ces normes primaires demeurent sans effet et l'ensemble du traité est ainsi inapplicable.

Le droit humanitaire n'est pas seul concerné, puisque c'est bien à un tel obstacle procédural que se heurte, en dernier lieu, la Convention sur les relations consulaires aux Etats-Unis. Les cours américaines refusant l'applicabilité directe de cet article se fondent ainsi, parmi les raisons relevées, sur une interprétation très

⁵² "*The Fourth Circuit panel's reasoning missed the point that a treaty can be partly non-self-executing for one purpose but still be directly operative for another...*" : J.J. Paust, "Judicial Power To Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial", *Harvard International Law Journal*, 2003-2, p. 515. Or, comme le souligne A. Peyro, "*même en acceptant l'argument de la Cour suivant lequel un traité doit prévoir un intérêt à agir pour les particuliers afin d'être self-executing, un tel caractère devrait être reconnu aux Conventions de Genève. En effet, celles-ci non seulement se réfèrent expressément aux droits des personnes privées mais elles prévoient également des moyens de recours en cas de violation de ces droits*" : A. Peyro Llopis, "La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême des Etats-Unis", *op.cit.*, p. 633.

⁵³ Arrêt rendu suite à une décision de la Cour d'appel du district de DC en juillet 2005 : celle-ci a estimé que le Congrès ayant autorisé la constitution de commissions militaires, les cours américaines n'avaient plus compétence pour recevoir les plaintes fondées sur les Conventions de Genève. La réflexion de la Cour Suprême portait donc avant tout sur la compétence du Président et du Congrès pour établir ces commissions, mais aussi sur la possibilité d'invoquer les Conventions de Genève (notamment leur article 3) : "*...whether petitioner and others similarly situated can obtain judicial enforcement from an article III court of rights protected under the 1949 Geneva Convention in an action for a writ of habeas corpus challenging the legality of their detention by the Executive branch*". Voir commentaire in *AJIL* 2006 p. 215, ainsi qu'à *AJIL* 2005 p. 895.

⁵⁴ CS, *Hamdan v. Rumsfeld*, 29 juin 2006, p. 6 : "*The DC circuit dismissed Hamdan's challenge in this regard on the grounds, inter alia, that the Conventions are not judicially enforceable and that, in any event, Hamdan is not entitled to their protection. Neither of these grounds is persuasive*". Sans plus d'explications, la Cour ajoutera simplement qu'il en va ainsi parce que ces traités "*are part of the law of war*" (p. 66).

⁵⁵ C.M. Vasquez, "The four doctrines of self-executing treaties", *op.cit.*, *supra*, note 35.

⁵⁶ L'auteur est également très critique envers la Cour Suprême, "*which has not said more than a sentence or two about the distinction in any case for nearly a century*". (*ibid.*, p. 722)

⁵⁷ C.Cass, crim, 26 mars 1996, *Javor et autres*, *RGDIP* 1996, p. 1083, note M. Sastre. Voir B. Stern, "La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en Ex-Yougoslavie et au Rwanda", *GYIL*, 1998, pp. 280-299.

⁵⁸ Note M. Sastre, in *RGDIP* 1996, p. 1090. L'auteur critique les "*réflexes encore dualistes de certains juges français*" (p. 1091).

restrictive de leur compétence en matière pénale : la mise en œuvre des arrêts de la CIJ ne saurait avoir lieu, selon elles, au niveau juridictionnel, mais bien au niveau administratif et politique. Il s'agit ici de la question des "political remedies" : la Cour du 11^{ème} circuit, déjà citée, s'était ainsi fondée sur une déclaration controversée du Département d'Etat soutenant fermement que la violation de l'article 36 devait être réparée par les autorités politiques ou diplomatiques, mais qu'il n'y avait pas de "remedies" judiciaires⁵⁹.

