



**HAL**  
open science

# Recherches sur la personnalité juridique internationale : l'individu, entre ordre interne et ordre international

Bérangère Taxil

► **To cite this version:**

Bérangère Taxil. Recherches sur la personnalité juridique internationale: l'individu, entre ordre interne et ordre international. Droit. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2005. Français. NNT: . tel-04802152

**HAL Id: tel-04802152**

**<https://hal.science/tel-04802152v1>**

Submitted on 25 Nov 2024

**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 Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0  
International License

N° attribué par la bibliothèque :

|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|

**THÈSE**

Pour obtenir le grade de

**DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE**

Spécialité : Droit international public

**Recherches sur la personnalité juridique internationale :  
l'individu, entre ordre interne et ordre international**

Présentée et soutenue publiquement

par

**Bérangère TAXIL**

Le 28 novembre 2005

**THÈSE DIRIGÉE PAR :**

**Madame Brigitte STERN**

**JURY**

**M. Yves DAUDET, Professeur à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne**

**M. Pierre-Marie DUPUY, Professeur à l'Université Paris II - Panthéon-Assas et à l'Institut  
Universitaire Européen (Florence), Rapporteur**

**M. Alain PELLET, Professeur à l'Université Paris X - Nanterre, Rapporteur**

**Mme Brigitte STERN, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Directrice de thèse**

**Mme Sandra SZUREK, Professeur à l'Université Paris X - Nanterre, Présidente du jury**

*[...] On dirait, Rhédi, qu'il y a deux justices toutes différentes : l'une qui règle les affaires des particuliers, qui règne dans le droit civil ; l'autre qui règle les différends qui surviennent de peuple à peuple, qui tyrannise dans le droit public : comme si le droit public n'était pas lui-même un droit civil, non pas à la vérité d'un pays particulier, mais du monde.  
[...]*

**Montesquieu, Lettres persanes, Lettre XCV, Usbek à Rhedi.**



# Sommaire

## Principales abréviations

## Introduction

- I. QUEL SUJET D'ETUDE ?
- II. QUEL SUJET DE DROIT ?
  - A. Quelle personnalité juridique ?
  - B. Quel individu ?
- III. L'OBJET DU SUJET : METHODOLOGIE

## Partie I : L'application d'une définition de la personnalité juridique internationale à l'individu : incertitudes doctrinales

### CHAPITRE I. DEFINITION MINIMALE : LE SUJET, DESTINATAIRE DIRECT DE NORMES INTERNATIONALES

Section I. Une condition nécessaire et suffisante : un “lien direct” entre sujet et ordre juridique

Section II. Des applications doctrinales divergentes à l'individu

### CHAPITRE II. DEFINITION MAXIMALE : LE SUJET, AUTEUR DE NORMES INTERNATIONALES

Section I. Une condition normative supplémentaire et indispensable : la “capacité juridique générale”

Section II. Une application doctrinale largement défavorable à l'individu

### CHAPITRE III. DEFINITION INTERMEDIAIRE : LE SUJET, ACTEUR DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Section I. Le second critère déterminant de la personnalité : la capacité processuelle internationale

Section II. Une application doctrinale consensuelle : l'individu, sujet exceptionnel et dérivé

## Partie II : Consistance de l'écran étatique et “réception” du droit international par l'individu : l'applicabilité directe du droit international

### TITRE I. MEDIATION ETATIQUE ET INTEGRATION DES NORMES INTERNATIONALES DANS L'ORDRE INTERNE : LES CHOIX CONSTITUTIONNELS

Chapitre I. L'intégration des traités : de l'insertion automatique à la transformation des normes

Section I. Des oppositions apparentes entre monisme et dualisme : la médiation étatique, entre fiction et réalité

Section II. Des oppositions dépassées par la pratique : des effets similaires pour l'individu

Chapitre II. L'intégration du droit international non conventionnel : les lacunes constitutionnelles

Section I. L'impossible réception constitutionnelle du droit international non écrit ?

Section II. La rareté des choix constitutionnels pour les actes internationaux unilatéraux

TITRE II. MEDIATION ETATIQUE ET INVOCABILITE INTERNE DES NORMES

INTERNATIONALES : LES CHOIX DES JUGES

Chapitre I. L'applicabilité directe du droit international aux individus

Section I. Tentative de clarification des critères de l'applicabilité directe

Section II. Le cœur de l'invocabilité : l'effet direct des normes internationales

Chapitre II. L'invocabilité des normes internationales : bilan contemporain

Section I. Bilan conceptuel : l'évolution des critères de l'invocabilité des normes internationales

Section II. Bilan pratique : Les degrés d'invocabilité des normes internationales

### **Partie III : Consistance de l'écran étatique et action de l'individu dans l'ordre international**

TITRE I. LA RESISTANCE DE L'ECRAN ETATIQUE : LA PLACE DE L'INDIVIDU DANS LA THEORIE DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT

Chapitre I. La protection diplomatique : une action indirectement internationale de l'individu

Section I. Résistance des règles classiques : l'allégeance de l'individu à l'Etat

Section II. Les règles contemporaines : l'association des droits étatiques et individuels, un pas vers la réalité

Chapitre II. L'épuisement des voies de recours internes : une action subsidiairement internationale de l'individu

Section I. Nature de la règle et conséquences sur la position de l'individu dans le contentieux international

Section II. Champ d'application contemporain de la règle : le maintien temporaire de l'individu dans l'ordre interne

TITRE II. LE FRANCHISSEMENT DE L'ECRAN ETATIQUE : DIVERSITE DES CAPACITES D'ACTION DIRECTEMENT INTERNATIONALE DE L'INDIVIDU

Chapitre I. Capacité processuelle passive : la responsabilité pénale de l'individu

Section I. De l'obligation à la responsabilité : le crime international de l'individu

Section II. Une mise en œuvre renforcée de la responsabilité internationale individuelle devant les juridictions internationales

Chapitre II. Capacité processuelle active : l'individu, victime internationale

Section I. Délimitation des critères de la capacité processuelle

Section II. L'essor de la capacité processuelle internationale de l'individu

### **Conclusion générale**

I. UNE PERSONNALITE INTERNATIONALE POSSIBLE

II. UNE PERSONNALITE INTERNATIONALE UTILE ?

## **Bibliographie**

I. MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

II. OUVRAGES SPECIALISES, THESES

III. OUVRAGES COLLECTIFS, MELANGES

IV. COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE

V. ARTICLES

VI. SITES INTERNET

**Annexe : Dispositions constitutionnelles relatives au droit international**



## Principales abréviations

AFDI .....	Annuaire français de droit international
AJDA.....	Actualité juridique de droit administratif
AJIL .....	American journal of international law
APD .....	Archives de philosophie du droit
C.Cass .....	Cour de cassation
CDI .....	Commission du droit international
CE .....	Conseil d'Etat
CIJ .....	Cour internationale de justice
CIRDI.....	Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE.....	Cour de justice des communautés européennes
CPI .....	Cour pénale internationale
CPJI.....	Cour permanente de justice internationale
DUDH .....	Déclaration universelle des droits de l'homme
JDI.....	Journal du droit international
JEDI.....	Journal européen de droit international
LGDJ .....	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA .....	Les petites affiches
OMC .....	Organisation mondiale du commerce
RCADI .....	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RCDIP.....	Revue critique de droit international privé
RDH .....	Revue des droits de l'homme
RDP .....	Revue de droit public
RFDA .....	Revue française de droit administratif
RFDC .....	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP .....	Revue générale de droit international public
RIDC .....	Revue internationale de droit comparé
RTDE .....	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH.....	Revue trimestrielle des droits de l'homme
SFDI .....	Société française pour le droit international
TAM.....	Tribunaux arbitraux mixtes
TCE.....	Traité des communautés européennes
TPI .....	Tribunal pénal international
TPICE .....	Tribunal de première instance des communautés européennes



## Introduction

### I. Quel sujet d'étude ?

En 1948, un rapport du Secrétaire général de l'ONU proposait à la toute nouvelle Commission du droit international une liste indicative de thèmes dont la codification paraissait envisageable. Parmi les 25 sujets intéressants “les Etats et la communauté internationale”, “*l'individu en droit international*” arrivait en quatrième position<sup>1</sup>. Jamais traité en tant que tel, le sujet est pourtant évoqué très régulièrement dans l'œuvre de codification de la CDI. Celle-ci choisit ainsi une déclinaison matérielle des domaines à codifier : des questions de nationalité à celle de la protection diplomatique, en passant par l'expulsion des étrangers ou encore la définition des crimes internationaux, la trop vaste problématique d'un éventuel statut de l'individu en droit international est soulevée mais toujours éludée. Il faut avouer qu'elle se heurte à l'un des concepts les plus fondamentaux mais aussi les plus insaisissables du droit international : celui de la personnalité juridique internationale<sup>2</sup>.

Cela n'a nullement empêché la doctrine du 20<sup>ème</sup> siècle de répondre à la question de la position de l'individu face à un droit réputé interétatique. De nombreuses études y ont été consacrées dans la première moitié du siècle. L'entre-deux guerres a ainsi vu paraître trois thèses, ainsi qu'une série impressionnante de cours à l'Académie de La Haye, dédiés au sujet. Des questions liées mais différentes s'y mêlent : l'individu possède-t-il une place parmi les sujets du droit international ? comment le droit international le prend-il en considération ? La première interrogation envisage le **statut** de l'individu, la seconde sa **condition**. Comme l'explique J. Combacau, “*le statut légal d'une catégorie d'êtres est la qualité qui leur est attribuée ou reconnue par le droit objectif avant qu'il ne définit leur condition, c'est-à-dire le régime légal (droits, obligations et pouvoirs) qui les caractérise*”<sup>3</sup>. Les deux termes doivent être distingués, bien que cela ne soit pas toujours

---

<sup>1</sup> Voir H. Al-Baharna, “Future Topics for the Codification of International Law Viewed in Historical Perspective”, in Nations Unies, *Le droit international à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle, réflexions de codificateurs*, New York, 1997, pp. 373-384. Le rapport de 1948, préparé par H. Lauterpacht, inspire toujours le programme à long terme de la CDI, dans lequel la “situation de l'individu dans le droit international” figurait encore en 1998. Voir sur ce point M. Kamto, “Choix de sujets pouvant être retenus par la Commission aux fins de la codification et du développement progressif et méthodes de travail de la Commission”, in Nations Unies, *Pour un meilleur droit international : la CDI a 50 ans*, New York, 1998, notamment pp. 260-261.

<sup>2</sup> On admettra tout au long de cette étude que “avoir” la personnalité juridique et “être” sujet de droit possèdent la même signification. Cela n'empêchera pas d'évoquer l'existence d'opinions différentes.

<sup>3</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 307.

le cas<sup>4</sup>. Ainsi, certaines approches privilégient une analyse matérielle, branche par branche, des normes internationales régissant des comportements individuels. Elles cherchent à identifier le contenu des droits et obligations s'appliquant à l'individu. En revanche, d'autres s'attachent à l'analyse d'une qualité générale de caractère abstrait : il s'agit alors de déterminer si l'ordre juridique international considère une personne comme l'un de ses sujets. Si, généralement, l'un ne va pas sans l'autre, la différence de méthode entraîne des conséquences sur la conceptualisation de la personnalité juridique.

Ainsi, en 1923, la thèse d'E. Guerry défend l'idée que la protection de l'individu est la fin ultime du droit (interne comme international) et part à la recherche d'un principe sociologique soutenant la personnalité internationale de l'individu<sup>5</sup>. Critiquant les positions classiques des volontaristes, l'auteur axe ses raisonnements sur une conception sociale et fonctionnelle de la personnalité internationale. Concluant sur la nécessité de reconnaître la valeur d'un contrat social en droit international, il se pose en partisan de l'école sociologique, défenseur du droit naturel. En revanche, dix ans plus tard, S. Segal adopte une méthode et une idéologie opposées<sup>6</sup>. Sans s'attacher à la définition de la personnalité internationale, il développe une vision positiviste et procédurale de la position de l'individu en droit international. L'auteur étudie donc les différents recours internationaux ouverts à l'individu : les voies juridictionnelles sont présentées, essentiellement à travers le fonctionnement des Tribunaux Arbitraux Mixtes (TAM). Le droit de pétition, puis les recours possibles dans le cadre des mandats de la Société des Nations (SdN) protégeant les minorités, sont également étudiés. Constatant le caractère exceptionnel de ces situations, la thèse ne peut que s'achever sur un constat négatif, à l'inverse de la précédente : celui de l'absence de tout statut international de l'individu. Uniquement attachée à l'analyse des moyens par lesquels l'individu peut faire valoir un droit devant un organe international, la thèse omet par ailleurs toute étude des obligations internationales pesant sur l'individu<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Ainsi, le Dictionnaire de droit international dirigé par J. Salmon les présente en tant que synonymes. En effet, à "statut", on peut lire qu'il s'agit d'un "*terme, souvent accompagné d'un qualificatif, désignant la condition de celui qui en est l'objet (Etat, territoire, personne, etc.) et le régime qui lui est applicable d'après les règles qui le concernent*" : *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 582. Parallèlement, "*employé au singulier dans les expressions telle que condition des étrangers, le terme condition est synonyme de statut, régime applicable*" (*Ibid.*, p. 144).

<sup>5</sup> E. Guerry, *Recherches sur la personnalité internationale de l'individu*, Editions de la vie universitaire, Paris, 1923, 276 p.

<sup>6</sup> S. Segal, *L'individu en droit international positif*, Librairie du recueil Sirey, 1932, 180 p. Ces deux thèses furent soutenues devant le même jury, composé de Basdevant, de la Pradelle et le Fur. Comme le titre de la thèse l'indique, S. Segal affirme sa volonté de se cantonner à l'étude du droit positif et rejette toute approche sociologique du sujet.

<sup>7</sup> Evoquant le thème d'une éventuelle responsabilité internationale de l'individu, l'auteur considère qu'il doit l'éliminer de son étude, parce que "*c'est plutôt du droit pénal international*" (*Ibid.*, p. 4) : il se heurte ainsi déjà au problème de l'identification des normes appartenant au droit international ou au(x) droit(s) interne(s).

Enfin, une troisième monographie voit le jour l'année suivante : la remarquable thèse de G. Tenekides, publiée en 1933, effectue une synthèse entre les deux approches précédentes<sup>8</sup>. L'auteur réconcilie l'objectif de conceptualisation de la personnalité internationale et l'étude du droit positif concernant les individus. Il s'interroge ainsi, non seulement sur la vocation de l'ordre juridique international à accepter l'individu parmi ses sujets, mais également sur l'existence effective (et le nombre) de normes internationales régissant des comportements individuels. Sa réponse quant à un éventuel statut international de l'individu est des plus nuancées : oui, exceptionnellement, des normes internationales s'adressent à l'individu et lui permettent de faire valoir un droit devant un organe international. Cependant, aucun principe général et définitif ne peut être dégagé en terme de personnalité internationale.

Dans l'ensemble, la doctrine de la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle, très marquée par les oppositions d'écoles, part d'un constat : l'individu est un sujet de droit interne. Dès lors, seul l'Etat est compétent pour régir sa condition ; à l'époque, les relations entre l'Etat et l'individu appartiennent ainsi au domaine réservé étatique. Cependant, dans quelques situations exceptionnelles, l'individu n'est immergé dans aucune structure étatique : le droit international peut alors s'en saisir directement. Cela explique que le droit positif analysé par ces auteurs soit extrêmement fragmentaire, limité. On y constate, par exemple, la mise en œuvre conventionnelle de certains droits pour les minorités ; on y voit la situation du pirate ou de l'apatride ; les célèbres Cour des prises et Cour de justice centre-américaine, les traités de paix instaurant les TAM, sont également pris en exemples. Cette liste de cas ne permet pas, néanmoins, d'affirmer que le droit international, en général, place l'individu dans le même cercle que l'Etat, à l'époque seul véritable sujet de cet ordre juridique – à moins de nier l'existence même de la personne Etat, comme le fit G. Scelle<sup>9</sup>.

D'un point de vue matériel, le droit international contemporain apporte de profonds changements à la condition de l'individu. L'élaboration d'un régime juridique de responsabilité internationale individuelle, par le "droit de Nuremberg", implique que l'ordre juridique international impose directement des obligations à des personnes physiques. D'aucuns affirmeront toutefois, comme le fit Anzilotti, que les Tribunaux Militaires Internationaux (TMI) ne sont pas des juridictions internationales, que la responsabilité mise en œuvre n'est pas du ressort du droit international, mais d'un droit interne commun à quelques Etats<sup>10</sup>. Parallèlement, la protection de l'Homme, par des normes internationales, est peu à peu perçue comme une restriction très significative du domaine réservé étatique. La personne "individu" peut être considérée directement par cette nouvelle branche du droit ; cependant, l'inclusion de ce domaine dans le droit

<sup>8</sup> G. Tenekides, *L'individu dans l'ordre juridique international*, Paris, Pedone, 1933, 261 p.

<sup>9</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, 563 p.

<sup>10</sup> D. Anzilotti, *Cours de droit international* (1929), Paris, Editions Panthéon-Assas, 1999, 534 p.

international général ou, au contraire, son autonomie, fait débat. Il est alors facile de marginaliser les normes internationales portant sur l'individu, comme ne concernant que des situations exceptionnelles. Que l'on soit détracteur ou partisan de la reconnaissance d'un statut international de l'individu, l'obstacle quantitatif des situations liant droit international et sujets internes se dresse.

Pourtant, les études poursuivent la logique d'une étude du régime juridique, listant le contenu des droits et des obligations que le droit international octroie ou impose aux particuliers. Ainsi, la dernière thèse consacrée à "l'individu devant le droit international", en 1956, présente un catalogue chronologique de normes internationales relatives à l'individu <sup>11</sup>. L'auteur y explique le développement progressif des normes de protection, des étrangers commerçants, puis des minorités dans le cadre de la SdN. Constatant l'essor des activités économiques, la thèse expose également le rôle d'institutions telles que l'Organisation Internationale du Travail (OIT). L'historique des droits de l'homme est également présent, à travers la Déclaration universelle et l'œuvre du Comité des droits de l'homme de l'ONU. Enfin, le dernier chapitre récapitule la formation d'un droit pénal international avec la définition et la sanction du crime contre l'humanité <sup>12</sup>. Cependant, malgré l'utilité d'une étude synthétique des normes internationales "destinées" à l'individu, la réflexion omet le questionnement relatif au statut : l'individu est-il sujet de droit international ? Ce n'était finalement pas le sujet.

Le plus souvent, et on le constate encore dans de nombreuses études de droit international public, l'analyse de la position de l'individu en droit international est effectuée selon une **logique matérielle et binaire** : étude de ses droits d'une part, de ses obligations d'autre part <sup>13</sup>. Cela peut se résumer à décliner les mécanismes des droits de l'homme, puis du droit international pénal. Or, aujourd'hui, il n'est plus contesté que le champ matériel du droit international ne se cantonne pas aux affaires interétatiques ; il a vocation à se saisir de tout domaine. Droits de l'homme, droit économique, droit de la mer, droit pénal, droit de la sécurité collective, chaque "branche" du droit comporte des normes, coutumières et conventionnelles, produisant des effets juridiques sur la situation des individus. Pourtant, la personnalité internationale de l'individu continue à faire l'objet de débats. D'ailleurs, si les manuels

---

<sup>11</sup> J. Rochette, *L'individu devant le droit international*, Paris, Montchrestien, 1956, 172 p.

<sup>12</sup> Il n'est pas encore question, à l'époque, de distinguer droit pénal international et droit international pénal, comme on le fait couramment aujourd'hui.

<sup>13</sup> C'est ainsi que procède E.I. Daes, qui a produit deux études relatives à la condition de l'individu en droit international, au sein de l'ONU, l'une détaillant le contenu des droits individuels, l'autre portant sur les devoirs. E.I. Daes, *Les devoirs de l'individu envers la communauté et les limitations des droits et libertés de l'homme en vertu de l'article 29 de la DUDH*, New-York, Nations Unies (sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires), 1983, 224 p. Également, du même auteur, *La condition de l'individu et le droit international contemporain : promotion, protection et rétablissement des droits de l'homme aux niveaux national, régional et international*, New York, Nations Unies (Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme), 1993, 70 p.

présentent l'individu dans la partie consacrée aux "sujets de droit international", c'est souvent avec grande réticence. Ainsi, J. Verhoeven, parallèlement aux sujets certains (Etats, organisations internationales), le situe dans les "vraisemblances" <sup>14</sup>. En outre, il ne l'envisage que de façon restreinte : deux sous-parties lui sont dédiées, l'une consacrée aux droits reconnus, l'autre aux mécanismes de sauvegarde des droits. De même, P.M. Dupuy, après avoir analysé les sujets Etat et organisation internationale, limite son étude d'un troisième sujet de droit à "l'individu dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme" <sup>15</sup>. D. Carreau, quant à lui, place l'individu dans une rubrique "sujets à compétences limitées", déclinée rapidement en "protection" puis "répression" <sup>16</sup>.

Cependant, cette approche, présentée en termes de régime juridique, ne semble pas totalement répondre à la question de l'individu, sujet de droit international <sup>17</sup>. Plusieurs interrogations viennent alors à l'esprit. Cela signifie-t-il que la question de la personnalité internationale de l'individu est impossible à résoudre ? Ou alors, n'est-ce pas plutôt qu'elle ne présente pas (ou plus) d'intérêt ? Evite-t-on, plus simplement, le concept de personnalité internationale ? La Société française pour le droit international (SFDI) y a pourtant consacré son colloque annuel en 2004 ; mais le résultat des recherches est mince <sup>18</sup>. En outre, si l'individu a souvent été évoqué, il n'a jamais été répondu clairement à la question que l'on se pose ici.

## II. Quel sujet de droit ?

### A. Quelle personnalité juridique ?

On reconnaît encore volontiers que "*le sujet est au cœur du droit international*" <sup>19</sup>, mais cette lapalissade à double sens ne fait qu'introduire une réflexion empreinte de perplexités multiples ; le "sujet du sujet de droit" semble être un thème impossible, à plus d'un titre, d'autant plus lorsqu'on y associe le terme "individu".

<sup>14</sup> J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 296-311.

<sup>15</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, 2004, pp. 205-250.

<sup>16</sup> D. Carreau, *Droit international*, Paris, Pedone, 8<sup>ème</sup> édition, 2004, 688 p.

<sup>17</sup> L'exclusion d'une réflexion sur la personnalité juridique est ainsi clairement énoncée par C. Dominicé, lorsqu'il présente une analyse de la place de l'individu dans le mécanisme actuel de la responsabilité internationale des Etats. Ainsi, l'auteur précise que "*au moment d'examiner si le destinataire d'un tel droit peut être une personne privée, d'aucuns seraient tentés de poser la question préalable de savoir si celle-ci est un sujet de droit international. C'est une question qui divise la doctrine, mais qu'il n'y a pas lieu d'aborder pour notre présent propos*". C. Dominicé, "La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats", in *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 730.

<sup>18</sup> SFDI, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, Pedone, 2005, 170 p. Bien des questions pratiques ont été soulevées et résolues, mais tant les intervenants que l'auditoire ont exprimé leur perplexité face au concept même de sujet de droit.

<sup>19</sup> C'est ainsi que débute l'avant-propos de M. Cosnard au colloque cité précédemment : *ibid.*, p. 3.

D'une part, la recherche d'une définition du sujet de droit international conduit aussitôt dans une logique circulaire et tautologique. La définition du droit international repose largement sur celle des sujets : il est en effet généralement présenté comme le droit qui régit les relations et comportements de ses sujets. Inversement, ces derniers sont les personnes désignées comme telles par le droit international. Plus précisément, la personne juridique est destinataire de normes internationales ; mais encore faut-il définir ce qu'est la norme internationale. Or, celle-ci dépend, non seulement de la définition du droit international en tant qu'ordre juridique, mais aussi de celle des sujets. On s'exclame alors : *“comment peut-on définir le droit international par un renvoi aux Etats ou à ses sujets, alors que pour déterminer ces derniers on se réfère au droit international ?”*<sup>20</sup>. Ces tautologies, encore soulignées en 2004 par M. Cosnard<sup>21</sup>, révèlent la première des difficultés auxquelles on est confronté : l'imprécision et la variété terminologique. En effet, s'il existe des ressemblances entre elles, bien des définitions de la personnalité juridique internationale existent, qui ne sont pas identiques. La recherche d'un concept est d'autant plus hasardeuse que la Cour internationale de justice (CIJ) a souligné, comme il est fréquent de le rappeler, que *“les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté”*<sup>22</sup>. On assiste alors à une catégorisation des sujets, qui évolue en même temps que la société internationale, sans disposer pour autant d'une définition univoque du sujet de droit.

D'autre part, aux difficultés sémantiques, s'ajoute la question de la finalité, de l'utilité de la notion. Lorsque P-M. Eisemann interroge *“à quoi cela sert-il...”*, il précise sa question : *“on peut disserter sur les catégories et sur bien d'autres choses intellectuellement extrêmement stimulantes, mais quel est aujourd'hui l'intérêt concret de donner une définition du "sujet" et d'attribuer cette qualité à une entité donnée ?”*<sup>23</sup>. Or, tous ceux qui ont approché le sujet avouent effectivement s'être posé la question plus d'une fois. Il est tentant d'être sujet au découragement, et de répondre, comme le fit alors H. Ruiz Fabri, *“j'aurais tendance à*

---

<sup>20</sup> E. Suy, “Sur la définition du droit des gens”, *RGDIP* 1960, p. 764. L'auteur présente trois modèles de définition du droit international. Le premier identifie le droit international par ses destinataires (ou "sujets", les termes étant ici pris comme synonymes) ; le second, à l'instar des approches de Triepel et d'Anzilotti, est axé sur la substance de la matière internationale : le droit international est composé par nature de domaines différents de ceux traités par les droits internes. La dernière définition opte pour une approche procédurale : *“le droit international devrait par conséquent se définir comme l'ensemble des normes créées dans le cadre de la procédure prévue pour la création de ces normes. Cette définition s'effondre toutefois comme les autres devant la logique...”* (p. 770). Dès lors, de la même façon que pour la définition de la personnalité internationale, le bilan est fataliste, car *“il nous semble que le positivisme juridique doit se contenter d'une définition imparfaite, comme le droit international lui-même”* (*Ibid.*).

<sup>21</sup> La première partie de son rapport général est ainsi consacrée à la difficulté de définir le concept de personnalité juridique internationale, tandis que la seconde veut démontrer l'impossibilité de trouver des critères opératoires permettant d'identifier avec certitude les sujets internationaux : M. Cosnard, “rapport introductif”, in SFDI, *Le sujet en droit international*, *op.cit.*, pp. 13-54.

<sup>22</sup> CIJ, *Dommages subis au service des Nations Unies*, Recueil 1949, pp. 178-179.

<sup>23</sup> SFDI, *Le sujet en droit international*, *op.cit.*, p. 73.

*dire... que la notion de sujet de droit international ne sert à rien*<sup>24</sup>. Sujet inutile ou sujet impossible, la personnalité fait pourtant toujours partie des concepts majeurs, arrivant souvent en première position dans les manuels. Même si, pour l'heure, les questions restent posées, on ne renoncera pas pour autant à rechercher l'éventuel statut international de l'individu : est-il sujet de droit international ? Cela nécessite de répondre à une question préalable : qu'est-ce qu'un sujet de droit ?

Le Dictionnaire de droit international public considère que le "sujet de droit" est *"celui qui, relevant directement des règles du droit international, est apte à être titulaire de droits internationaux, à être tenu d'obligations internationales, à avoir accès aux procédures internationales"*<sup>25</sup>. On peut également citer P.M. Dupuy, dont la définition est très proche : *"on dit d'une entité qu'elle constitue un sujet de droit lorsqu'elle est dotée par les normes d'un ordre juridique déterminé d'un ensemble de droits et d'obligations, ainsi que des capacités nécessaires à leur exercice"*<sup>26</sup>. Pourtant, au regard de ces deux définitions, bien des questions se posent déjà : qu'est-ce que "relever directement" du droit international ? Que signifie "être doté" de droits ? Là où le premier évoque des "procédures internationales", le second cite des "capacités nécessaires" : est-ce la même exigence ? En outre, la référence à des "normes" nécessite d'identifier l'appartenance d'une norme à l'ordre juridique international plutôt qu'à un autre. Comment faire si une même norme se retrouve tant dans un traité international que dans une loi étatique ? enfin, être doté *par* un ordre juridique (de droits *et* d'obligations), signifie-t-il être titulaire *dans* un ordre juridique (de droits *ou* d'obligations), autre formulation courante ? Si les critères de définition sont dissemblables, peut-on encore comparer les raisonnements qui s'ensuivent ?

De façon générale, il est aisément perceptible que la personnalité est composée de droits et/ou d'obligations. Pour l'objet de la présente étude, on retiendra avant tout qu'elle **révèle le lien qui existe entre un ordre juridique et l'entité considérée**. Toutefois, face au manque de stabilité du concept, peut-être faut-il alors se référer au droit civil, dont il est originaire ?<sup>27</sup> Cependant, on aperçoit rapidement qu'il pose également bien des difficultés en droit interne. Ainsi, les raisonnements tautologiques s'y retrouvent. G. Cornu, par exemple, énonce que *"la personnalité juridique, dans son*

<sup>24</sup> SFDI, *Le sujet en droit international, op.cit.*, p. 74.

<sup>25</sup> J. Salmon (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 588.

<sup>26</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 25.

<sup>27</sup> Le premier véritable "traité" moderne de la personnalité civile est dû à R. Saleilles : *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, réédité en 2003 aux éditions La Mémoire du Droit, 678 p. Il s'agit de la publication de 25 leçons de droit civil comparé sur les personnes juridiques, professées en 1907-1908. Cependant, le concept est originaire du droit romain, qui a servi de base aux principales constructions juridiques admises en matière de personnalité civile : voir notamment la troisième leçon, "L'histoire et le concept de personnalité", pp. 45-67.

*abstraction, peut se définir comme l'aptitude à devenir sujet de droit*"<sup>28</sup>. Cela ne renseigne guère sur les critères d'identification du sujet de droit. Il précise alors que "*d'un côté, la personne civile est un personnage abstrait, un être doué d'aptitude : l'aptitude à être sujet de droit. D'un autre côté, le droit civil saisit la personne concrètement, corps et âme, et consacre les droits primordiaux de la personne...*"<sup>29</sup>. On peut reconnaître ici la distinction évoquée entre le statut, qualité virtuelle, et la condition, composée matériellement d'un certain nombre de droits. Cependant, la reconnaissance de la personne juridique de droit interne ne pose guère de problèmes, dès lors que c'est par la naissance que les personnes physiques acquièrent un tel statut. La difficulté est toute autre en droit international, surtout pour ces mêmes personnes physiques : l'ordre juridique international ne désigne pas expressément ses sujets. Lorsque la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et le Pacte international de 1966 qui lui fait écho affirment que "*chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique*", cela ne constitue pas l'affirmation d'une personnalité internationale individuelle<sup>30</sup>. Il ne s'agit que d'une reconnaissance formelle de la possession d'un statut en droit interne, de la qualité de sujet, inhérente à chacun.

Bien qu'il s'agisse également d'un raisonnement circulaire, le droit privé définit aussi le sujet de droit comme la "*personne (physique ou morale) considérée comme support d'un droit subjectif ; titulaire du droit (sujet actif) ou débiteur de l'obligation (sujet passif)*"<sup>31</sup>. Peut-on définir autrement le droit subjectif que comme "le droit qui appartient au sujet ?". Pourtant, la référence à cette expression est fondamentale, en ce qu'elle permet de distinguer droit(s) subjectif(s) et droit objectif. Cela renvoie ainsi à la célèbre dichotomie objet-sujet. Comme l'explique F. Terré, "*la personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire actif et passif de droits que le droit objectif reconnaît à chacun. Ces droits ainsi reconnus sont les droits subjectifs*"<sup>32</sup>. En l'absence de possession de droits subjectifs, l'entité considérée n'est qu'objet<sup>33</sup>. Les manuels de droit civil procèdent donc à l'exposé des droits contenus par la personnalité, tels que le droit à la vie, à l'intégrité physique, ou encore le droit au nom, à l'image, etc. En revanche, J. Carbonnier affirme de la liberté

<sup>28</sup> G. Cornu, *Droit civil, introduction : les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, Précis Domat, 10<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 204.

<sup>29</sup> G. Cornu, *Droit civil, introduction : les personnes, les biens, op.cit.*, pp. 204-205.

<sup>30</sup> Articles 6 de la DUDH et 16 du PIDCP : in P.M. Dupuy, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2004, pp. 108 et 119.

<sup>31</sup> G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 879.

<sup>32</sup> F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil- les personnes*, Paris, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 1996, p. 7.

<sup>33</sup> La distinction provient du droit romain, qui opposait ainsi personnes-sujets et choses-objets. Evidente de prime abord, elle se brouille aujourd'hui sous l'effet des "progrès" (génétiques ou juridiques), avec les ambiguïtés de la situation des animaux, auxquels on a tendance à reconnaître des droits, ou encore la recherche d'un statut pour le fœtus humain. À terme, comme le souligne F. Terré, "*c'est aussi, sur une pente menant aux pires atrocités, acclimater l'idée qu'entre l'animal de compagnie et l'être humain handicapé, il y a sans doute une différence, mais de degré et non pas de nature*". *Ibid.*, p. 14.

individuelle qu'«*elle n'a pas un objet suffisamment précis pour constituer un droit subjectif*»<sup>34</sup>. Ici surgit un problème d'identification du droit subjectif, dû à une distinction quelque peu radicale entre droit privé et droit public. En effet, comme le souligne F. Terré, «*on sait que la notion de droit subjectif se distingue malaisément de celle de liberté publique*»<sup>35</sup>. Comme lui, certains auteurs tendent à reconnaître l'inclusion des libertés publiques dans les droits de la personnalité, que les individus peuvent invoquer à l'encontre d'autres sujets. Ils ne distinguent alors pas selon que le droit est exercé à l'encontre d'un autre particulier ou d'une personne publique. En revanche, J. Carbonnier considère que «*opposer [les droits] à l'Etat n'est pas l'affaire du droit civil : c'est exclusivement dans les rapports entre particuliers que joue la théorie civiliste des attributs de la personne physique*»<sup>36</sup>. Ainsi, la conception du sujet de droit ne vaut, pour certains auteurs civilistes, que pour leur domaine : la personnalité n'est que "civile". La problématique, pour eux, exclut alors les rapports avec les personnes publiques, et toute condition subjective de l'individu en droit public. On pensait la personnalité juridique interne de l'individu comme un acquis général. Pourtant, elle est loin d'être reconnue en droit public. Sur ce point, la thèse récemment publiée de N. Foulquier éclaire singulièrement la question<sup>37</sup>. Il détaille en effet deux siècles d'objectivation des rapports entre individus et Etat, dont le recours pour excès de pouvoir est le symbole. L'individu n'y fait pas valoir de droits subjectifs, mais invoque un droit objectif au maintien de la légalité. Il ne serait donc pas considéré, dans cette situation, en tant que personne juridique<sup>38</sup>.

Par conséquent, la transposition du concept de personnalité juridique, du droit interne vers le droit international, se heurte à deux principaux obstacles. D'une part, si l'obtention de la qualité de sujet de droit est automatique, en droit interne, pour les personnes physiques, peut-on réellement considérer que le processus est identique en droit international ? Ne peut-on pas, au contraire, considérer que dans l'ordre juridique international, on ne naît pas sujet, on le devient ? Dès lors, la recherche des sujets internationaux doit procéder d'une méthode différente. D'autre part, le concept de personnalité juridique provient non seulement du droit interne, mais du droit civil. Or, ici, on se trouve dans le cadre du droit international, qui plus est du droit international public. Les sujets reconnus, Etat et organisation internationale, étant des personnes morales de droit public, peut-on inclure dans la même catégorie des personnes physiques et privées ?

<sup>34</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, 1. Les personnes*, Paris, PUF, collection Thémis, 2000, p. 150.

<sup>35</sup> F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil- les personnes, op.cit.*, p. 3.

<sup>36</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, 1. Les personnes, op.cit.*, p. 147.

<sup>37</sup> N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2003, 805 p.

<sup>38</sup> Sa thèse constitue un appel brillant à revenir sur une conception subjective de la situation de l'administré. Parmi les raisons qu'il avance, on peut noter l'affirmation selon laquelle l'effet direct du droit international, en créant des droits subjectifs individuels, incite à renforcer le caractère subjectif du contentieux administratif. Voir les développements *infra*, partie III.

## B. Quel individu ?

Il est question ici des personnes physiques. Toutefois, qui est cet individu dont on recherche le statut ? On a déjà souligné que la doctrine classique, étudiant le droit positif consacré à des individus, était amenée à étudier des normes particulières, régissant par exemple la position du pirate ou de l'apatride. On peut également citer le cas du fonctionnaire international<sup>39</sup>. Les analyses étaient ainsi menées à partir de situations concrètes et ponctuelles, auxquelles on finissait justement par opposer l'argument de leur caractère exceptionnel. Il a toujours existé des cas particuliers où l'individu n'est immergé dans aucune structure étatique : le droit international le considère directement, comme tel, et non à travers un quelconque rattachement à un Etat (par sa nationalité, notamment). L'Homme des droits de l'homme, l'apatride, le pirate, le fonctionnaire international ne sont pas les individus qui nous intéressent ici ; ou du moins pas les seuls. Etudier la personnalité internationale à partir de telles situations conduit à mener une réflexion en déclinant les différents domaines matériels du droit international qui concernent les individus. Or, cela peut sembler incompatible avec une véritable conceptualisation du statut de l'individu. Il importe davantage ici de savoir **si l'individu, déjà sujet interne, peut être, en même temps, sujet international**. M. Torrelli, procédant en 1970 à une étude dans le cadre du droit communautaire, est l'un des rares auteurs qui tente ainsi de présenter son individu au lecteur. Il explique que *“tour à tour est apparu l'homme situé dans le concret, tel le pirate, le minoritaire, ou dans l'abstrait, tel l'homme des déclarations des droits. On peut aussi le définir par sa fonction (technicien, gouvernant, gouverné) ou par sa qualité (électeur, justiciable, administré, personne physique ou morale, société, entreprise). En fait, il n'y a pas un individu mais des catégories d'individus... La notion d'individu est donc essentiellement floue et c'est justement par sa généralité que nous l'utilisons : tout au long de cet ouvrage, il apparaîtra comme personne physique ou morale, titulaire de droits et d'obligations, sujet d'un ordre juridique nouveau qui coexiste avec les ordres juridiques anciens”*<sup>40</sup>. Il n'est donc pas question ici de s'attacher à un individu en particulier, qui serait pris en compte par le droit international en raison de sa spécificité par rapport au sujet interne lambda.

En revanche, contrairement à M. Torrelli, on distinguera entre personnes physiques et morales. Lorsqu'on envisage une recherche sur la personnalité

<sup>39</sup> C'est ainsi que Ph. Cahier, dans un cours professé à La Haye en 1985, considère que l'individu peut être sujet de droit international dans trois situations. D'une part, en tant qu'agent d'une organisation internationale ; en tant qu'"Homme" dans le cadre des mécanismes propres aux droits de l'homme ; enfin, en tant que responsable pénalement devant un tribunal international. Ph. Cahier, “Changements et continuité du droit international. Cours général de droit international public”, *RCADI* 1985-6, vol. 195, pp. 140-147. Or, il s'agit là de situations particulières dans lesquelles l'individu est en quelque sorte "arraché" à tout ordre étatique pour être placé directement dans l'ordre juridique international. Il semble donc difficile d'en déduire un principe général de personnalité internationale individuelle.

<sup>40</sup> M. Torrelli, *L'individu et le droit de la CEE*, Presses de l'Université de Montréal, 1970, pp. 28-29.

internationale de l'individu, le terme même d'individu peut en effet prêter à confusion : il doit être clairement distingué de celui de "personne", en ce que ce dernier mêle personnes physiques et morales. D'une part, bien qu'il s'agisse d'un argument tout à fait relatif, on peut noter que le droit interne illustre déjà la différence de condition entre ces deux catégories. Il en va ainsi lorsque la personnalité est définie comme l'«*aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartiennent à toutes les personnes physiques, et dans des conditions différentes, aux personnes morales*»<sup>41</sup>. D'un point de vue théorique, les personnes morales que sont les associations ou les entreprises ne sont pas placées dans une situation identique. Au problème de l'articulation entre personnalité interne et personnalité internationale, s'ajoute la question de la spécificité de la personnalité morale. En outre, cette différence de situation en droit interne risque d'impliquer des obstacles supplémentaires à l'étude de la personnalité internationale. Ainsi, d'un point de vue pratique, l'étude de la personnalité internationale nécessitera d'envisager aussi la **nature** (c'est-à-dire l'internationalité) des droits et obligations de la personne considérée. Or, si cette condition des personnes morales diffère trop largement de celle des personnes physiques, l'analyse risque de prendre des proportions démesurées. En outre, savoir si l'individu est sujet de droit international nécessitera aussi d'envisager quelles sont ses relations (notamment en terme de responsabilité) avec d'autres sujets internationaux tels que les Etats. Or, les relations entre une entreprise multinationale et un Etat ne sont guère comparables à celles qui peuvent s'établir entre un individu et un Etat. Dès lors, à l'instar de P. Reuter, on peut affirmer que «*la distinction du droit interne entre les personnes morales et les personnes physiques (les individus) doit être mise en œuvre en droit international lorsque l'on veut les opposer à l'Etat*»<sup>42</sup>.