Cette problématique des "remedies" n'est pas sans rappeler une affaire (nettement moins dramatique) tranchée par le Conseil d'Etat français : Mme Chevrol, ayant obtenu en 2003 une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme suite à un arrêt de rejet du Conseil d'Etat, a demandé à ce dernier une réouverture de l'instance juridictionnelle qu'il avait close en 1999⁶⁰. Quels devaient être les effets en France d'un arrêt européen condamnant une pratique juridictionnelle ? Dans un arrêt du 11 février 2004, le juge administratif considère que la Convention n'impose pas d'elle-même une telle réouverture : la solution pour Mme Chevrol ne se situe qu'à un niveau administratif. Le Conseil d'Etat se comporte ainsi exactement comme les juridictions américaines, recherchant dans le traité lui-même cette nouvelle "cause of action", ce fondement de recevabilité du recours, qui confère la qualité pour agir du particulier. A moins que le traité ne le prévoie expressément, la requête est vouée à l'échec⁶¹.

On ne peut enfin que citer le commissaire du gouvernement Frydman qui, dans ses conclusions sur une célèbre affaire de lancer de nain, affirmait à propos de la Convention européenne des droits de l'homme que "même si on sait que la Convention est certes d'applicabilité directe dans les Etats qui y sont parties, il nous semble que celle-ci ne saurait pour autant avoir pour effet de déroger aux règles de compétence résultant des textes de droit interne"⁶².

Aux Etats-Unis, une seule cour a surmonté volontairement le paradoxe de cette exigence, qui neutralise les effets d'un traité. Dans l'affaire *Jogi v. Voges*, la Cour souligne qu'il est normal que le traité, s'adressant à des systèmes juridiques différents, ne prévoie pas lui-même les "remèdes" internes à sa violation⁶³. Elle affirme ensuite que la question du *private right of action* doit être dissociée du caractère *self-executing* du traité⁶⁴. Enfin, elle considère que si une Convention internationale crée un droit primaire subjectif au profit des individus, il serait logique de reconnaître l'invocabilité de ce droit. Sa conclusion justifie le caractère implicite d'un "private right of action" : "we conclude, therefore, relying on the language of article 36, the purpose of the Article, and the need to interpret the Vienna Convention in a manner consistent with the others states party to the Convention, that there is an implied private right of action to enforce the individual's Article 36 rights". Cette position est cependant bien rare.

Le traité qui doit conférer non seulement un droit subjectif mais aussi une qualité pour agir pose donc en réalité le problème du fondement de compétence du tribunal et de recevabilité de l'action. Par conséquent, le traité peut produire un effet direct sur l'individu, mais celui-ci ne pourra pas l'invoquer en raison de l'absence de cette clause internationale de compétence juridictionnelle interne. Faut-il inclure cette exigence dans la notion d'applicabilité directe ? Il y aurait alors, au sein de ce concept, des critères relatifs à l'applicabilité simple (dépendant du caractère moniste ou dualiste du système constitutionnel), puis des critères tenant à l'effet direct de la norme internationale (précision, création d'un droit subjectif déterminant l'intérêt à agir) ; enfin, un critère supplémentaire très incertain et contestable de justiciabilité (le droit à l'action ou la qualité pour agir).

In fine, les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux sont fondamentalement les mêmes en France et aux Etats-Unis. Cependant, les méthodes des juges diffèrent ; en pratique, l'invocabilité des traités est donc plus facilement reconnue en France qu'aux Etats-Unis, et le nationalisme juridique actuel des juges américains paraît toujours contraire à l'esprit moniste de la loi fondamentale elle-même.

⁵⁹ Affaires *Duarte Acero et Maharaj v. Crosby* : voir *supra*, note 39.

⁶⁰ CE Ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*.

⁶¹ Voir J. Andriantsimbazovina, "La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après la condamnation de la France par la CEDH", RFDA 2005-1, pp. 163-172. L'auteur explique notamment qu'en matière pénale, en revanche, la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence prévoit expressément la réouverture d'un procès après condamnation par la CEDH : cela pourrait être transposé au contentieux administratif.

⁶² Conclusions Frydman sur CE Ass 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge*, RFDA 1995-6, p. 1206.

⁶³ "It is unremarkable that the Vienna Convention does not spell out particular methods of enforcement. Treaties, after all, are signed by countries with different legal systems that provide different kinds of remedies" : voir commentaire in *AJIL* 2006-1, p. 219.

⁶⁴ "In our view, the better practice is to keep separate the question of self-executing character and the question of private right of action" : Cour d'appel fédérale du 7^{ème} circuit, *Jogi v. Voges*, 27 septembre 2005.