Il faut donc notamment éliminer de la présente étude des entités dont le statut international fait l'objet d'âpres débats. On ne cherchera pas à savoir si sociétés transnationales, ONG et autres groupements sont véritablement des sujets de droit

---

<sup>41</sup> G. Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p. 616.

<sup>42</sup> P. Reuter, «Quelques remarques sur la situation des particuliers en droit international public», in *Techniques et principes du droit public, Mélanges G. Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, p. 546.

international<sup>43</sup>. En effet, la recherche envisagée s'inscrit dans une démarche concrète d'analyse des différentes situations permettant de reconnaître à un individu, sujet de droit interne, une éventuelle personnalité internationale. Multiplier les sujets d'enquête est ici hors de portée. En outre, un obstacle supplémentaire se présente : celui de la situation de départ de ces groupements. Leur appartenance à plusieurs ordres juridiques internes, leur vocation à la transnationalité, complique à l'extrême la tâche consistant à étudier, à partir de leur ordre juridique d'origine, le lien qui les associe à l'ordre juridique international. Par conséquent, *“on ne peut placer ni en théorie, ni en pratique, sur un plan identique la situation des individus et des groupes collectifs personnalisés”*<sup>44</sup>. Ainsi, à un individu spécifique, ou à une personne morale, on préférera la personne physique généralement définie comme *“l'être humain individualisé, conçu comme ayant une existence propre, et caractérisé essentiellement par son unicité (individualité), son intériorité (conscience de soi), sa rationalité (faculté de raisonnement) et son autonomie (volonté libre et faculté de se donner des normes)”*<sup>45</sup>.

### III. L'objet du sujet : méthodologie

Si la personnalité juridique est le lien entre le sujet et l'ordre juridique auquel il appartient, le problème de l'appartenance simultanée à deux ordres juridiques se pose. Ainsi, dans la situation de l'individu, la possibilité d'établir un lien avec l'ordre juridique international doit nécessairement envisager l'obstacle que peut constituer la

---

<sup>43</sup> Lorsqu'il s'agit de l'éventuelle personnalité internationale des sociétés transnationales, les débats se teintent rapidement d'une connotation idéologique. Il semble ainsi dangereux de leur reconnaître, par une déclaration de principe définitive, la possession de droits qu'elles pourraient opposer à des Etats. Les placer sur un pied d'égalité avec les autres sujets internationaux pourrait alors signifier qu'on reconnaît la légitimité de leurs actions, voire même qu'on leur reconnaît le privilège de créer (et d'imposer, compte tenu de leur puissance) des normes internationales. Cependant, bien que cela sorte du cadre défini de cette étude, il faut souligner que ces réflexions omettent souvent, là aussi, de définir les critères, comme les conséquences, de la personnalité. Les reconnaître en tant que sujets de droit international n'impliquerait pas nécessairement qu'on leur reconnaisse la possibilité légale et légitime de créer du droit international. Cela pourrait également conduire à les placer sous le signe d'un certain contrôle de légalité. Pour les sociétés transnationales, voir notamment P. Dumberry, “L'entreprise, sujet de droit international ?”, *RGDIP* 2004-1, pp. 103-122. En ce qui concerne les ONG, la réflexion est souvent inversée : la légitimité de leur action incite parfois à généreusement vouloir leur conférer un statut international, qu'elles ne souhaitent pas nécessairement obtenir, préférant demeurer, justement, hors du champ contraignant du droit. Comme le souligne P.M. Dupuy, *“une bonne part de leur dynamique tient ainsi au maintien de l'ambiguïté de leur statut, considéré par elles comme un arme...”*, in “L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public”, *RCADI* 2002, vol. 297, p. 427. Pour des réflexions sur ces entités, voir par exemple, pour les ONG, O. Audéoud, “Le statut de la société civile internationale, un statut pour les ONG ?”, in H. Guerari, S. Szurek (ss la dir. de), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Colloque CEDIN Paris X, Cahiers internationaux No. 18, Paris, Pedone, 2003, p.23-31. R. Ranjeva, “Les ONG et la mise en œuvre du droit international”, *RCADI* 1997, pp. 9-106. G. Breton-Le Goff, *L'influence des ONG sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 263 p.

<sup>44</sup> P. Reuter, “Quelques remarques sur la situation des particuliers en droit international public”, *op.cit.*, p. 550.

<sup>45</sup> “Personne”, in A.J. Arnaud (sous la dir. de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 1993, p. 435.

personnalité juridique de l'Etat, qui s'interpose. Il ne suffit pas de savoir si des normes internationales énoncent des droits et des obligations pour certains individus. En effet, le rapport entre individu et ordre international revêt des aspects bien plus complexes, qu'une étude uniquement présentée en terme de droits et obligations, ou déclinée selon les domaines matériels du droit international, ne permet pas d'analyser et de conceptualiser. La seule lecture des normes internationales permet facilement de soutenir qu'elles tendent à définir des droits individuels ou à réprimer des comportements individuels. Cependant, elle n'indique pas si ces normes atteignent véritablement l'individu à l'endroit où il se situe "normalement", à savoir dans l'ordre interne. L'identification d'une condition individuelle n'emporte alors pas la conviction générale quant à un statut individuel.

L'originalité de la réflexion portant sur la personnalité juridique internationale de l'individu se situe donc dans l'**immédiateté du contact** entre le sujet interne et la norme internationale. Lorsqu'il s'agit de l'Etat ou de l'organisation internationale, le problème du lien direct ne se pose pas : ils sont présents directement dans l'ordre juridique international. En revanche, entre l'individu situé dans un ordre étatique et l'ordre international, le contact est interrompu : l'Etat "fait écran". Dès lors, on ne peut éluder la question des "rapports de systèmes", qui se présente très classiquement en termes de monisme et dualisme<sup>46</sup>. Nombreuses sont les études classiques qui, pour juger de la position internationale de l'individu, s'en sont tenues à des affirmations théoriques, de principe. De façon caricaturale, si l'on était dualiste, l'étanchéité de l'ordre juridique interne empêchait nécessairement le droit international d'atteindre l'individu, celui-ci ne pouvant donc pas être sujet de l'ordre international. La réflexion était logiquement inversée chez les auteurs monistes. Il paraît indispensable aujourd'hui de dépasser ces querelles d'école. Outre le fait que la doctrine contemporaine se démarque des oppositions classiques, le droit positif a, lui aussi, largement évolué. Qui nierait que le champ matériel du droit international a considérablement évolué depuis 50 ans, pour se saisir de questions autrefois réservées à la compétence étatique ? Par conséquent, si la catégorie des sujets de droit international répond aux besoins de la communauté internationale, le champ personnel est également susceptible d'avoir évolué.

---

<sup>46</sup> Jusqu'à présent, on a utilisé les expressions d'"ordre juridique international", ou d'"ordre juridique étatique", en évitant volontairement toute définition, qui impliquerait le recours aux théories monistes ou dualistes. Cependant, on peut définir rapidement l'ordre juridique comme un "*ensemble de règles constituant un système régissant une société ou un groupement donné*" (*Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 786). Sans qu'il soit nécessaire de présenter dès maintenant les deux conceptions doctrinales classiques, on peut souligner qu'elles sont souvent considérées comme largement dépassées aujourd'hui par la réalité du droit positif. Cependant, sans prendre parti entre l'unicité et la dualité des ordres juridiques, on peut admettre qu'il existe un ordre juridique international distinct des ordres internes, sans que la frontière entre eux soit tout à fait étanche : tel est justement l'un des aspects problématiques du statut de l'individu, que de savoir quelle est la consistance du "point de contact" entre les deux.

Aujourd'hui, les querelles d'école semblent avoir laissé place à un autre débat : la question de l'effet du droit international en droit interne est indéniablement toujours d'actualité. Traitée, non plus (seulement) de façon théorique, mais par l'étude technique de l'applicabilité directe des normes internationales, elle est au cœur de notre sujet. Le lien qui peut s'établir entre l'individu et l'ordre juridique international nous paraît ainsi pouvoir emprunter deux voies : il peut s'orienter dans deux directions, de l'un vers l'autre. Dans un sens, la norme internationale vient atteindre l'individu dans l'ordre interne. Si elle franchit alors l'écran étatique, on parlera d'immédiateté descendante. Dans un second sens, c'est l'individu qui franchit l'écran étatique pour se hisser dans l'ordre juridique international, y manifester juridiquement sa présence. On qualifiera alors le phénomène d'immédiateté ascendante.

C'est donc la **consistance actuelle du lien révélé par le concept de personnalité juridique qui doit être revisitée à l'aune du droit positif contemporain**. La méthode suivie consistera donc à évaluer, selon le double mouvement indiqué, la nature et la force du rapport établi entre les deux protagonistes, par-delà l'intermédiaire étatique. Les problèmes de la personnalité de l'individu et celui des contours de la souveraineté sont étroitement liés : historiquement, on peut constater une évolution parallèle entre la progression de la place internationale de l'individu et, la démythification (sinon la désagrégation) de la souveraineté étatique. Celle-ci constitue-t-elle encore réellement un obstacle incontournable à la reconnaissance d'une personnalité juridique internationale de l'individu ? Peut-on enfin, à l'instar des personnes morales, "lever le voile" de cet écran étatique qui confine jusqu'à présent l'individu dans l'ordre interne ? A l'heure des réflexions sur la pérennité de la souveraineté étatique dans le contexte de la mondialisation, sur l'émergence d'une société civile internationale, il semble utile de se pencher à nouveau sur la problématique.

L'objet de la thèse n'est donc pas, loin s'en faut, de proposer une théorie générale de la personnalité internationale, pour l'heure inexistante. Il ne s'agit pas d'*"inventer la formule magique qui permettrait d'inclure dans un concept unique mais multiforme, toutes les déclinaisons possibles du sujet de droit international"*<sup>47</sup>. Cependant, il s'agit de répondre à la question "**l'individu est-il sujet de droit international ?**", en évitant tout faux-départ : il serait prématuré de procéder à une analyse du droit positif sans avoir auparavant nettement défini ce que l'on cherche à savoir. Ainsi, si contribuer à

---

<sup>47</sup> B. Stern, "Ouverture" au colloque SFDI, *Le sujet en droit international, op.cit.*, p. 9. L'intérêt est certain de définir le sujet de droit, pour la définition même du droit international, dans la perspective de compréhension de la formation des normes internationales, de leur opposabilité, ou pour envisager des responsabilités. Mais cet objectif est très ambitieux. Comme le souligne B. Stern dans ces lignes, il s'agit là sans doute d'une "*tâche impossible*".

conceptualiser la théorie des sujets de droit international n'en est pas l'objectif principal, l'enjeu théorique n'est toutefois pas étranger à cette étude. Comment répondre à la question de la personnalité juridique individuelle sans tenter de préciser et de clarifier la définition du concept ? Par ailleurs, il faut souligner que les définitions proposées interviennent souvent après l'étude pratique de la situation d'une entité. Elles sont ainsi souvent trop contextualisées, adaptées uniquement au cas envisagé. Par conséquent, il a semblé plus pertinent de commencer par l'étude conceptuelle des définitions existantes, avec le souci de s'inscrire dans une démarche opératoire. La méthode choisie sera donc partiellement inductive, en ce que l'on choisira une définition de départ. Il ne s'agit pas de postuler que l'individu est sujet de droit international pour ensuite le démontrer en pratique. La diversité des définitions, ainsi que la diversité des réponses apportées à la question du statut de l'individu, nécessitent un retour sur ces deux points. Or, l'application d'une définition de la personnalité juridique internationale à l'individu démontre bien des incertitudes doctrinales (**partie I**).

L'objet de cette étude n'est donc pas non plus de détailler la condition, le régime juridique auquel est soumis l'individu ; présenter l'ensemble des dispositions du droit international qui concernent, qui organisent, qui régissent les comportements des individus, serait une tâche bien trop vaste. Cependant, une étude pragmatique du droit international actuel paraît indispensable. La méthode sera ainsi également déductive, dans la mesure où l'on ne répondra finalement à la question posée qu'après avoir étudié concrètement, par l'analyse du droit positif, la réalisation des critères de la personnalité juridique dans le cas de l'individu. Après avoir choisi la définition la plus pertinente possible, il s'agira alors, partant du droit international vers le droit interne, d'évaluer la consistance de l'écran étatique dans le processus de réception du droit international par l'individu. Le cœur de cette étude réside alors dans l'analyse concrète de l'applicabilité directe du droit international (**partie II**). Enfin, il faudra vérifier si, à son tour, l'individu peut entrer en contact direct avec l'ordre international : de l'ordre interne vers l'ordre international, la consistance de l'écran étatique constitue-t-elle un réel obstacle à l'action de l'individu dans l'ordre juridique international ? (**partie III**).



## **Partie I : L'application d'une définition de la personnalité juridique internationale à l'individu : incertitudes doctrinales**

L'origine des réflexions qui vont suivre provient d'un constat, suivi d'une interrogation.

D'une part, un constat s'impose : à la question "l'individu est-il sujet de droit international ?", on obtient des réponses extrêmement variées, à partir d'analyses d'un droit positif pourtant identique pour tous. Bien que le droit ait évolué considérablement au cours du siècle, ce seul fait ne suffit pas à expliquer la diversité des points de vue. En effet, si l'on considère plusieurs études d'une même époque, les oppositions sont toujours présentes. Ainsi, au début des années 1930, Anzilotti soutient que, d'après le droit positif, seul l'Etat est sujet de droit international, tandis que Scelle assure au contraire que seul l'individu peut détenir ce statut.

D'autre part, une interrogation s'ensuit logiquement : pourquoi certains estiment-ils que, au regard du droit international, l'individu possède le statut de sujet, alors que d'autres affirment l'inverse, et que d'autres encore répondent "peut-être", "exceptionnellement", "de façon limitée" etc. ? On réalise alors que l'explication de ces divergences réside dans les différentes approches théoriques de la notion de sujet de droit international. Dès lors que la définition de la personnalité juridique internationale n'est pas la même pour tous, il est impossible d'obtenir un jugement univoque quant à la position de l'individu. La seule étude du droit positif ne suffit donc pas : elle nécessite avant tout un solide point de départ théorique : une définition.

Qu'est-ce qu'un sujet de droit ? Les réponses apportées par la doctrine du vingtième siècle sont loin d'être claires<sup>48</sup>. Il existe plusieurs définitions de la personnalité internationale : l'incertitude quant à la notion fondamentale de sujet est

---

<sup>48</sup> Il faut avouer que cette première partie a résisté à l'envie de procéder à une étude exhaustive de la doctrine internationaliste du XXème siècle, probablement hors de portée...Le choix s'est donc porté sur les auteurs les plus pertinents et représentatifs, en ce qu'ils ont pris position relativement clairement sur une définition de la personnalité juridique internationale. En revanche, des noms célèbres seront absents. Plus praticiens que théoriciens, ceux-là évoquent bien les sujets de droit au cours de leurs écrits. Toutefois, s'ils prennent parfois parti pour ou contre la personnalité internationale d'une entité telle que la personne physique, ils ne développent pas leur conception théorique de la personnalité. Il est donc difficile de savoir d'où ils partent ; interpréter alors *a contrario* leur pensée semble par trop hasardeux. C'est ainsi que des auteurs tels que Basdevant, Cavaglieri, Guggenheim, Schwarzenberger, et bien d'autres encore, seront exclus des développements suivants. Toutefois, pour une étude synthétique et complémentaire d'auteurs n'ayant pas pris position sur ce problème doctrinal particulier, on peut utilement se référer à l'ouvrage de R. Kolb, *Les cours généraux de l'Académie de La Haye*, Bruxelles, Bruylant 2003, 1153 p.

due à une conception philosophique qui a toujours été ambiguë, comportant un double aspect, actif et passif. Le sujet est un être assujéti, mais aussi un être pensant, actif. Le droit n'est pas épargné par ces ambiguïtés conceptuelles.

La lecture de cette doctrine révèle que l'on peut identifier trois grandes définitions du sujet de droit international. La première repose sur un critère unique ; on peut la qualifier de "minimale". Elle prend en compte le seul aspect passif du terme : il s'agit du "sujet-destinataire". Est ainsi reconnu sujet de droit international celui qui est destinataire de normes internationales. A l'opposé de cette première approche, une définition "maximale" comprend des exigences justifiées par la prise en considération de l'aspect actif de la notion : il s'agit du "sujet-auteur". Ne peut être sujet que l'entité qui, outre le fait d'être destinataire de normes, possède également une pleine capacité juridique. Cette seconde définition contient ainsi deux critères, dont le second conduit le sujet à être soumis à un droit dont il est en même temps l'auteur. La troisième définition se situe à mi-chemin entre les deux précédentes. Il s'agit d'une approche intermédiaire qui repose également sur deux critères, dont le premier est toujours identique : le sujet doit être destinataire de normes juridiques. En revanche, le second critère est beaucoup plus souple. Il ne s'agit plus, pour la doctrine s'inscrivant dans ce courant, d'exiger que le sujet soit un être normateur. Il doit en revanche pouvoir utiliser effectivement les droits et obligations qui lui sont conférés par les normes dont il est destinataire. Par conséquent, le sujet, dans cette troisième approche, possède une capacité d'agir que la doctrine qualifie, le plus souvent, de "processuelle". Pour préciser, le sujet de droit international agit pour la réalisation de ses droits et obligations dans l'ordre juridique international : c'est un "sujet-acteur", selon l'expression la plus couramment utilisée<sup>49</sup>.

Dès lors, on comprend que l'étude du droit positif est influencée par le choix sémantique effectué. L'application de chacune des trois définitions à la position de l'individu conduit les auteurs à des appréciations variables, puisque leur postulat de départ est, en réalité, différent. Il ne s'agit alors plus de savoir si l'individu est sujet de droit international, mais s'il est sujet-destinataire, ou sujet-auteur, ou encore sujet-acteur.

Ces trois définitions impliquent chacune un aspect important de la notion philosophique de sujet. C'est ainsi qu'on peut remarquer, comme Grzegorzczuk, que *“de nos jours (...) le concept de sujet de droit comporte trois principales dimensions, à savoir la possession, l'acte de volonté et la responsabilité, et donc il y a trois définitions possibles du sujet, chacune*

---

<sup>49</sup> On pourra constater que le terme "acteur", emprunté au domaine des relations internationales, laisse cependant insatisfaits tant ceux qui l'emploient que ceux qui le contestent. Voir *infra*, chapitre 3, Section II, II.

*privilégiant l'une d'entre elles*'<sup>50</sup>. La première définition privilégie en effet la possession de droits subjectifs, alors que la seconde opte pour la volonté créatrice de droit. La dernière, quant à elle, insiste sur la responsabilité du sujet qui fait valoir ses droits et assume ses obligations. Existe-t-il, parmi ces conceptions de la personnalité internationale, une "bonne" définition ? Est-il possible de parvenir à un concept de personne juridique synthétique et adapté aux diverses situations pratiques ? Grzegorzczyk ne le pense pas, puisqu'il conclut que *“de même nous n'avons pas réussi à trouver une cohérence entre les trois hypostases du sujet de droit, et aucun concept global ne nous paraît apte à les synthétiser en une théorie plus générale de l'Homo juridicus”*<sup>51</sup>. Pourtant, il semble indispensable de choisir un point de départ pour l'étude de l'éventuelle personnalité internationale de l'individu. Il est important de rester conscient des inconvénients d'un choix prédéterminé d'une définition apriorique, donc nécessairement dogmatique. Toutefois, sans ce choix, il est difficile de savoir ce qu'il convient d'analyser dans l'immensité du droit positif.

Pour savoir ce qui doit entrer dans la définition de la personnalité juridique internationale, il est nécessaire de comprendre ce qu'on attend de cette définition. C'est alors la question de la "définition de la définition" qu'il faut résoudre. En l'occurrence, définir signifie donner les caractères essentiels, les qualités principales de l'objet étudié. Par conséquent, si l'un des caractères essentiels d'un sujet de droit est de posséder certaines capacités, celles-ci doivent être incluses dans la définition même du concept général. Pour appréhender la notion de personne juridique, on étudie ainsi traditionnellement plusieurs attributs que certains considèrent comme des conséquences de la personnalité, et non comme entrant dans la définition, c'est-à-dire comme des conditions *sine qua non* de reconnaissance de la personnalité. L'intérêt d'une définition précise n'est donc pas d'étudier tout ce qui peut découler de la personnalité juridique, mais de connaître les conditions nécessaires et suffisantes pour affirmer que telle entité est dotée de la personnalité juridique.

On peut préciser enfin que l'objet de cette première partie n'est pas de trancher définitivement entre les différentes définitions, ni d'en proposer une nouvelle. Il s'agit dans un premier temps de mettre à jour les divergences doctrinales autour de la définition de la personnalité juridique internationale, puis d'analyser les regards portés au cours du siècle sur la position de l'individu face au droit international. En effet, il existe bien plusieurs prémisses théoriques possibles à l'étude du statut international de l'individu. La démarche choisie consistera donc à approfondir les trois définitions de la

<sup>50</sup> Grzegorzczyk, "Le sujet de droit, trois hypostases", *APD* T. 34, p. 14.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 23.

personnalité juridique ; pour chacune, les applications effectuées par la doctrine au cas de l'individu, ainsi que les incertitudes qu'elles entraînent, seront analysées.

## Chapitre I. Définition minimale : le sujet, destinataire direct de normes internationales

L'ensemble de la doctrine s'accorde à reconnaître que la personnalité juridique révèle un lien entre le sujet et l'ordre juridique qui lui confère ses droits et obligations. Toutefois, le degré de consistance de ce lien peut varier. Ainsi, une partie de la doctrine semble considérer qu'une entité est sujet de droit international si et seulement si des normes internationales s'adressent à elle, lui conférant des droits et obligations. Elle choisit donc une définition mono-critériale de la personnalité juridique internationale. Ce critère, nécessaire et suffisant, est celui du lien direct entre le sujet et l'ordre juridique, lien déterminé par les normes internationales. On constatera que le terme "direct" possède une grande importance. Monistes et dualistes se rejoignent dans cette définition (Section I)<sup>52</sup> ; toutefois ils en tirent des conséquences bien différentes lorsqu'il s'agit d'appliquer cette définition à la position de l'individu (section II).

### Section I. Une condition nécessaire et suffisante : un "lien direct" entre sujet et ordre juridique

L'exigence de normes internationales s'adressant au sujet est *a priori* l'unique condition révélant l'existence de la personnalité juridique internationale (I). La notion de personnalité juridique nécessite alors d'identifier ce qu'on entend par "sujet", par "normes internationales", ainsi que de découvrir la nature du "lien" qui relie le sujet à l'ordre juridique.

Ceux qui optent pour la définition du sujet comme destinataire de normes internationales font de ce lien un critère unique. Contrairement à d'autres, ils séparent donc la notion de capacité de celle de personnalité juridique (II).

#### *I. L'exigence de normes internationales s'adressant au sujet*

Les auteurs considérant cette première définition de la personnalité juridique possèdent nécessairement une approche de la notion de sujet qui leur est propre. On retrouve ici la plupart des grands auteurs classiques italiens et allemands, de tendance

---

<sup>52</sup> L'étude de la doctrine fait régulièrement apparaître un clivage entre deux écoles : on oppose ainsi positivistes et jusnaturalistes, pour distinguer ceux qui reconnaissent la seule validité du droit positif, issu d'une "volonté normative", de ceux qui acceptent celle d'un droit naturel, considéré comme un ensemble de principes idéologiques. On oppose également volontaristes, pour qui le droit n'est que le produit de la volonté étatique, et objectivistes, pour qui le droit est le produit de nécessités sociales qui s'imposent d'elles-mêmes. Enfin, l'opposition doctrinale entre dualistes et monistes est également fréquente. Ces oppositions ne coïncident pas nécessairement entre elles, bien que ce soit souvent le cas. Dès lors qu'il sera souvent question des rapports de système, il sera fait référence aux auteurs en ce qu'ils se divisent en monistes et dualistes, cette distinction apparaissant la plus pertinente en l'occurrence.

dualiste. Cependant, certains monistes ont également opté pour la définition du sujet comme “simple” destinataire. Ce premier critère nécessite une définition approfondie des termes de sujet (A) et de normes internationales (B). L'un et l'autre permettront d'expliquer la consistance du lien exigé par ces auteurs entre sujet et ordre juridique.

#### A. Définition du sujet

Le sujet de droit peut être défini ici selon deux approches. L'une, positive, consiste à appréhender ce qu'il est : un destinataire de normes, ou un titulaire de droits et obligations. Apparemment synonymes (et utilisées souvent de façon indifférente), ces deux expressions révèlent pourtant des différences théoriques quant à la conception de la personnalité (1).

L'autre approche, négative, expose ce que le sujet de droit n'est pas : un objet de droit. Distinction classique s'il en est, elle se révèle à l'usage fort difficile à manier (2).

##### 1. Définition par approche positive : comparaison entre destinataire et titulaire

###### a. Sujet-destinataire et sujet-titulaire : une synonymie apparente

Le sujet de droit international est un destinataire de normes internationales. C'est Anzilotti qui, le premier, l'a affirmé avec force et clarté. Il énonce ainsi que “*les normes juridiques, en prévision de faits déterminés, imposent des devoirs ou attribuent des droits ; les entités auxquelles les normes rattachent ces devoirs et ces droits, en d'autres termes les destinataires de ces normes, qui sont en somme les membres de la société dont l'ordre juridique est l'infrastructure, se nomment sujets juridiques ou personnes. La personnalité exprime donc une relation entre une entité et un ordre juridique déterminé. Ainsi, on est une personne dans la mesure où on est destinataire de normes juridiques...*”<sup>53</sup>.

Le sujet est donc celui à qui est destiné la norme, à qui elle s'adresse. La norme lui ordonne, lui permet, ou lui interdit. Elle “parle” au sujet, et à lui seul. Celui à qui s'adresse de la sorte une norme internationale devient aussitôt sujet de droit international. C'est ainsi que conclut Anzilotti : “*Puisque être sujet juridique revient à être destinataire de normes juridiques, la personnalité existe au moment où une entité devient destinataire de normes*”<sup>54</sup>. Il est rejoint dans cette position par la plupart de ses successeurs de tendance dualiste, dont les plus significatifs sont Siotto-Pintor, Strupp, Morelli,

---

<sup>53</sup> D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, Editions Panthéon-Assas, Collection Les introuvables, 1999, p. 121. (Cours de 1929).

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 161.

Sperduti, ou encore Quadri<sup>55</sup>. D'autres auteurs, qui échappent à la stricte opposition doctrinale entre monisme et dualisme, peuvent aussi être évoqués ici. L'école grecque, par exemple, moins "marquée" que les écoles italienne ou allemande, est ici représentée par Spiropoulos : "Nous appelons ces unités visées par les normes « destinataires de la norme », « sujets de droit »"<sup>56</sup>.

La doctrine utilise également, pour définir le sujet, l'expression "titulaire de droits et obligations internationaux". Elle est souvent prise comme synonyme de "destinataire de normes internationales"<sup>57</sup>; Ainsi, Siotto-Pintor, sur la question, assimile d'abord destinataire et personne : à propos des Etats, il affirme qu'ils "sont les seuls destinataires de toutes ces normes... Ils sont, en somme, lâchons le mot, les seules personnes de cet ordre juridique"<sup>58</sup>. Il définit ensuite la personnalité comme "la possibilité juridique générale d'être titulaire de n'importe quel droit et de n'importe quelle obligation appartenant à un domaine juridique donné"<sup>59</sup>. Il utilise donc les deux termes indifféremment. Morelli, en 1956, les utilise même dans une seule phrase : "On appelle sujet ou bien destinataire d'une norme donnée l'entité qui est actuellement titulaire d'une situation juridique subjective"<sup>60</sup>.

La doctrine actuelle s'intéresse toujours à la définition du sujet. De façon récente, certains auteurs semblent s'être ralliés à cette première définition, basée sur un critère unique. Bien que le clivage traditionnel entre monistes et dualistes soit nettement atténué, on peut néanmoins relever chez les auteurs contemporains des

<sup>55</sup> Voir ainsi M. Siotto-Pintor, "Les sujets du droit international autres que les Etats", *RCADI* 1932-3, vol. 41, p. 278-279. K. Strupp, "Règles générales du droit de la paix", *RCADI* 1934.1, vol. 47, p. 407. G. Morelli, "Cours général de droit international public", *RCADI* 1956.1, vol. 89, p. 502. G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *RCADI* 1956.2, vol. 90, p. 742. Toutefois Sperduti est beaucoup plus modéré quant à ses conclusions relatives à l'individu, faisant preuve d'un dualisme très nuancé. Il précise en effet que "tout en adoptant une attitude très prudente quant à l'éventualité que des normes internationales aient des individus pour destinataires, et bien que nous appartenions de par notre manière d'envisager le droit tel qu'il est aujourd'hui à l'école pluraliste, nous sommes bien loin de partager certaines conclusions auxquelles on parvient au sein de cette école quant au rapport entre Etat et individu d'après le droit international" (p. 761). Il faut également préciser que le fondateur du dualisme allemand, Triepel, s'est peu penché sur la définition de la personnalité juridique. C'est pourquoi il ne figure pas parmi les noms cités. R. Quadri, "Cours général de droit international public", *RCADI* 1964-3, surtout pp. 373-405.

<sup>56</sup> J. Spiropoulos, "L'individu et le droit international", *RCADI* 1929-5, p. 219.

<sup>57</sup> Cette synonymie peut être illustrée par le Dictionnaire de terminologie du droit dirigé par J. Basdevant. En effet, à l'expression "personne internationale", on peut lire la définition suivante : "celui à qui s'adressent les règles du droit international pour lui imposer directement des devoirs ou lui attribuer des droits. Etre, individuel ou collectif, à qui le droit international reconnaît l'aptitude à être titulaire de droits et tenu d'obligations régis par le droit international...", in *Dictionnaire de terminologie du droit*, Paris, Sirey, 1960, p.448. Cette définition peut faire l'objet de nombreuses remarques. On s'en tiendra, pour l'instant, à souligner qu'elle décline le concept de sujet en deux phrases seulement, mais en deux phrases quand même : la première utilise implicitement la notion de destinataire ("celui à qui s'adresse"), la seconde recourt au terme de titulaire. Cette double approche peut paraître tautologique, si l'on considère les deux termes comme identiques. Elle a pourtant sa raison d'être : voir *infra*, b. Par commodité, ce dictionnaire sera désigné comme le "Dictionnaire Basdevant", le dictionnaire de droit international de 2001 étant surnommé le "Dictionnaire Salmon".

<sup>58</sup> M. Siotto-Pintor, "Les sujets du droit international autres que les Etats", *op.cit.*, p. 278.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>60</sup> G. Morelli, "Cours général de droit international public", *RCADI* 1956-1, vol. 89, p. 502. C'est nous qui soulignons.

similitudes avec les auteurs classiques. La tendance dualiste et volontariste moderne serait ainsi représentée aujourd'hui par J. Combacau ou C. Santulli, alors qu'A. Pellet serait plutôt de tendance objectiviste <sup>61</sup>. D'autres opinions récentes trouvent également leur place ici, comme celles de l'auteur espagnol Barberis ou de l'auteur allemand Randelzhofer.

Ainsi, concevant la personnalité comme une "*aptitude vide d'un sujet passif à se voir destiner des normes*" <sup>62</sup>, J. Combacau et S. Sur estiment que "*dire d'un individu ou d'un être collectif qu'il reçoit d'un ordre juridique la qualité de personne ou de sujet c'est, et c'est seulement, affirmer que cet ordre se tient apte à le doter de droits et d'obligations, énoncé qui doit être compris dans toute sa rigueur*" <sup>63</sup>. A. Pellet est lui aussi *a priori* très clair, lorsqu'il affirme : "*pour moi à partir du moment où on constate qu'une entité a des droits et obligations sur le plan international, on peut dire qu'elle a la personnalité juridique*" <sup>64</sup>. J. Barberis, en 1983, traitant plus spécifiquement de l'individu, énonce aussi que "*pour qu'un individu soit sujet de droit, il suffit qu'une norme de l'ordre juridique prévoit sa conduite comme contenu d'un droit ou d'une obligation juridique*" <sup>65</sup>. Randelzhofer, quant à lui, déclare : "*(i) Whoever is a bearer of rights and duties under international law is a subject of international law*". Il précise immédiatement après : "*(ii) It is not, additionally, necessary that the bearer of a right also have the capacity to exercise this right himself*" : il s'agit donc bien d'une définition du sujet par un critère unique <sup>66</sup>. Enfin, on peut noter que le Dictionnaire de droit international, reprenant de nombreux extraits du manuel de J. Combacau et S. Sur, définit également la "personnalité juridique internationale" comme "*l'aptitude à être titulaire de droits et tenus d'obligations selon le droit international*" <sup>67</sup> ; par conséquent au terme "sujet de droit international"

<sup>61</sup> Les oppositions doctrinales schématiquement évoquées (supra, note 52) ne sont pas systématiques. Si l'on considère couramment que dualisme et positivisme vont de pair, de même que monisme et objectivisme, cela n'est pas valable pour caractériser les positions de A. Pellet. Celui-ci s'affirme comme "objectiviste, relativiste et pluraliste". Ainsi, il est à la fois objectiviste et dualiste. Il explique son accord avec les auteurs dualistes : "*Je me range résolument parmi ces derniers, en ce sens qu'il me semble que le droit international répond à une logique profondément différente de celle du droit national – ou plutôt des droits nationaux – ; autonomes l'un par rapport à l'autre, chacun se suffit à lui-même...*". "*je me sens donc profondément dualiste ou, plutôt pluraliste en ce sens que je suis convaincu qu'il n'y a pas un mais plusieurs ordres juridiques*" : A. Pellet, "Le droit international à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle", in *Cursos de Derecho Internacional*, 1997-1, p. 34. Toutefois, on l'opposera quand même au dualisme de J. Combacau en ce qu'il s'agit d'un dualisme volontariste.

<sup>62</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 1999, p. 223.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>64</sup> Journée d'études SFDI, *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, p. 203 (débat).

<sup>65</sup> J. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *RCADI* 1983-1, p. 161.

<sup>66</sup> A. Randelzhofer, "The Legal Position of the Individual under Present International Law", in *State Responsibility and the Individual*, A. Randelzhofer et C. Tomuschat, La Haye, Martinus Nijhoff, 1999, p. 234.

<sup>67</sup> *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 820.

correspond la définition qui le considère comme une “*entité susceptible d’être titulaire de droits et d’obligations trouvant leur source dans l’ordre international*”<sup>68</sup>.

Cette définition du sujet de droit, en apparence simple, pose pourtant un certain nombre de problèmes. Dans un premier temps, il faut identifier la personne du destinataire de la norme : une norme peut-elle s’adresser à plusieurs destinataires, de nature différente ? La notion de titulaire, quant à elle, nécessite de définir précisément le concept de droit subjectif : quelle est la nature des droits et obligations "de source" internationale, situés "sur le plan" international, qui confèrent la personnalité juridique internationale ? Par ailleurs, le droit énoncé par une norme internationale mais repris par une norme interne conserve-t-il sa nature internationale ?

Ces questions, qui se multiplient lors d’une interrogation relative aux sujets internes comme potentiels sujets internationaux, reçoivent des réponses doctrinales variées. Les approches, soit matérielles soit formelles, des concepts fondamentaux de norme, de source et d’acte juridique, expliquent ces divergences. Ainsi le fait de définir le sujet comme "destinataire de normes" ou comme "titulaire de droits et obligations" peut induire des conséquences différentes quant à la compréhension de la situation de l’individu. Il s’agit alors de saisir les nuances de ces deux expressions, dont la synonymie n’est qu’apparente<sup>69</sup>.

#### b. Sujet-destinataire et sujet-titulaire : approche formelle et approche matérielle du droit

La distinction entre approche formelle et approche matérielle du droit est courante. Elle existe ainsi pour la notion d’acte juridique, qui connaît deux sens : au sens matériel de *negotium*, l’acte est une manifestation de volonté produisant des effets de droits (ces effets pouvant être la création d’une norme) ; au sens formel d’*instrumentum*, seul le "contenant", le procédé, support écrit de formulation du droit, est pris en compte. Le rapport entre acte et norme peut ainsi être résumé “à une relation

<sup>68</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 1062. On ne retrouve pas dans le Dictionnaire Salmon la double approche du Dictionnaire Basdevant soulignée précédemment. Le plus récent choisit de n'utiliser que le terme de titulaire, tant à "personnalité" qu'à "sujet de droit international".

<sup>69</sup> Une approche historique du droit développée par le Dictionnaire de la culture juridique peut fournir une première explication à ce constat : décrivant la conception du sujet de droit dans le système romain classique, il affirme que “*dans un tel système, le sujet n'est pas titulaire mais attributaire ; il n'est pas source de droits subjectifs mais destinataire d'un loi*”. Ces remarques, émises lors d’une réflexion relative au double aspect du sujet de droit, d’abord passif, puis actif, permettent de retrouver la distinction entre le destinataire (ici nommé attributaire) et le titulaire. L’ouvrage expose ensuite l’évolution historique du droit vers une conception moderne de la personne juridique, sous l’influence du contractualisme (Hobbes, Locke, Rousseau), qui implique un pouvoir de volonté détenu par le sujet. D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

*de stricte et mécanique interdépendance : l'acte juridique forme le support, le procédé d'édition de la norme ; la norme juridique se comprend comme la signification de cet acte*"<sup>70</sup>.

Une distinction similaire existe pour la notion de "source du droit", les sources formelles étant les procédés de formulation du droit, les sources matérielles visant plutôt les origines historiques et sociologiques du droit<sup>71</sup>. Elle peut aussi être révélée dans l'usage de la notion de norme.

Le sujet est destinataire de normes ; ainsi, au terme de destinataire, on attache nécessairement celui de norme. Celle-ci est définie par le Dictionnaire de droit international public comme *"un énoncé sous forme de langage, incorporé à un ordre juridique et dont l'objet est soit de prescrire à des sujets de droit une obligation de faire ou de ne pas faire, soit d'accorder à ses sujets des autorisations de faire ou de ne pas faire, soit d'habiliter des organes de l'ordre juridique à exercer certains pouvoirs selon une certaine procédure"*<sup>72</sup>. Mais elle peut également être définie comme étant la signification de cet énoncé ; Ainsi P. Amsselek affirme que *"à cet égard, on doit se garder de confondre, comme on tend à le faire couramment, l'énoncé d'une norme juridique et la norme elle-même : ce n'est pas l'énoncé, en effet, qui constitue la norme elle-même ; la norme, c'est le sens, c'est-à-dire le contenu de pensée, ..."*<sup>73</sup>. Cela résume la distinction : dans une approche formelle, la norme est l'énoncé ; l'accent sera alors mis sur son procédé d'élaboration (norme conventionnelle, coutumière...), son auteur ou son destinataire. Dans une approche matérielle, elle est la signification de l'énoncé, l'accent étant mis sur son contenu (norme permissive, prohibitive, impérative).

La norme est "porteuse" des droits subjectifs ; elle les crée. Le destinataire de la norme est, en principe, le titulaire de ces droits subjectifs. Ainsi, au terme de titulaire, on attache nécessairement celui de droits subjectifs, défini comme l'ensemble des prérogatives que possède le sujet. *"De ce point de vue, la norme juridique, entendue comme la signification d'une règle, n'est pas le droit que détient tel sujet, mais bien ce qui constitue ce droit. La norme, règle objective, établit la situation juridique subjective de celui qui peut revendiquer un droit ou une prérogative"*<sup>74</sup>. La norme confère droits et obligations au sujet de droit.

Pour synthétiser, on peut dire que l'acte juridique crée la norme juridique, qui elle-même crée des droits et obligations subjectifs, ce que l'on appelle des "situations

<sup>70</sup> D. de Bechillon, *Qu'est-ce-qu'une règle de droit ?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, p. 274. Il s'agit là de la conception eisenmanienne du rapport entre acte et norme. Voir aussi P. Amsselek, "L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann", in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986.

<sup>71</sup> On peut toutefois avec J. Combacau exprimer des réserves quant à cette notion, dont il souligne qu'elle est *"composite, manque de rigueur et qu'il est préférable de ne pas l'utiliser"*, in *Droit international public, op.cit.*, p. 42. En effet, *"la notion de source peut renvoyer à la fois au mode de formation du droit..., à l'acte auquel donne naissance cette source... et à la nature de la norme créée"* : *ibid.*, p. 1042. Soulignons simplement la critique effectuée par P. Amsselek, pour qui *"le positivisme juridique de type classique se glorifie couramment de ne s'en tenir qu'à ces notions de "sources formelles", qui seraient purement objectives, dénuées de tout élément de valeur"*. P. Amsselek, "Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit""", *APD T.* 27, 1982, p. 253.

<sup>72</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 752.

<sup>73</sup> P. Amsselek, "Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit""", *op.cit.*, p. 256.

<sup>74</sup> D. de Bechillon, *Qu'est-ce-qu'une règle de droit ?*, *op.cit.*, p. 220.

juridiques subjectives" <sup>75</sup>. Le sujet de droit est destinataire de la norme, il n'en est pas titulaire ; inversement, il est titulaire, et non destinataire, des situations juridiques subjectives.

Certains estiment que la norme peut se détacher de l'acte (au sens d'*instrumentum*) pour être incorporée dans un autre acte ; ainsi, J.P. Jacqué estime que "une fois en vigueur, la norme peut vivre distinctement de l'acte qui l'a créée et échapper au régime conventionnel originairé", et qu'"il en va de même en droit interne où la norme [internationale] seule pénètre dans l'ordre interne à l'exclusion des dispositions relatives à l'instrument" <sup>76</sup>. Certains en déduisent qu'une norme internationale intégrée en droit interne demeure une norme de nature internationale, la plupart des dualistes considérant au contraire qu'elle est devenue une norme interne.

La question de la "transformation" des normes internationales en normes internes est au cœur de la problématique de la personnalité internationale des sujets internes. En effet, il s'agit avant tout de savoir si les normes internationales atteignent directement ceux-ci dans leur ordre juridique étatique. C. Santulli résume ainsi la situation : "cela implique que la norme qui est reçue ... ne tire sa valeur dans l'ordre juridique qui la reçoit que des règles de celui-ci ; elle serait "matériellement" une règle de l'ordre d'origine mais "formellement" une règle de l'ordre de réception" <sup>77</sup>. Si l'on exige que le lien entre l'individu et l'ordre juridique international soit un lien matériel, il est alors maintenu malgré l'écran étatique : ainsi, dans la définition du sujet comme titulaire de droits subjectifs internationaux, dès lors que ces droits demeurent "matériellement" internationaux, la personnalité internationale est envisageable pour l'individu. En revanche, si l'on considère que seul le lien formel est déterminant, il est rompu dès que la norme internationale est intégrée par un ordre juridique étatique.

<sup>75</sup> L'auteur, dont les études portent essentiellement sur les normes internes, effectue donc un lien quasi-systématique entre acte et norme. Il précise que, bien qu'il puisse exister des actes sans normes (hypothèse de la soft law, éventuellement) et des normes sans acte (comme la coutume), il s'agit de cas exceptionnels. Or, l'affirmation n'est pas vérifiée pour le droit international, dans lequel la coutume occupe une place prépondérante. Cela expliquera que les méthodes d'insertion en droit interne de la coutume internationale, non véhiculée par un *instrumentum* international, ne peuvent être analysées dans les mêmes termes que les autres normes. Voir D. de Bechillon, *op.cit.*, notamment pp. 275-278.

<sup>76</sup> J.P. Jacqué, "Acte et norme en droit international public", *RCADI* 1991.2, vol. 227, pp. 404-407.

<sup>77</sup> A ce propos, Anzilotti distinguait déjà le renvoi matériel du renvoi formel (*Cours de droit international, op.cit.*, p. 59). C. Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, Collection Travaux et recherches Panthéon-Assas 1996, p. 69. Ses travaux ultérieurs (*Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, 540 p.) prouvent qu'il opte le plus souvent pour la primauté des critères formels (de validité du droit) sur les critères matériels, puisqu'en définitive, il parvient à la conclusion que l'écran étatique empêche toute véritable personnalité internationale pour les sujets internes. Ceux-ci ne sont alors pour lui (et pour la plupart des auteurs dualistes avant lui) que des "sujets internes d'origine internationale". Sperduti, en 1956, utilisait quant à lui la notion de "personnalité internationale matérielle" pour l'individu : G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *op.cit.*, p. 766.

Selon qu'on privilégie, pour définir le sujet, le fait que la norme "s'adresse à", ou bien le fait qu'elle "confère" un droit subjectif, on adopte soit une approche formelle soit une approche matérielle du droit<sup>78</sup>. Ainsi, la première définition du sujet révèle que le lien, entre le destinataire et la norme qui le considère, est un lien formel, presque spatial : quel que soit le contenu de la norme, elle doit s'adresser formellement au sujet. Cela explique que l'expression soit le plus souvent utilisée par les dualistes comme Anzilotti, pour qui les sujets internes ne peuvent être en même temps sujets internationaux. Dans la seconde définition du sujet, le lien entre le titulaire et la norme est un lien matériel : on ne considère plus ici à qui s'adresse la norme, mais pour qui elle crée des droits (et obligations) subjectifs. Le lien, de spatial, devient un rapport de possession : les situations juridiques subjectives créées entrent dans le patrimoine du sujet.

Or, il peut être concevable, au moins théoriquement, qu'une personne non visée expressément par une norme devienne néanmoins titulaire d'un droit contenu dans celle-ci. Historiquement, l'hypothèse semble avoir été soulevée une première fois pour les normes internes, par Saleilles. Dans son cours de droit civil, il explique son approche de la notion de droit subjectif et de personne juridique. Bien qu'il n'étudie pas les distinctions entre sujet-destinataire et sujet-titulaire, il dissocie toutefois les deux termes : *"nous ne pouvons donc accepter, au sens absolu du mot, le principe que les droits n'appartiennent qu'à leur destinataire. Il en est ainsi presque toujours, c'est le cas normal. Mais il peut aussi arriver que le droit soit attribué à des titulaires qui en aient la maîtrise..."*<sup>79</sup>. Bien qu'il soit souvent hasardeux de procéder par analogie, l'hypothèse peut également être envisagée dans le cas des normes internationales. Une norme internationale pourrait s'adresser formellement à un destinataire, mais conférer des droits subjectifs à un titulaire différent. Toutefois, il faut procéder avec prudence, car normes internes et normes internationales pourraient posséder des signes distinctifs déterminants pour la définition du sujet de droit. Ainsi, Kelsen a exposé certaines particularités de la norme internationale qu'il faut souligner. Selon l'auteur, *"la création d'une norme, en tant que norme valable, n'est parfaite que lorsque ses deux éléments, personnel et matériel, c'est-à-dire son élément subjectif et son élément objectif, ont été déterminés l'un et l'autre, qu'on a déterminé non seulement ce qui doit être accompli ou omis, mais aussi celui qui doit agir ou s'abstenir de la sorte"*<sup>80</sup>. Or, la norme internationale a souvent pour caractéristique, pour Kelsen, de ne comporter que

<sup>78</sup> Pour schématiser, bien que cela méritât d'être nuancé, on peut dire que les positivistes, dans un souci de rigueur (et de "pureté", dirait Kelsen) mettent davantage l'accent sur la forme comme condition de validité du droit. Les jusnaturalistes, en revanche, estiment en général que ce sont des facteurs matériels (origine factuelle, sociologique) qui en forgent la valeur.

<sup>79</sup> R. Saleilles, *Cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Rousseau, 1922, p. 539.

<sup>80</sup> H. Kelsen, "Les rapports de système entre droit interne et droit international", in Ch. Leben, *H. Kelsen, écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 176 (issu de RGDIP 1936).

l'élément matériel, laissant aux ordres juridiques étatiques le soin de compléter son élément personnel. La norme internationale est donc une norme imparfaite<sup>81</sup>. On perçoit aisément le problème que cela pose pour l'individu sujet interne, si l'on considère qu'il peut être titulaire du droit ou de l'obligation (élément matériel) sans pour autant être le destinataire (élément personnel).

La dissociation entre sujet-titulaire et sujet-destinataire n'est pourtant pas concevable pour les dualistes classiques : pour eux, une norme ne saurait avoir qu'un sujet : son destinataire direct, unique. Il est par conséquent le seul à pouvoir être titulaire des droits subjectifs créés par la norme. Toute autre personne ne peut être qu'objet. Il faut toutefois nuancer cette affirmation, à la lumière des évolutions doctrinales. Ainsi, il semble que J. Combacau et S. Sur reconnaissent aujourd'hui la possibilité qu'une norme s'adresse à plusieurs destinataires, et qu'une situation subjective puisse connaître plusieurs titulaires. Cela n'est pas expressément affirmé par les auteurs, mais la pensée transparaît lors d'un commentaire relatif à la situation de l'Etat en tant que personne juridique internationale : "*L'Etat est le seul acteur des relations internationales à n'être jamais considéré comme "l'objet" du droit qui le régit mais comme son "sujet", c'est-à-dire le destinataire, fût-il non exclusif, des normes dont il se compose et comme le titulaire, parfois conjoint, des situations qu'elles instituent*"<sup>82</sup>. Cependant, on n'obtient guère plus de renseignements sur l'identité des éventuels autres destinataires et titulaires. Reconnaissent-ils la possibilité qu'à la fois un Etat et un individu soient sujets d'une même norme ? Rien n'est moins sûr.

Par ailleurs, la distinction entre objet et sujet, à l'aide des notions de destinataire et de titulaire, est loin d'être évidente.

## **2. Définition par approche négative : opposition entre objet et sujet**

### a. L'objet, un destinataire indirect

L'opposition entre sujet de droit et objet de droit est très classique. En théorie, l'objet est celui à qui ne s'adresse pas directement une norme, mais qui peut voir sa situation modifiée du fait de cette norme. Comme J. Combacau le précise, "*s'il peut attendre des effets matériels positifs ou négatifs de l'application des normes qui le concernent, il n'en est pas lui-même le destinataire*"<sup>83</sup> : il en déduit une modification de la situation de fait de la personne concernée et non de sa situation de droit. La norme "parle aux" sujets, alors

<sup>81</sup> H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant LGDJ 1997, p. 300 : "*Les normes du droit international ne déterminent habituellement que l'élément matériel : en ce sens elles sont incomplètes. Elles nécessitent d'être complétées par les normes du droit étatique*".

<sup>82</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 223. C'est nous qui soulignons.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 307.

que, considérant les objets, elle ne fait que “parler d’eux”<sup>84</sup>. De même, pour S. Goyard-Fabre, “*si le concept d’objet de droit, en son extension illimitée, demeure vague, il est parfaitement clair en sa compréhension : il fournit au droit son contenu ou sa "matière"*”<sup>85</sup>. L’objet est donc à la fois le contenu de la norme, puisqu’elle parle **de** lui, et son bénéficiaire indirect.

Les exemples sont fort nombreux, les plus classiques d’entre eux faisant référence à l’esclave dans l’Antiquité, aux animaux, choses, ou fœtus. Avec l’exemple d’une norme interne, C. Santulli expose sa vision de la relation entre un enfant “bénéficiaire” d’un droit à l’éducation, et son père, titulaire réel du droit : “*lorsqu’une autorité publique refuse à un enfant l’accès à un certain type d’établissement scolaire, le droit de l’enfant n’a pas été violé même si ce refus contrevient à la liberté d’éducation. L’énoncé légal qui protège cette liberté vise l’enfant, mais il ne lui est pas "directement applicable" : c’est le père qui est l’intermédiaire nécessaire et le seul titulaire du droit, et l’enfant n’est que l’objet de la règle*”<sup>86</sup>. Il faut donc, qu’il s’agisse d’une norme internationale ou d’une norme interne, que le lien avec le sujet soit absolument direct.

Pour ce qui est des normes internationales, les exemples les plus couramment évoqués font référence aux conventions relatives aux prisonniers de guerre, aux conventions d’établissement ou encore aux traités relatifs aux droits de l’homme. Ainsi, pour J. Combacau, le prisonnier de guerre est l’objet des Conventions de Genève, l’Etat en étant le seul destinataire direct<sup>87</sup>. Les conventions d’établissement sont aussi évoquées, tant par P.M. Dupuy que par J. Combacau, pour qui ce sont des “*règles formellement interétatiques mais substantiellement transnationales*”<sup>88</sup>. Toutefois, là encore, bien que ces conventions soient formellement adressées aux Etats, leur imposent des obligations, elles peuvent sembler conférer des droits à leur ressortissants, débutant généralement en ces termes : “les nationaux de chacune des parties jouissent, sur le

<sup>84</sup> Il est courant pour les approches positivistes de séparer le droit et le fait. Mais on peut souligner avec A. Pellet que “entre le droit et le fait, il n’y a pas de seuil. C’est bien plutôt d’un ‘dégradé normatif’ qu’il faut parler. Entre la lumière du droit et l’obscurité du non-droit, s’étend une zone de pénombre...”, in “Le bon droit et l’ivraie : plaidoyer pour l’ivraie”, in *Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, Mélanges Ch. Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 490.

<sup>85</sup> S. Goyard-Fabre, “Sujet de droit et objet de droit”, in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, No. 22, 1992, Presses Universitaires de Caen, p. 12.

<sup>86</sup> C. Santulli, *Le statut international de l’ordre juridique étatique, op.cit.*, p. 239.

<sup>87</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 307. J. Combacau est contredit sur ce point par Randelzhofer, qui prend pour exemple l’article 7 de la Convention de Genève du 12 avril 1949 : “*les prisonniers de guerre ne pourront en aucun cas renoncer partiellement ou totalement aux droits que leur assure la présente convention...*” (Edition du CICR, p. 77). En effet, bien que l’article 1 montre que la convention s’adresse aux Etats, (“*Les hautes parties contractantes s’engagent à respecter et à faire respecter la présente convention en toutes circonstances*”), certaines dispositions paraissent conférer des droits subjectifs aux prisonniers, comme l’article 17 : “chaque prisonnier de guerre ne sera tenu de déclarer, quand il est interrogé à ce sujet, que ses noms, prénoms et grade...” : A. Randelzhofer, “The Legal Position of the Individual under Present International Law”, *op.cit.*, p. 239.

<sup>88</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 307. P.M. Dupuy, *Droit international public*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 202.

territoire de l'autre partie, des libertés publiques dans les mêmes conditions que les nationaux de cette dernière. Sont notamment garantis..."<sup>89</sup>. La lecture des règles internationales ne permet donc pas toujours d'identifier très clairement un unique destinataire. Dans une même convention, des normes peuvent viser des personnes différentes. Ainsi, on peut comparer les articles 4 et 5 de la convention d'établissement précitée : l'article 4 pose que "chacune des parties contractantes s'engage à accorder sur son territoire un traitement juste et équitable aux biens, droits et intérêts appartenant à des nationaux de l'autre partie". Il est donc formellement adressé aux Etats, les prenant comme destinataires directs, les individus n'étant concernés qu'indirectement. En revanche, l'article 5 pose que "les nationaux de chacune des deux parties contractantes peuvent exercer sur le territoire de l'autre partie des activités commerciales, agricoles, industrielles et artisanales" : il vise ici directement les individus.

Traditionnellement, les traités sont interprétés d'après des formulations types : si leurs dispositions sont rédigées dans les termes "l'Etat s'engage à garantir", "les Etats parties s'engagent à assurer", et même "reconnaissent le droit qu'à toute personne...", on considèrera qu'elles prennent les Etats comme sujets et les individus comme objets, car elles n'ont pas "d'effet direct" sur ces derniers<sup>90</sup>. En revanche, si le traité affirme que "tout individu a droit que...", "nul ne sera soumis...", il pourra être considéré comme s'adressant directement aux individus. Ainsi, les formules citées dans ce paragraphe sont empruntées d'une part au Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part au Pacte sur les droits civils et politiques. En raison (notamment) de ces choix de rédaction, le premier se voit traditionnellement refuser un caractère d'effet direct sur les individus, alors qu'on reconnaît souvent l'aptitude du second à leur conférer des droits subjectifs<sup>91</sup>.

N'est donc sujet, pour les auteurs considérés, que le destinataire direct. Toute autre personne visée indirectement par la norme n'en est que l'objet. Toutefois, certains auteurs, faisant un lien entre la notion de destinataire et celle de titulaire, concluent autrement. Ainsi, D. de Bechillon part du fait qu'il existe, d'une part, "*des normes supposant une obligation à l'égard de leurs destinataires les plus directs*"; il existe d'autre part "*des normes supposant une obligation à l'égard de leurs destinataires indirects*", définis comme "*ceux que la norme ne désigne pas explicitement, mais sur qui elle cherche néanmoins à porter des effets*"<sup>92</sup>. Dans cette optique, la dissociation entre destinataire et titulaire apparaît : bien que n'étant pas destinataire direct d'une norme, une personne peut

<sup>89</sup> Article 1 de la Convention d'établissement France-Togo du 13/06/96, [www.ambafrance-tg.org](http://www.ambafrance-tg.org)

<sup>90</sup> L'expression "effet direct", employée en pratique par la jurisprudence, sera développée dans la partie suivante.

<sup>91</sup> Voir P.M. Dupuy, *Grands textes de droit international public, op.cit.*, p. 71 et 93.

<sup>92</sup> D. de Bechillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op.cit.*, pp. 178-179.

néanmoins être titulaire de droits ou d'obligations conférés par cette norme. D. de Bechillon affirme ainsi que “*contrairement à ce qu’une vision superficielle laisse croire, ces normes véhiculent une forte dose d’obligation : en ceci qu’elles constituent un droit d’effectuer une action, elles font nécessairement défense à autrui de contester ou de porter atteinte à ce droit*”<sup>93</sup>.

Cet auteur assimile ainsi le sujet-titulaire à un destinataire indirect, possibilité niée par les internationalistes évoqués : ceux-ci estiment que dès lors qu’une norme internationale s’adresse essentiellement à l’Etat, elle ne saurait conférer de droit ni d’obligation à d’autres entités, alors objets de la norme. Pour eux, une norme ne peut avoir qu’un seul sujet, à la fois destinataire visé par elle, et titulaire de son contenu.

On ne peut nier pourtant que nombre de normes internationales, bien que posant des obligations sur les Etats, semble conférer corrélativement des droits aux individus. Pourtant, ceux-ci demeurent de simples objets pour les auteurs qui, comme Kelsen, dénie à ces droits le caractère de réels droits subjectifs. La théorie kelsenienne des droits-réflexes permet alors de distinguer plus facilement sujet et objet<sup>94</sup>.

#### b. L’objet, titulaire de droits-réflexes

La situation peut donc exister, où une norme conférant un droit à une personne, semble en même temps conférer à une autre personne l’obligation corrélatrice de respecter ou de faire respecter ce droit. Deux personnes seraient alors titulaires d’une situation juridique subjective. Tel est couramment le cas pour les normes internationales concernant les individus, notamment en matière de droits de l’homme : attribuant apparemment un droit à l’individu, elles obligent l’Etat à mettre en œuvre ce droit. Peut-on alors dire que, dans cette situation, l’Etat et l’individu sont tous deux sujets de la norme internationale ? C’est la question que se pose notamment le juge Kooijmans à propos de conventions posant des obligations sur les Etats (exemple étant pris sur les Conventions de Genève) : “*but is there also a corresponding right of those in whose interest that prohibition is given : the individual ? That would mean that there is a differentiated concept of the bearer of rights : from the procedural point of view all other states, from a substantive point of view the individual*”<sup>95</sup>. Ainsi, on retrouve encore une fois la dissociation

---

<sup>93</sup> D. de Bechillon, *Qu’est-ce-qu’une règle de droit ?*, *op.cit.*, p. 179.

<sup>94</sup> L’évocation de Kelsen dans ce chapitre ne signifie pas qu’il ait opté pour cette première définition du sujet de droit. Sa théorie est intéressante à étudier ici, en ce qu’elle présente une explication (parmi d’autres) de la distinction entre objet et sujet. Toutefois, Kelsen fera également l’objet de développements au chapitre 2, en ce qu’il permettra de comprendre en quoi le sujet de droit est également un être normateur. Enfin, au chapitre 3, il permettra d’expliquer que, pour certains, la capacité d’agir du sujet est indispensable pour reconnaître l’existence de ses droits subjectifs.

<sup>95</sup> “Discussion, part. 4” in A. Randelzhofer et C. Tomuschat, *State Responsibility and the Individual*, *op.cit.*, p. 247.

entre approche formelle, favorisant les Etats, et approche matérielle, plus favorable aux individus.

La norme peut-elle avoir deux destinataires ? Il semble que non, tant pour la doctrine dualiste que pour le normativisme kelsénien. Pour Kelsen, en effet, l'essence d'une norme, qu'elle soit interne ou internationale, est de poser des obligations juridiques. L'obligation vient avant le droit, et “à l'obligation juridique, on oppose habituellement le droit (*Berechtigung*), conçu comme droit subjectif”<sup>96</sup>. Mais pour Kelsen, “cette donnée que l'on désigne du nom de “droit” ou “droit subjectif” ou “prétention”, d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres”<sup>97</sup>. Seule l'obligation est réellement juridique ; par conséquent “on parlera ainsi de “droit-réflexe” pour désigner le droit qui ne fait que réfléchir une obligation, - et n'a donc pas d'existence par lui-même”<sup>98</sup>. La relation entre les deux personnes liées par la même norme ne peut donc être qu'une relation entre un sujet et un objet : le sujet de l'obligation et l'objet du droit-réflexe. Kelsen l'affirme très clairement : “le droit-réflexe étant identique à l'obligation juridique, il ne saurait être question de considérer l'individu à l'égard duquel l'obligation existe comme “sujet”, parce qu'il n'est pas le sujet de cette obligation. L'individu à l'égard duquel la conduite obligatoire doit avoir lieu est l'objet de cette conduite, tout de même que l'animal, la plante ou l'objet inanimé à l'égard duquel les hommes sont obligés de se conduire d'une certaine façon”<sup>99</sup>.

Droit-réflexe, pseudo-droit, droit-miroir : il ne s'agit pas d'un droit subjectif, puisqu'il ne peut avoir d'autonomie<sup>100</sup> : il n'existe pas seul, n'étant que le reflet d'une obligation. On peut l'assimiler à un “intérêt”, défini comme un “avantage matériel ou moral non juridiquement protégé que présente pour une personne une situation donnée”<sup>101</sup>. L'objet de droit est alors la personne bénéficiaire ou titulaire de l'intérêt, qui affecte sa situation de fait mais non de droit. Confirmant ceci, la jurisprudence internationale a consacré cette distinction entre droit et intérêt, notamment lors de la célèbre affaire de la *Barcelona Traction* ; à cette occasion, la CIJ a ainsi tiré les conséquences de la distinction : “La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé...”<sup>102</sup>. Le droit subjectif est garanti durablement par le droit positif, et peut être revendiqué, tandis que l'intérêt n'a pas de stabilité juridique, même s'il peut parfois avoir des conséquences sur le régime juridique de la responsabilité. Arguant de ce dernier fait, Sperduti a alors contesté que la personne

<sup>96</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 1962, p. 132.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>100</sup> Voir la théorie du droit-réflexe étudiée par S. Goyard-Fabre, “Sujet de droit et objet de droit”, *op.cit.*, p. 27s.

<sup>101</sup> *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p. 596. Toutefois, la notion d'intérêt est double : il peut aussi être défini comme un “avantage, matériel ou moral, juridiquement protégé” ; mais il s'agit alors d'un intérêt juridique, synonyme du droit subjectif.

<sup>102</sup> CIJ, *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, Rec. 1970, p. 36. (voir *infra*, section II).

titulaire d'un tel intérêt ne soit qu'un objet de droit, et réfuté la stricte opposition entre objet et sujet, proposant un statut intermédiaire<sup>103</sup>. Il s'appuie sur l'opposition entre droit subjectif et "intérêt légitime", fort connue en droit administratif italien : "*la situation juridique du titulaire d'un intérêt légitime est donc, en droit administratif, la situation de celui qui peut se plaindre de la violation d'une règle de droit par l'administration publique, même sans être titulaire d'un droit subjectif*"<sup>104</sup>. Toutefois, si l'intérêt peut être pris en considération, son manque de caractère juridique empêche indéniablement son titulaire d'obtenir la qualité de sujet.

Appliquée aux normes internationales, cette théorie des droits-réflexes permet (trop ?) facilement de nier toute subjectivité à l'individu dans le cadre des droits de l'homme : ces droits ne seraient que des réflexes, puisque l'obligation incombe aux Etats de les mettre en œuvre. Seules les normes internationales posant des obligations sur les individus seraient considérées comme subjectivantes. C'est d'ailleurs pourquoi Kelsen, loin de nier la personnalité juridique internationale de l'individu, prend principalement comme exemple les normes relatives à la piraterie, aux règles de blocus et contrebande en temps de guerre, normes adressant des interdictions aux individus<sup>105</sup>.

Toutefois, la théorie n'est pas absolument convaincante, et rien ne semble empêcher que l'on en inverse les termes. N'est-il pas concevable en effet qu'une norme s'adresse principalement au sujet, pour le rendre titulaire d'un droit et non d'une obligation ? Les personnes devant respecter ce droit seraient alors titulaires d'une simple "obligation-réflexe", sans qu'elle soit conçue comme une obligation juridique subjectivante, puisqu'elle n'est pas non plus autonome. Les personnes considérées comme sujet ou objet peuvent ainsi voir leur situation inversée, selon que l'on prend en compte l'antériorité de l'obligation par rapport au droit, ou inversement. En matière de

<sup>103</sup> Voir *infra*, section II : G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *op.cit.*, p. 795. J. Carbonnier a tenté une démarche similaire, proposant le concept de "non-sujet de droit" : J. Carbonnier, "Sur les traces du non-sujet de droit", *APD T.* 34, 1989.

<sup>104</sup> Cette particularité du droit italien, qui fait du juge administratif le juge des intérêts, et du juge civil le juge des droits subjectifs, a été remise en cause récemment : un revirement opéré le 22 juillet 1999 par la Cour de cassation italienne "*remet en cause la summa divisio centenaire fondée sur l'opposition entre intérêts légitimes et droits subjectifs, dichotomie à laquelle se superposait jusqu'à ces dernières années pratiquement systématiquement une dualité juridictionnelle entre juge administratif et juge civil*" : depuis cette date, le clivage entre les deux notions a été relativisé, puisque l'intérêt légitime peut désormais être source de responsabilité pour celui qui y porte atteinte. Il est par ailleurs intéressant de constater que ce changement a été provoqué par des normes supra-nationales. Ainsi, "*des situations juridiques qui ne généraient que des intérêts légitimes, sous l'effet des textes communautaires, ont donné lieu à une responsabilité possible de l'Etat, donc, à des droits subjectifs*" : F. Zampini, "Italie : quelques mutations en matière de droit administratif", *RFDA* 2001-1, p. 135-145. On peut souligner que le droit administratif français connaît également une distinction entre les décisions créatrices de droits pour les individus, et celles n'en créant pas, dont le régime juridique varie considérablement (notamment en matière de retrait et abrogation).

<sup>105</sup> A vrai dire, Kelsen reconnaît par la suite qu'un droit-réflexe peut se muer en véritable droit subjectif ; mais c'est alors que la capacité d'agir intervient : voir *infra*, chapitre 3.

droits de l'homme, par exemple, l'individu titulaire d'un droit subjectif ferait face à l'Etat, simple titulaire d'une obligation-réflexe sans caractère subjectivant.

Ainsi, si cette théorie de Kelsen permet d'illustrer et d'éclairer l'opposition entre objet et sujet, la distinction reste subtile. L'essentiel est ici de retenir que ce qui permet de définir le sujet, de le distinguer de l'objet, est le caractère direct du lien entre l'ordre juridique qui le considère et lui-même. Il doit être destinataire direct et, partant, seul titulaire des droits subjectifs contenu par les normes de cet ordre juridique. L'effet direct de la norme internationale sur l'individu permet alors de distinguer si on le prend comme objet ou sujet. Toutefois, la théorie est difficilement praticable. La notion de lien "direct" n'est pas forcément suffisante pour distinguer sujet et objet, car l'appréciation du caractère direct est extrêmement délicate. Il faudra donc, éventuellement, avoir recours à des moyens complémentaires d'identification.

S'il faut insister sur la nature du lien entre sujet et ordre juridique international, en revanche aucune exigence ne semble porter sur les normes internationales « subjectivantes ».

#### **B. L'indifférence relative quant aux normes internationales concernées**

Le sujet est donc destinataire direct de normes internationales : combien de normes internationales, quelles normes internationales ? Pour la plupart des auteurs, cela importe peu. En effet, ils semblent considérer, d'une part, que la personnalité juridique étant une aptitude de principe, le nombre de droits et obligations subjectifs est indifférent : la quantité de ceux-ci a trait à la condition (ou régime juridique) de sujet et non à son statut (1). D'autre part, la nature ou la qualité de ces normes internationales subjectivantes semblent également être indifférentes (2).

##### ***1. Indifférence quantitative : la personnalité juridique comme aptitude virtuelle***

Peu importe le nombre de normes internationales visant un sujet de droit. Dans le même sens, peu importe le nombre de droits et obligations que celui-ci détient. Quelques interrogations peuvent néanmoins être soulevées : une entité sera-t-elle réellement considérée comme sujet d'un ordre juridique si elle n'est destinataire que d'une seule norme ? Le sujet peut-il ne posséder que des droits, ou que des obligations, ou les deux sont-ils nécessaires pour qu'il se voie conférer la personnalité ?

La personnalité juridique n'est pas une notion quantifiable. Cela ressort de la plupart des écrits des auteurs ayant opté pour cette première définition. Pourtant, certains n'ont pas développé leur réflexion sur la question. Ainsi, Anzilotti ne précise pas ce point : dans sa définition, il s'agit uniquement d'être destinataire **de** normes et non **des** normes. Certains précisent toutefois leur conception de la personnalité. Siotto-Pintor, en 1932, estime qu'il suffit "*d'être titulaire de n'importe quel droit et de*

*n'importe quelle obligation appartenant à un domaine juridique donné*"<sup>106</sup>. Strupp, à son tour, affirmera que *"ou l'on est sujet du droit des gens ou on ne l'est pas, mais il est impossible, au point de vue logique, d'imaginer que l'on ait la qualité de sujet de droit des gens pour une partie seulement"*<sup>107</sup>. Morelli, en 1956, définit également le sujet comme *"l'entité qui est actuellement titulaire d'une situation juridique subjective ...ou qui peut le devenir"*<sup>108</sup>. Pour tous ces auteurs, la personnalité n'est donc qu'une virtualité, un concept purement théorique, indifférent à la quantité de droits et obligations qui vont composer de manière effective cette personnalité. Toutefois, la possession réelle de la qualité de sujet suppose au moins un droit ou une obligation ; mais un seul suffit, comme le dit Barberis : *"pour qu'un individu soit sujet de droit, il suffit qu'une norme de l'ordre juridique prévoie sa conduite comme contenu d'un droit ou d'une obligation juridique"*<sup>109</sup>.

La personnalité juridique est donc une aptitude virtuelle. Mais aptitude de qui ? Cela est parfois ambigu : aptitude de l'entité destinée à devenir sujet, ou aptitude de l'ordre juridique à s'adresser à des entités, en faisant ainsi ses sujets ? Les deux expressions sont utilisées de façon indifférente. Ainsi, J. Combacau, qui affirme avec force que la personnalité juridique *"est une aptitude et ne peut être confondue avec ce qui est en fait"*, ne précise pas de qui dépend la possession de la qualité de sujet. C'est à la fois l'ordre juridique qui *"se tient pour apte à le doter de droits et d'obligations"* et, pour le sujet, *"l'aptitude à être passivement titulaire de droits et d'obligations"*<sup>110</sup>. Mais, s'il est clair que les choses et animaux n'ont pas cette aptitude, n'ayant ni conscience ni patrimoine, qu'en est-il des êtres humains ? Ne peut-on pas estimer que tout individu, sujet interne, possède cette aptitude virtuelle à devenir sujet de droit international ? Finalement, il serait peut-être plus rigoureux de considérer que la personnalité juridique est l'aptitude d'un ordre juridique et d'une personne à établir mutuellement un lien direct : donner d'un côté, recevoir de l'autre.

Toutefois, cela ne résout pas la question pratique de savoir si telle personne est sujet de droit. En effet, bien que la personnalité soit un concept théorique, elle est démontrée à l'aide d'indices concrets. Dès lors, pour prouver qu'une personne possède cette qualité, on adopte nécessairement une démarche déductive et quantitative. Du nombre de droits et obligations que possède une personne, on déduira qu'elle est sujet. C'est alors que les mêmes auteurs ayant clamé que la personnalité juridique n'est pas quantifiable, vont refuser de la reconnaître à ceux qui ne possèdent pas "suffisamment" de droits et d'obligations, au motif que ces derniers sont des exceptions. Ainsi Quadri affirme-t-il que *"quelques conventions internationales ont prévu ce qu'on appelle l'accès direct de*

<sup>106</sup> M. Siotto-Pintor, "Les sujets du droit international autres que les Etats", *op.cit.*, p. 279.

<sup>107</sup> K. Strupp, "Règles générales du droit de la paix", *op.cit.*, p. 420.

<sup>108</sup> G. Morelli, "Cours général de droit international public", *op.cit.*, p. 502

<sup>109</sup> J. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *op.cit.*, p.161.

<sup>110</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op.cit.*, p. 308.

*l'individu à la justice internationale. Il s'agit à vrai dire d'un phénomène tout à fait exceptionnel, ayant une portée très limitée, et dont l'importance pratique est presque insignifiante*"<sup>111</sup>.

Le nombre de droits et obligations contenus dans la personnalité fonde même la distinction qu'effectue Siotto-Pintor, suivi en cela par d'autres, entre personne et sujet. Il considère que *"dans toutes les branches de la science du droit, on se sert habituellement des mots "personne" et "sujet" dans le sens identique de destinataire de normes juridiques. C'est, à mon avis, une malheureuse habitude, qui crée beaucoup de confusion"*. Il développe alors sa propre conception du sujet comme destinataire de certaines normes d'un ordre juridique, *"mais dont la subjectivité est bornée de sorte qu'elle ne peut pas être personne"*<sup>112</sup>. La personne est, en revanche, l'entité qui peut envisager toutes les relations possibles avec un ordre juridique donné. En pratique, il estime que les Etats sont destinataires **des** normes internationales (*"jouissant de toutes les facultés, subissant toutes les obligations"*), mais que les autres simples sujets sont destinataires **de** normes. Siotto-Pintor conclut ainsi que *"le substratum nécessaire de tout titulariat de droits et obligations est la subjectivité, non pas la personnalité"*<sup>113</sup>. Sa distinction fut fortement contestée, notamment par Strupp et Verdross, mais sa démarche quantitative fut néanmoins reprise par J. Carbonnier aujourd'hui : contrairement à la plupart des opinions doctrinales exposées ici, il affirme que *"le droit n'est pas aussi abrupt. C'est qu'il n'a pas affaire directement au sujet, il ne le saisit qu'à travers un concept, celui de personnalité, et comme tous les concepts, celui-ci est malléable, susceptible de plus ou de moins. La personnalité est juridiquement divisible"*<sup>114</sup>.

La majorité des auteurs, au sein de cette première approche doctrinale du sujet, semble donc opter pour une qualité virtuelle. Toutefois, si une "situation juridique subjective" suffit, faut-il qu'elle provienne d'un droit, ou d'une obligation ? Là encore, l'indifférence semble de mise ; toutefois la question mérite d'être posée. En effet, deux expressions sont utilisées pour définir le sujet : être titulaire de "droits et d'obligations", ou être titulaire "de droits ou d'obligations". La plupart des auteurs utilise la première, ce qui sous-entend, si l'on veut être pointilleux, qu'il faudrait au moins deux situations subjectives. A. Pellet semble ainsi considérer qu'une entité ayant des droits mais dépourvue d'obligation n'est pas une personne juridique : lors d'une réflexion relative au statut des collectivités territoriales infra-étatiques, il conclut que *"donc elles ont des droits. En revanche, on n'arrive pas à déterminer des obligations pouvant leur incomber, et dès lors, elles ne peuvent voir leur responsabilité engagée puisque aucun fait internationalement illicite ne peut leur être attribué. Or, quand une entité ne peut pas engager sa responsabilité dans un ordre juridique*

<sup>111</sup> R. Quadri, "Cours général de droit international public", *op.cit.*, p. 402-403.

<sup>112</sup> M. Siotto-Pintor, "Les sujets du droit international autres que les Etats", *op.cit.*, p. 278.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>114</sup> J. Carbonnier, "Sur les traces du non-sujet de droit", *op.cit.*

donné, on peut avoir des doutes sérieux sur le fait qu'il s'agit d'une personne"<sup>115</sup>. Implicitement, il dénie donc la qualité de sujet à une entité dotée de droits mais pas d'obligations.

Certains utilisent l'expression "droits ou obligations" sans que l'on sache nécessairement si cela est conscient et volontaire. Ainsi, J. Verhoeven estime que "*doit être tenu pour un sujet de droit l'être ou l'entité qui est titulaire de droits ou d'obligations dans un ordre juridique de référence*"<sup>116</sup>. Les dictionnaires, quant à eux, laissent également perplexes, utilisant alternativement les deux expressions. On a déjà cité les deux phrases de définition de la "personne internationale" par le Dictionnaire Basdevant. Or, dans la première phrase utilisant la notion de destinataire, le sujet se voit "imposer directement des devoirs ou attribuer des droits"; en revanche, dans la seconde phrase, le sujet est "titulaire de droits et tenu d'obligations...". La même ambiguïté figure au Dictionnaire Salmon qui, pourtant, n'utilise que le terme de titulaire : il associe le terme "personnalité" à "l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations"<sup>117</sup>. Au terme "sujet", il opte en revanche pour "la faculté de devenir titulaire de droits ou d'obligations..."<sup>118</sup>.

J. Barberis, en 1983, évoque une telle ambiguïté à la lecture de Kelsen : "*tout d'abord, il est nécessaire de préciser un point qui ne l'est pas suffisamment dans certains passages des ouvrages de Kelsen. Il s'agit de savoir si le sujet de droit est celui dont la conduite est prévue par l'ordre juridique en tant que contenu de droits et d'obligations, ou s'il suffit qu'elle soit le contenu de droits ou d'obligations*"<sup>119</sup>. Bien qu'il ne cherche pas à expliquer les raisons de cette imprécision, elle est probablement à mettre en relation avec la théorie des droits-réflexes : accordant une primauté certaine à la notion d'obligation juridique (puisque l'ordre juridique se caractérise par la contrainte), le fait d'être titulaire de droits semble pour lui peu

<sup>115</sup> A. Pellet, "Débats – Les collectivités territoriales non-étatiques sujets du droit international ?", in SFDI, *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, pp. 198-199. Sa réflexion peut toutefois prêter à confusion, car elle mêle le fait d'être titulaire d'obligations et la capacité à engager sa responsabilité : la dissociation entre personnalité et capacité effectuée auparavant n'est pas claire. Par ailleurs, on peut évoquer une situation dans laquelle un sujet pourrait engager sa responsabilité sans être soumis à une quelconque obligation internationale déterminée : il s'agit de la situation de l'abus de droit. Défini comme "*exercice d'un droit, d'un pouvoir ou d'une compétence d'une manière ou dans un but qui ne correspond pas aux finalités de ce droit, de ce pouvoir ou de cette compétence, par exemple dans le but d'échapper à une obligation internationale ou d'obtenir un avantage indu...* Par la théorie de l'abus de droit ce n'est pas l'existence du droit qui est contestée mais les modalités de son exercice lorsqu'elles sont préjudiciables à autrui", in *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 3. C'est nous qui soulignons. Il s'agit toutefois d'une hypothèse dont le caractère exceptionnel peut être illustré par l'exemple suivant : "*certain auteurs, notamment J. Basdevant et G. Scelle, se sont demandés si la responsabilité internationale de l'Etat qui refuse de ratifier ne pouvait, dans certains cas, être engagée sur le fondement de la théorie de l'abus de droit. L'examen de la pratique internationale ne permet pas de répondre par l'affirmative*" : P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, 7<sup>ème</sup> édition, p. 142.

<sup>116</sup> J. Verhoeven, *Droit international public*, Larcier, 2000, p. 47.

<sup>117</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 820.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 1062.

<sup>119</sup> J. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *op.cit.*, p. 166-167.

significatif<sup>120</sup>. J. Barberis, quant à lui, tranche la question et répond que “*au cours de la présente étude, nous adoptons la seconde alternative et nous considérons comme sujet du droit international quiconque dont la conduite est prévue directement par le droit des gens en tant que contenu d'un droit ou d'une obligation*”<sup>121</sup>.

En fin de compte, l'incertitude demeure sur cette question. Néanmoins, elle n'est soulevée qu'à l'occasion de l'appréciation concrète de la condition de sujet, et ne porte pas atteinte à la conception abstraite de la définition de la personnalité juridique. Dans le même sens, la qualité des normes internationales est, en général, indifférente.

## **2. Indifférence qualitative : équivalence des sources de droits**

Lorsqu'on définit le sujet international comme destinataire de normes internationales, de quelles normes s'agit-il ? Doivent-elles présenter des qualités particulières ? Le terme de “qualité” de la norme signifie ici qu'on a égard à la qualité de l'acte juridique qui la véhicule : est-ce une norme conventionnelle, coutumière ? C'est alors sa source, au sens d'origine formelle, qui est étudiée. Faut-il, pour être sujet, être visé par ces différents types de normes ?

En apparence, il est indifférent que l'origine de la norme qui confère les droits subjectifs soit conventionnelle, coutumière ou de nature unilatérale. Toutefois, dès lors qu'il est question de la personnalité juridique d'autres entités que l'Etat, certains débats apparaissent, notamment quant aux normes conventionnelles. En effet, certains auteurs de la première moitié du vingtième siècle réfutaient qu'une norme internationale conventionnelle puisse considérer un individu tiers comme sujet, arguant du principe de l'effet relatif des traités. Celui-ci veut que le traité n'ait d'effet obligatoire qu'entre les parties, et ne puisse donc créer ni droits ni obligations pour toute autre personne. Cela semblerait être un obstacle rédhibitoire. Néanmoins, transposition internationale du principe de droit interne en matière contractuelle, l'effet relatif connaît certaines exceptions, dont l'une a été fréquemment utilisée par la doctrine de l'époque pour justifier l'existence de droits internationaux de l'individu : il s'agit de la stipulation pour autrui.

Elle existe en droit civil “*lorsque, dans un contrat, une des parties, appelée le stipulant, obtient de l'autre, appelée le promettant, l'engagement qu'elle donnera ou fera quelque chose au profit*

<sup>120</sup> On reviendra sur la théorie des droits-réflexes, dans leur relation avec la notion de capacité, au chapitre 3. Toutefois, on peut déjà préciser que Kelsen ne considère pas les droits et obligations internationaux sur un même plan. En effet, il affirme que la sanction d'un droit doit nécessairement s'effectuer au niveau international, alors que la sanction d'une obligation peut être fixée au niveau interne. Voir *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op.cit.*, p. 302-304.

<sup>121</sup> J. Barberis, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *op.cit.*, p. 167.

*d'un tiers étranger, le bénéficiaire, qui devient ainsi créancier sans avoir été partie au contrat*<sup>122</sup>. Bien qu'il s'agisse d'une exception à l'effet relatif des contrats, on estime qu'elle ne remet pas en cause le fondement volontariste du droit des contrats et l'autonomie de la volonté. En effet, le droit du tiers bénéficiaire n'est irrévocable qu'après son consentement.

Transposée en droit international, la stipulation pour autrui conduit à considérer l'individu comme éventuel tiers bénéficiaire. Il devient alors titulaire d'un droit d'origine conventionnelle. C'est ce qu'a affirmé notamment Spiropoulos, à l'occasion d'une réflexion sur le droit des individus d'ester en justice devant des fors internationaux. Selon lui, *"il se peut que les co-contractants veuillent doter les particuliers d'une action directement par le traité international lui-même... Dans cette hypothèse il y a, ainsi que nous l'avons déjà dit, une "stipulation pour autrui". Le droit des particuliers procède ici réellement du traité international*<sup>123</sup>. Aussitôt, des protestations se font entendre. Ténékides, d'inspiration plutôt objectiviste, conteste ainsi l'utilisation de cette technique, estimant que *"ce recours aux notions du régime contractuel propre au droit privé est une survivance de la conception volontariste du droit des gens"*<sup>124</sup>. Très classiquement, sa contestation repose sur une critique plus générale du volontarisme en droit international : pour lui, le droit ne naît pas obligatoirement de la volonté des Etats ; pourtant, le droit subjectif issu de la stipulation naît de la volonté des parties et du consentement du tiers. *"Or, les Etats qui contractent entre eux ne créent pas le droit ; ils se bornent à reconnaître des situations juridiques préexistantes, leur consentement n'est que la condition de l'application de la norme juridique"*<sup>125</sup>. Cet emprunt des internationalistes au droit privé semble d'autant moins le satisfaire que *"en notre matière la volonté du bénéficiaire n'est pas prise en considération"*. Par conséquent, cet argument volontariste n'est pas valable, d'après lui. Il en conclut que *"le droit individuel internationalement crée n'est pas une affaire entre de simples contractants"*<sup>126</sup>.

La justification du caractère exceptionnel du droit individuel d'origine conventionnelle par la technique de la stipulation pour autrui, n'est guère

<sup>122</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, Précis Dalloz, 1996, p. 406. Les inconvénients d'une transposition de la stipulation pour autrui en droit international ont été soulignés notamment par le manuel de P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 1999, p. 245.

<sup>123</sup> J. Spiropoulos, "L'individu et le droit international", *op.cit.*, p. 226.

<sup>124</sup> G. Ténékides, *L'individu dans l'ordre juridique international*, Thèse Paris, 1933, p. 199.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 203.

satisfaisante<sup>127</sup>. Elle n'est actuellement plus de mise, et d'autres raisons sont mises en avant afin d'expliquer les effets juridiques des traités sur les individus. Ainsi, J. Combacau explique qu'il n'est nul besoin d'avoir recours à la stipulation, car l'individu n'est pas considéré comme un "tiers" par rapport au traité. En effet, s'en tenant rigoureusement à la codification du principe effectuée par la CDI, il estime que la notion de tiers est réduite aux Etats et, au cas par cas, aux organisations internationales. Le terme "*désigne d'autres sujets de droit international, à l'exclusion des personnes qui ne disposent que d'un statut de droit interne – individus et personnes morales*"<sup>128</sup>. Pour lui, l'individu ne saurait donc être concerné par l'effet relatif des traités et ses exceptions. Il n'est soumis aux obligations conventionnelles qu'en tant que sujet interne, donc, ici encore, de façon indirecte. C'est ainsi qu'on peut trouver actuellement une définition du principe de l'effet relatif quelque peu différente, puisqu'elle englobe les particuliers : "*principe selon lequel les règles posées par un traité, n'ayant force obligatoire que pour les parties à ce traité, ne créent de droits et d'obligations qu'à leur endroit ET – directement ou indirectement – , si l'objet du traité le commande, à l'égard de leurs ressortissants...*"<sup>129</sup>. La définition semble donc inclure une réalité (l'effet indéniable des traités sur les individus), sans pour autant justifier théoriquement cette nouvelle extension, puisque les particuliers sont considérés ici uniquement comme composante interne de l'Etat.

Un autre argument a été régulièrement soulevé pour contester que le traité puisse "subjectiver" l'individu : il s'agit de l'évocation du *mutuus dissensus*, selon lequel les Etats accordant des droits et obligations par traité peuvent décider de les retirer à tout moment ; la conséquence étant l'absence de stabilité de ces droits, on ne pourrait alors réellement parler de personnalité juridique. L'argument est encore parfois invoqué aujourd'hui, notamment par ceux pour qui le fait d'être destinataire de normes internationales ne suffit pas à conférer la personnalité. Ainsi, C. Dominicé a répété que "*il suffit qu'un traité cesse d'être en vigueur, ou qu'un Etat s'en retire, pour que des personnes privées*

<sup>127</sup> La stipulation a été codifiée par la Convention de Vienne sur le droit des traités, pour les relations entre Etats exclusivement. La Convention consacre le principe de l'effet relatif à son article 34. La stipulation est codifiée par les articles 35 (l'obligation créée pour les Etats tiers nécessite leur consentement express), 36 (lors de la stipulation d'un droit, le consentement du tiers est présumé) et l'article 37, qui expose les possibilités de révocation du droit ou de l'obligation. Toutefois, les internationalistes ont alors effectué une distinction qui conduit à considérer la stipulation, non plus comme d'origine volontariste, mais objectiviste. La raison en est que l'on distingue désormais si le tiers bénéficie d'un droit ou se voit imposer une obligation. S'il bénéficie d'un droit, celui-ci existe immédiatement, de par le traité lui-même, et on parle de stipulation. S'il se voit imposer une obligation, celle-ci ne naît qu'après son consentement express et on parle d'accord collatéral. On retrouve ici les oppositions doctrinales entre volontaristes et objectivistes, quant à l'origine et au moment de la naissance du droit. Ainsi, "*pour le volontarisme, toutes les exceptions se ramènent à des accords collatéraux. Pour la doctrine objectiviste, la stipulation pour autrui est une institution autonome*" : A. Pellet, P. Daillier, *Droit international public, op.cit.*, p. 241. Pour J. Combacau, "*le recours à l'accord collatéral paraît plus conforme à l'esprit du droit international, car il met l'accent sur le consentement de l'Etat tiers...*" : J. Combacau, S. Sur, *op.cit.*, p. 153.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 151. Dans cette phrase, J. Combacau semble exclure toute personnalité juridique internationale pour l'individu. On verra que tel n'est pas toujours le cas (*infra* section II).

<sup>129</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 415.

*qui étaient destinataires de certaines de ses dispositions en perdent le bénéfice*"<sup>130</sup>. A cet argument, qui confond existence et pérennité d'un droit, on pouvait déjà répondre clairement il y a 70 ans que "quant à nier l'existence des droits en question au profit de particuliers parce que des traités peuvent détruire ce que des traités ont édifié, autant nier par analogie en droit interne l'existence des droits des particuliers, parce qu'à tout moment à la merci de lois nouvelles les abolissant"<sup>131</sup>.

Le débat théorique autour de la capacité des conventions à "subjectiver" les individus n'est pas unique. Des réflexions similaires sont entendues à propos de la coutume. D'une part, sa "nature profondément interétatique" ferait obstacle à tout intérêt juridique individuel. En d'autres termes, la coutume ne concerne directement que les Etats et ne peut, en général, disposer d'aucun effet juridique direct sur les individus. "N'est-il pas raisonnable alors de présumer que les principes coutumiers, pour la plupart des règles de la société internationale classique, n'élèvent guère l'individu à la dignité de sujet immédiat de la norme qu'ils contiennent mais régissent avant tout les relations d'Etat à Etat ?", se demandait L. Dubouis en 1970<sup>132</sup>. D'autre part, le caractère trop général de la coutume conduit à un autre obstacle : celui de l'absence d'effet direct. Ainsi, H. Ruiz Fabri, en 1989, constate encore que "celle-ci est rarement assez développée et précise pour créer directement des droits ou des obligations à l'égard des individus"<sup>133</sup>. Cela conduit finalement certains à douter que l'individu soit destinataire d'aucune norme coutumière, comme Randelzhofer qui, au terme d'un examen peut-être un peu rapide, affirme que : "up to now I do not see any right of the individual under public international law being granted by customary law"<sup>134</sup>.

Finalement, l'indifférence quant à la source formelle de la norme est avérée : qu'elle soit conventionnelle ou coutumière, on jugera, si l'on est de tendance dualiste, qu'elle n'est pas apte à conférer des droits subjectifs individuels, pour de multiples raisons<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens", in *Mélanges Skubiszewski : theory of international law at the threshold of the 21<sup>st</sup> century*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 164. Ses positions théoriques sur la personnalité juridique seront développées dans le chapitre suivant.

<sup>131</sup> J. Spiropoulos, *op.cit.*, p. 224.

<sup>132</sup> L. Dubouis, "L'application du droit international coutumier par le juge français", in SFDI, *L'application du droit international par le juge français*, Journée d'études 1970, Paris, A. Colin, 1972, p. 93.

<sup>133</sup> H. Ruiz Fabri, *Sur quelques aspects de la coutume en droit international contemporain*, Thèse dactylographiée, Bordeaux I, 1989, p. 577.

<sup>134</sup> A. Randelzhofer, "The Legal Position of the Individual under Present International Law", *op.cit.*, p. 235.

<sup>135</sup> Il n'est pas utile ici de développer ces réflexions pour les étendre aux autres règles internationales. On peut néanmoins souligner que pour d'autres sources de droit telles que les actes unilatéraux des organisations internationales, on dira souvent qu'elles ne possèdent pas, selon l'expression chère à P. Weil, un "degré de normativité" suffisant : la "soft law", par exemple, n'est pas assez établie, selon ses détracteurs, pour créer des situations juridiques subjectives. Elle ne peut être source que d'intérêts non juridiquement protégés.

Quelle que soit la qualité des normes internationales, quant à leur source, leur degré de normativité, leur degré de précision, elles sont toutes placées sur un pied d'égalité pour ce qui est de leur aptitude à conférer des droits subjectifs. Cela dépend, dans un premier temps, des options théoriques choisies par les auteurs. Cela dépend surtout, ensuite, de l'analyse pratique effectuée au cas par cas sur les liens entre ces normes et le sujet considéré.

Indépendamment du contenu de sa personnalité, et indépendamment de la nature des normes internationales le concernant, est théoriquement sujet de droit international celui qui est visé directement par ces normes. Les partisans de cette position ont donc exclu toute autre condition supplémentaire. Cela conduit à refuser un critère pourtant très souvent utilisé lors des analyses relatives à la personnalité juridique : celui de la capacité.

## ***II. L'exclusion de la capacité juridique comme condition supplémentaire de la personnalité juridique***

Les termes personnalité juridique et capacité juridique sont si souvent accolés, étudiés dans les mêmes développements, qu'on les pense indissociables<sup>136</sup>. Pourtant, cela n'est pas toujours le cas : lors des études théoriques relatives à la définition même de la personnalité juridique, certains précisent qu'ils en excluent la capacité (A). Ici encore, des auteurs de toutes tendances adoptent des positions théoriques similaires. Toutefois, on ne peut affirmer qu'ils représentent la majorité doctrinale, loin s'en faut. Ce rapport d'exclusion entre personnalité et capacité semble d'ailleurs pouvoir être contesté (B).

### **A. La dissociation entre personnalité et capacité<sup>137</sup>**

Le Dictionnaire Salmon définit l'expression "capacité juridique internationale"

<sup>136</sup> Les différents aspects de la notion de capacité et ses diverses implications font l'objet du chapitre 2.

<sup>137</sup> Cette dissociation est envisagée ici du point de vue habituel en doctrine, qui consiste à affirmer l'existence de sujets incapables. Un complément, sinon un renouveau, de la théorie des sujets de droit pourrait, dans cette optique, être envisagé. Ainsi, R. Kolb n'hésite pas à re-questionner les raisonnements traditionnels, voire à en inverser les termes. Dans un article publié en 2002, il se pose la question, non plus des sujets sans capacité, mais des capables sans personnalité. Des entités dotées de certaines compétences internationales pourraient donc se voir refuser la personnalité internationale. "*Peut-il y avoir des compétences juridiques internationales sans personnalité correspondante? Ou faut-il maintenir ferme l'identité entre la compétence internationale et la personnalité juridique internationale?*". R. Kolb répond que deux possibilités existent, selon que l'on souhaite accueillir ou rejeter la "théorie élitaine" du sujet, caractérisée "*par la généralité et la densité de ses compétences*". Lui-même ne prend pas parti, concluant qu'"*il serait bon d'indiquer plus souvent qu'on ne le fait à quelle notion de subjectivité on s'inspire*" : R. Kolb, "Nouvelle observation sur la détermination de la personnalité juridique internationale", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 87, pp. 223-241. C'est une réflexion qui nécessiterait certainement une étude approfondie du cas, par exemple, des sociétés transnationales ou de certains organes internationaux, ce qui n'est pas l'objet de cette thèse. Quoi qu'il en soit, elle ne peut que contribuer au développement des positions dissociant personnalité et capacité.

comme un “ensemble de pouvoirs” reconnus aux sujets, et qui leur “permet d'exercer une activité juridique sur le plan international”<sup>138</sup>. Il est donc question ici de pouvoir, et non plus de droits. En ce, on peut utiliser l'expression courante de "capacité d'agir", à condition d'explicitier ici ce qu'on entend précisément par ce terme. En effet, il est fréquemment utilisé dans le seul sens de "capacité de réclamer", ou de "faire valoir" ses droits, en bref, d'ester en justice. Or, la capacité d'agir, au sens littéral du terme, peut impliquer plusieurs types d'actions juridiques, et non la seule action processuelle. Le terme sera donc pris ici au sens le plus large du verbe agir.

Caractéristique des sujets de droit international, “*la capacité internationale...les met en mesure de participer eux-mêmes à l'activité juridique internationale. En d'autres termes elle consiste en des "pouvoirs", destinés à leur permettre d'agir à leur tour sur l'ordre juridique international, soit en se créant par leurs engagements de nouveaux droits et obligations (pouvoirs substantiels), soit en poursuivant, par leurs "actions légales" la réalisation effective des droits dont ils sont titulaires (pouvoirs processuels)*”<sup>139</sup>. La distinction entre capacité substantielle (ou normative) et capacité processuelle sera reprise ici, afin de démontrer de quelle manière elles sont toutes deux exclues de la définition de la personnalité juridique. Toutefois, alors que l'exclusion de la capacité processuelle est très claire (1), celle de la capacité normative est parfois beaucoup plus ambiguë, comme on pourra le constater à travers l'étude de la position d'Anzilotti (2).

### **1. Une exclusion claire de la capacité processuelle**

La doctrine classique dualiste est, dans l'ensemble, assez claire quant à son choix d'exclure la capacité d'agir de la définition de la personnalité. Elle est notamment représentée par Quadri : à propos de la capacité d'agir, il expose que “*en général, on préfère voir dans cette notion une notion autonome par rapport à celle de ..."personne", car la personnalité de droit n'implique pas nécessairement la capacité d'agir*”<sup>140</sup>. Pour cette partie de la doctrine, on est donc sujet si (et seulement si) on est apte à détenir des droits et obligations. Peu importe qu'on ait la faculté de les faire valoir : la preuve en est l'existence reconnue, au moins en droit interne, de sujets incapables.

Quel est alors le rapport théorique avec la capacité du sujet ? Certains éléments de réponse peuvent être décelés à travers la position contemporaine de J. Combacau, qui est, sur ce point, assez claire. Pour lui, également, “*la personnalité ne doit pas être confondue avec la capacité d'agir, qui n'en est qu'un accident, variable dans son existence comme dans son étendue*”. Il précise donc, pour l'individu, que “*la question de la capacité relève bien du*

<sup>138</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 147-148.

<sup>139</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 312.

<sup>140</sup> R. Quadri, “Cours général de droit international public”, *op.cit.*, p. 374.

*statut international des sujets internes, mais elle est étrangère au problème de leur personnalité*<sup>141</sup>. Par conséquent, il accepte à son tour l'existence de sujets incapables : évoquant les différents aspects de la capacité, il affirme que *“une inaptitude à mener ces diverses opérations juridiques est compatible avec la personnalité”*<sup>142</sup>. Comme on a pu le constater plus haut, il considère la personnalité comme une aptitude virtuelle, alors que la capacité est une réalité quantifiable. Partant de ce premier élément de dissociation, il conçoit la capacité comme un attribut découlant de la personnalité, comme une conséquence de celle-ci : un être est capable parce qu'il est sujet, et non l'inverse, puisqu'il peut être sujet sans être capable.

Partisan de l'école moniste, Lauterpacht peut être cité ici. En effet, il estime que *“la faculté de faire valoir des droits ne correspond pas à la qualité de sujet du droit ou de bénéficiaire de ses dispositions. Une personne peut jouir de la plénitude de ses droits sans être également à même de les faire valoir en son nom propre. C'est une question de capacité en matière de procédure”*<sup>143</sup>. Certains internationalistes contemporains adoptent une position équivalente, à une nuance près : J. Combacau traite de façon identique capacités processuelle et normative, les excluant toutes deux de la définition de la personnalité ; en revanche, d'autres utilisent la notion de capacité d'agir sous le seul aspect processuel. Ainsi, l'auteur allemand Randelzhofer, comme on l'a déjà vu, précise dans sa définition du sujet qu'il n'est pas nécessaire d'y inclure la capacité d'exercer soi-même ses droits. De même, A. Pellet affirme que *“ester en justice et avoir la personnalité juridique sont deux choses différentes. La capacité d'ester en justice n'est pas un indice de la personnalité juridique, ce n'en est pas le critère”*<sup>144</sup>.

Dans le rapport quasi chrono-logique entre les deux concepts principaux, la capacité est donc conséquence, et non cause. Cela appelle une autre remarque, quant à la fonction de la notion : la capacité de faire valoir ses droits est également un moyen de prouver la possession effective de ceux-ci. Ainsi, en son temps, Ténékides avait déjà adopté de telles positions, affirmant à la fois la capacité comme conséquence et comme élément de preuve de la personnalité : *“remarquons toutefois que l'action en justice, si elle révèle l'existence d'un droit, doit en être nettement distinguée et que si elle prouve de façon péremptoire la*

<sup>141</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 308. La même position est soutenue par un auteur suédois : *“The writer is of the opinion that the locus standi must be understood as a consequence of subjectivity rather than as a necessary requirement thereof”* : G. Fourlanos, “Subjectivity in international law and the position of the individual”, in *Nordic Journal of International Law*, 1984, vol. 53, p. 21. Toutefois, les conclusions de l'auteur diffèrent de celles de J. Combacau quant à l'existence d'une personnalité juridique propre à l'individu.

<sup>142</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 308.

<sup>143</sup> H. Lauterpacht, “Règles générales du droit de la paix”, *RCADI* 1937-4, vol.62, p. 217.

<sup>144</sup> A. Pellet, “Débats – Les collectivités territoriales non-étatiques sujets du droit international ?”, in *SFDI, Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international, op.cit.*, p. 205.

*personnalité juridique, il ne faut pas perdre de vue qu'elle constitue une simple superstructure de la matière juridique en voie de formation*"<sup>145</sup>.

Si certains dissocient les notions de personnalité et de capacité de façon expresse, d'autres parviennent au même résultat de façon implicite. On peut ainsi évoquer les auteurs qui excluent "par omission" la notion de capacité d'agir. L'exclusion d'un second critère de la personnalité juridique est alors plutôt involontaire, mais réelle. Anzilotti, par exemple, a nettement précisé sa définition de la personnalité juridique : il n'y fait nullement état de la notion de capacité. Ainsi, *a contrario*, cela peut laisser supposer qu'il l'exclut implicitement de sa définition de la personnalité, qu'il a par ailleurs clairement établie sur l'unique critère du destinataire.

L'une des explications possibles de cette position, qui dissocie personnalité et capacité processuelle, réside dans l'analogie que font ces auteurs avec le droit interne. En effet, la définition de la personnalité et son rapport à la capacité sont historiquement intervenus d'abord en droit civil. Cela a permis d'expliquer le fait qu'on naît sujet de droit, sans pour autant avoir de capacité, de jouissance ou d'exercice, selon la distinction usuelle du droit civil<sup>146</sup>. G. Cornu résume la question, en partant du principe que "*la personnalité juridique n'offre qu'une virtualité. Potentielle, elle existe, en chaque individu, à l'état de vocation*"<sup>147</sup>. Nul ne peut renoncer à sa personnalité, qui est inhérente à tout être humain. Mais si, pour lui, il est "*évident que la capacité juridique et la personnalité juridique entrent partiellement en coïncidence*", "*les deux notions ne se superposent cependant pas*"<sup>148</sup>. La capacité, qui se divise en jouissance et exercice, prouve l'existence de la personnalité : si l'on est capable, c'est forcément qu'on détient la personnalité juridique. "*Mais la réciproque n'est pas vraie. Aptitude à devenir sujet de droit, la personnalité juridique est attribuée abstraction faite de la capacité d'exercice. La reconnaissance de la personnalité juridique*

<sup>145</sup> G. Tenekides, *L'individu dans l'ordre juridique international*, *op.cit.*, p. 83. La fin de cette citation, qui peut paraître obscure, est liée à sa conception de la formation du droit international : dans un premier temps, un stade normatif, suivi dans un second temps d'un stade constructif. Lorsqu'il met cette conception au service d'une analyse de la personnalité de l'individu, il aboutit aux conclusions suivantes : "*ainsi donc, l'individu peut avoir des rapports avec l'ordre juridique international dans deux séries d'hypothèses. D'une part lorsqu'une norme internationale lui est directement applicable (indépendamment de la juridiction qui en fait application : elle peut être interne) et ceci marque le premier stade de l'évolution, lorsque le droit international se trouve encore au stade normatif. D'autre part – c'est la dernière étape : le droit des gens en arrive à la phase constructive – la norme internationale destinée à l'individu est appliquée par une juridiction internationale. Les attributs de la personnalité sont alors au complet*" : *ibid.*, p. 67.

<sup>146</sup> Le Dictionnaire de droit international public définit ainsi les deux types de capacité : "*la distinction du droit interne entre capacité de jouissance, c'est-à-dire aptitude à devenir titulaire d'un droit, et capacité d'exercice, c'est-à-dire aptitude à exercer soi-même un droit dont on a la jouissance, sans l'assistance ou la représentation par un tiers, est quelquefois appliquée en droit international*" : *Dictionnaire*, *op.cit.*, p. 148.

<sup>147</sup> G. Cornu, *Droit civil, introduction : les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, Précis Domat 10<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 204.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 205.

*laisse entière la question de savoir si le sujet de droit est ou non capable d'exercer lui-même ses droits. Les incapacités d'exercice n'entament pas la personnalité juridique de ceux qu'elles couvrent*"<sup>149</sup>.

Cette articulation entre personnalité et capacité processuelle est aussi valable pour la capacité normative. En effet, si la doctrine exclut la capacité de faire valoir ses droits et d'assumer ses obligations, *a fortiori* exclut-elle la capacité de participer à l'élaboration des normes internationales.

## **2. Une exclusion ambiguë de la capacité normative**

Elle n'est pas un critère entrant dans la définition de la personnalité juridique internationale, pour le courant de pensée examiné ici ; les auteurs distinguent donc en général le sujet de droit du créateur de droit. En général, et en apparence seulement, car l'ambiguïté d'Anzilotti doit être soulignée.

### a. Distinction entre sujet de droit et créateur de droit

La majorité des auteurs représentés dans cette première approche du sujet distingue assez clairement sujet de droit et auteur, ou créateur de droit. Verdross, bien qu'il n'ait pas réellement approfondi la question de la définition du sujet, distingue les "*membres de la communauté internationale*" qui "*ne sont subordonnés qu'aux règles à la création desquelles ils ont pris part*", et les "*simples sujets*", personnes "*aussi soumises directement à de telles normes, mais sans avoir le droit de participer à leur formation*"<sup>150</sup>. Ainsi la possession de la qualité de sujet n'implique pas la capacité de créer du droit. Bien qu'appartenant à l'école opposée, et contestant la distinction de Verdross, Siotto-Pintor peut également être évoqué ici<sup>151</sup>. En effet, sa distinction entre le sujet, destinataire de quelques normes, et la personne, "*jouissant de toutes les facultés*", peut impliquer que la personne a la faculté de créer du droit, faculté que n'aurait pas le simple sujet. Strupp, en 1934, adopte une démarche qui se rapproche de celle-ci ; en effet, il distingue le sujet de droit du "*sujet-créateur de droit*" : cela implique que le sujet est bien le "*simple*" destinataire de normes. Conformément à ses positions dualistes et volontaristes, il en conclut que "*seuls les Etats (et le Saint-siège) peuvent être qualifiés de sujets-créateurs originaires ou de premier ordre de droit des gens*"<sup>152</sup>. Toutefois, on peut se demander quelles sont les entités qu'il classe dans la catégorie des simples sujets de droit

<sup>149</sup> G. Cornu, *Droit civil, introduction : les personnes, les biens, op.cit.*, p. 205.

<sup>150</sup> A. Verdross, "Règles générales du droit de la paix", *RCADI*, 1929-5, vol. 30, p. 347.

<sup>151</sup> Ce n'est pas tant la distinction théorique de Verdross que critique Siotto-Pintor, que l'application qu'en fait le moniste ; en effet, Verdross reconnaît l'existence de "membres" autres que les Etats. Face à cela, Siotto-Pintor réagit : "*je crois – et mon opinion n'est certes pas isolée – que cela est inadmissible. Si on peut parler d'un droit à participer à la formation de règles générales du droit des gens, ce droit ne peut évidemment avoir d'autre source que la coutume... Or, la coutume ne connaît, bien sûr, pas d'autre entité que l'Etat ayant cette qualité de législateur*" : Siotto-Pintor, "Les sujets du droit international autres que les Etats", *op.cit.*, p. 277.

<sup>152</sup> K. Strupp, "Règles générales du droit de la paix", *op.cit.*, p. 420.

international ; il ne répond lui-même pas expressément à cette question, se contentant d'affirmer que seul l'Etat est destinataire de normes internationales. Tenekides, quant à lui, est plus explicite dans son choix d'exclure la capacité normative de la définition de la personnalité juridique. Pour lui, "*on distingue généralement les membres et les sujets du droit international. a) les membres sont les personnes capables de créer d'un commun accord des règles de droit. Ce sont les législateurs de la communauté internationale. b) les sujets sont les destinataires des règles de droit. Ils sont soumis à la règle, sans avoir cependant le droit de participer à leur formation*"<sup>153</sup>. Il assimile ici, comme Verdross, le terme de législateur à celui de "membre" de la société internationale.

Ainsi, toutes tendances confondues, volontaristes ou non, monistes ou dualistes, ces auteurs distinguent bien la faculté de créer qui détermine le statut de "législateur" international, d'auteur, ou de membre de la société internationale, selon le terme choisi. Le droit est une autorité qui s'impose au sujet ; il est alors philosophiquement inconcevable que le sujet crée lui-même les normes qui vont régir son comportement. De même, il ne peut se sanctionner lui-même, sous peine d'être alors engagé dans une logique de schizophrénie. Cela semble cohérent, dès lors que leur conception de la personnalité juridique est calquée sur la notion de droit interne. Or, en droit interne, on peut être sujet, même capable, sans être législateur. Plus simplement, on peut rappeler l'existence du sujet incapable.

Il s'agit là d'une conception passive du sujet, être "assujetti", qui ne porte nullement atteinte au caractère interétatique du droit international. En effet, bien qu'il soit un droit créé par les Etats (directement ou indirectement, par le biais des organisations internationales), il peut néanmoins s'adresser à d'autres entités. Pourtant, chez certains auteurs volontaristes, cette conception du sujet laisse transparaître certaines ambiguïtés : le sujet d'Anzilotti, destinataire passif, est pourtant plus actif qu'il n'y paraît.

#### b. Ambiguïté de la position d'Anzilotti : la notion de participation

Une lecture superficielle d'Anzilotti conduit à considérer le sujet de droit international comme une entité passivement destinataire de normes internationales. Toutefois, le volontarisme de l'auteur italien le conduit à fausser la simplicité du terme "destinataire". Ainsi, lorsqu'il quitte le domaine théorique de la définition de la personnalité, pour passer à celui de l'application du concept à des situations concrètes, on réalise alors qui est réellement son sujet de droit : un être volontaire, qui crée lui-même les normes dont il se rend destinataire.

Dans un premier temps, il considère, en pratique, que les seuls destinataires du droit international sont les Etats. Dans un second temps, il procède par négation (les

<sup>153</sup> G. Tenekides, *L'individu dans l'ordre juridique international, op.cit.*, p. 25.

autres entités ne sont pas sujets) et en révèle alors la véritable raison, lors de l'étude de la situation des "populations nomades et sauvages". En effet, "*leur incapacité à comprendre et, par suite, à vouloir les normes qui constituent le droit international, est la raison pour laquelle elles ne participent pas aux accords et n'y adhèrent pas ; l'absence de participation exclut pour ces groupes la personnalité internationale*"<sup>154</sup>. La conclusion semble évidente : la compréhension, la volonté et la participation sont les "qualités" qu'Anzilotti exige du sujet. Il réaffirme un peu plus loin, toujours à propos des mêmes populations, que, "*ne participant pas aux actes constitutifs des normes internationales, elles ne peuvent être destinataires des normes qui dérivent de ces actes*"<sup>155</sup>. Ainsi, pour ce cas particulier, c'est la conception volontariste d'Anzilotti qui le mène à une telle conclusion. En revanche, lors de la vérification de la position internationale de l'individu, il se cache à nouveau derrière la théorie des systèmes et développe ses arguments en faveur du dualisme. Dès lors qu'il peut affirmer que l'individu n'est pas destinataire des normes internationales, nul besoin de développer des considérations quant à sa capacité.

Il y a donc là une assimilation, bien que non exprimée dans une définition théorique, entre sujet et créateur de droit. Chez certains de ses successeurs, l'implicite devient explicite : l'assimilation entre destinataire et créateur de droit est assumée dans la démarche théorique. Ainsi, Morelli, ayant dans un premier temps défini le sujet comme destinataire, achèvera son raisonnement : "*comme on l'a vu, ces règles [conventionnelles] ne peuvent s'adresser qu'aux entités entre lesquelles l'accord est passé. La conséquence en est que les destinataires des normes créées par les accords ne peuvent être que des entités ayant la capacité de participer à des accords internationaux, destinataires, pour cela, d'une règle coutumière, telle que la règle secondaire sur la production juridique*"<sup>156</sup>.

Toutefois, l'ambiguïté de la position d'Anzilotti ne se retrouve pas chez les autres volontaristes étudiés dans ce chapitre. *A fortiori*, elle est également absente chez les objectivistes, pour qui le droit ne naît pas de la volonté étatique. Cela ne remet donc pas en cause la définition généralement choisie par ces auteurs, axée sur l'unique critère du destinataire.

Cette ambiguïté peut néanmoins mener à un double constat : d'une part, entre le domaine de la définition et celui de l'analyse de situations concrètes, la cohérence est parfois perdue. Le choix commun d'une définition apparemment simple de la personnalité juridique va pourtant conduire ces auteurs à des conclusions fort diverses lorsqu'à l'aide de leur définition, ils vont analyser quelles sont les entités "méritant" la qualification de sujet de droit international. Ainsi, la position de l'individu comme éventuel destinataire de normes internationales est loin de faire l'unanimité.

<sup>154</sup> D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op.cit.*, p. 128.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>156</sup> G. Morelli, "Cours général de droit international public", *op.cit.*, p. 504.

D'autre part, la fausse simplicité du sujet-destinataire, qui doit finalement se révéler en tant qu'être volontaire, est lourde de conséquences sur la théorie : le rapport entre personnalité et capacité est loin d'être aussi évident que certains l'affirment, et la dissociation apparente peut être discutée.

## **B. Une dissociation contestable entre personnalité internationale et capacité internationale**

Si dans cette approche de la personnalité, la capacité est en principe dissociée de la personnalité, une certaine confusion règne cependant sur un point. Ainsi, la séparation théorique effectuée entre la possession d'un droit et son exercice peut être contestable. La distinction entre personnalité et capacité processuelle est-elle réellement nécessaire? (1). De façon plus générale, on peut estimer qu'un problème de méthode philosophique se pose, autour de la question des rapports chronologiques entre les deux notions de personnalité et de capacité (2).

### ***1. Une dissociation confuse entre personnalité et capacité processuelle***

#### **a. La difficulté de distinguer droit de réclamation et capacité de réclamation**

Dans un premier temps, on peut estimer que cette articulation entre personnalité juridique et capacité présente l'inconvénient de fonctionner par analogie avec le droit interne. Or, si en droit interne, il existe de façon avérée des sujets incapables, il n'en va pas forcément de même en droit international. De plus, en droit interne, le sujet titulaire de droits et obligations est nécessairement lié directement à l'ordre juridique interne, sans qu'aucune entité ne vienne s'interposer. Par conséquent le premier et unique critère de définition de la personnalité, celui du lien direct, peut suffire, car il est facilement vérifiable. En revanche, en droit international, la simple possibilité, pour un sujet interne, d'être titulaire de droits internationaux sera toujours contestée, soit pour cause d'inexistence de droits véritablement internationaux, soit pour cause d'insuffisance (quantitative) des droits. C'est pourquoi de nombreux internationalistes affirment qu'il faut posséder au moins une capacité pour être reconnu comme sujet.

Par ailleurs, si l'on approfondit la démarche analogique, la distinction effectuée entre personnalité et capacité de jouissance est bien obscure. En effet, qu'est-ce que la personnalité, sinon "l'aptitude à être titulaire de droits et obligations", définition qui ressemble étrangement à celle de la capacité de jouissance. Pourtant, G. Cornu les distingue, estimant que l'une n'est pas quantifiable, l'autre si, puisque capacité de jouissance se décline en jouissance de droits civils et/ou de droits politiques : "*la*

*capacité de jouissance est donc divisible. La personnalité juridique est nécessairement indivisible*<sup>157</sup>. Or, il reconnaît lui-même d'une part, que *"l'absence de personnalité juridique se définirait comme une incapacité générale de jouissance"*, puis que *"l'existence des incapacités spéciales de jouissance atteste en revanche que la personnalité juridique n'est pas absolument indivisible"*<sup>158</sup>.

La dissociation volontaire effectuée par les internationalistes entre personnalité et capacité ne peut donc porter que sur la capacité d'exercice. Mais là encore, la confusion se fait sentir, puisque certains auteurs en viennent implicitement à considérer la capacité d'exercice comme un droit subjectif de l'individu, entrant donc dans le premier critère de définition de la personnalité. En effet, le sujet détenteur de droits subjectifs possède notamment l'un d'eux : le "droit d'agir", de "réclamer". La stricte dissociation entre personnalité et capacité (celle-ci n'étant qu'une conséquence de la première) est donc loin d'être évidente, puisqu'on parle aussi bien de droit d'agir que de capacité d'agir (au sens processuel du terme). Cette confusion est perçue par C. Santulli. Ainsi, dans un premier temps, il constate que les droits subjectifs d'un sujet peuvent être de deux natures : au premier, le droit à réparation, peut s'ajouter un second, le droit à réclamation<sup>159</sup> ; synonyme de capacité de réclamation, ce dernier n'en est pas moins un droit subjectif, élément de la personnalité juridique. Par conséquent, C. Santulli constate que la capacité est une modalité de la personnalité et que *"si la capacité peut entrer dans une construction théorique cohérente, elle doit alors être regardée comme un droit subjectif (processuel ou non) de l'être capable, et elle n'est donc qu'une forme de la qualité de sujet"*<sup>160</sup>. Pourtant, quelques lignes plus loin, il constate également que la capacité est un mode de preuve de la personnalité, et dissocie à nouveau les deux notions : *"ce sera principalement la capacité de réclamer, active dans le premier cas (capacité d'élever la réclamation), passive dans le second (capacité d'être destinataire de la réclamation), qui permettra d'obtenir une vérification pratique de la personnalité..."*<sup>161</sup>.

Pour ajouter encore à la confusion, certains ne considèrent la capacité de réclamer, ni comme un droit subjectif, ni comme un élément de preuve de l'existence du droit, mais la font entrer dans une troisième catégorie : celle des "pouvoirs" : *"on peut distinguer entre droit subjectif et pouvoir juridique et remarquer que tant le droit d'action judiciaire que le droit de pétition ne constituent pas, à proprement parler, des droits subjectifs, mais précisément des pouvoirs juridiques"*. Et l'auteur d'ajouter aussitôt que *"cette question d'ordre*

<sup>157</sup> G. Cornu, *Droit civil, introduction : les personnes, les biens, op.cit.*, p. 200.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>159</sup> C. Santulli distingue, un peu à la façon de Hart, des normes de conduite (équivalent des normes primaires de Hart) et des normes habilitatives, comparables aux normes secondaires : les premières accordent des droits subjectifs matériels (droit de ne pas être exproprié, dans l'exemple choisi par C. Santulli), les secondes aménagent le droit de réclamer le respect du premier.

<sup>160</sup> C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique, op.cit.*, p. 323.

<sup>161</sup> *Ibid.*

*terminologique ne présente cependant qu'une importance relative*"...<sup>162</sup>. Relative, certes, elle n'est pourtant pas négligeable, puisque de la terminologie employée va dépendre l'entière construction d'une théorie de la personnalité juridique, en droit international.

Si droit de réclamation et capacité de réclamation sont synonymes, comment distinguer clairement le fait d'être titulaire de droits subjectifs, et celui d'être titulaire d'une capacité de les faire valoir ? Le droit de réclamation est-il un droit subjectif issu d'une norme primaire, en tant qu'elle régit un comportement ? Est-il au contraire issu d'une norme secondaire, en tant qu'elle aménage une procédure garantissant le premier ?

Finalement, comment distinguer l'aptitude juridique virtuelle (à la titularité de droits) du premier critère, et la capacité, deux termes dont tous les dictionnaires de langue française font de parfaits synonymes<sup>163</sup> ? Les dictionnaires juridiques, pour la plupart, ne participent pas à la clarification : ils mêlent et incluent l'une dans l'autre les notions de titularité et de capacité. Ainsi, le Dictionnaire de la culture juridique explique dans un premier temps que "*la capacité est l'aptitude à être titulaire d'un droit et à l'exercer*"<sup>164</sup>. On reconnaît ici le lien indissociable entre titularité d'un droit et capacité d'exercice. Or, à la ligne suivante, l'ouvrage précise immédiatement que "*la capacité n'est pas le "pouvoir d'agir": un enfant qui vient de naître n'a pas ce pouvoir ; pourtant, à certains égards, il est capable puisqu'il a presque pleinement la capacité de jouissance*" : aussitôt, la capacité d'exercice disparaît de la définition même de la capacité, pour être remplacée par la jouissance. En fin de compte, cette définition de la capacité ressemble, une fois encore, à celle de la personnalité, conçue comme titularité (ou jouissance) de droits. Le Dictionnaire Basdevant est encore plus révélateur de ces ambiguïtés, puisque dans une même phrase, il donne deux définitions au terme de capacité, la première étant identique à celle de personnalité juridique : la capacité est un "*terme emprunté à la technique du droit privé des personnes et qui, transposée en droit international public, sert à désigner soit l'aptitude (...) à être titulaire de certains droits et devoirs internationaux, soit le pouvoir juridique d'accomplir certains actes relevant du droit international*"<sup>165</sup>. La définition présente l'intérêt d'évoquer les deux types de capacité, mais illustre également la difficulté de distinguer les notions de personnalité et de capacité.

<sup>162</sup> G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *op.cit.*, p. 791.

<sup>163</sup> On pourrait, à la rigueur, tenter de les distinguer à l'aide de la notion de volonté : si l'on est capable, c'est qu'on l'a voulu. Le terme "aptitude" comporte un aspect plus passif : une aptitude serait quelque chose d'inné, que l'on reçoit ; une capacité serait quelque chose que l'on acquiert, par sa volonté. Mais le petit Larousse, par exemple, définit l'aptitude comme une "*disposition naturelle ou acquise*" et synonyme de "*capacité, habilitation*" ; au terme "capacité", il attribue le sens de "*aptitude à faire, à comprendre quelque chose ; compétence ; aptitude légale*". Les deux termes renvoient ainsi l'un à l'autre.

<sup>164</sup> D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 160.

<sup>165</sup> *Dictionnaire de terminologie du droit international, op.cit.*, p.100.

Cette difficulté de compréhension des rapports logiques entre personnalité et capacité aurait pu être éclaircie en 1949, lorsque la CIJ eut à réfléchir à la question. L'occasion était presque unique de donner une définition satisfaisante de la personnalité juridique internationale <sup>166</sup>. Toutefois, la résolution de l'affaire Bernadotte, si elle a permis d'affirmer de façon éclatante la personnalité juridique internationale de l'ONU, n'a pas conduit à une théorie claire (et générale) en la matière. L'ambiguïté de la rédaction de l'avis relatif aux "Réparation des dommages subis au service des Nations unies" est telle, qu'elle fut à l'origine d'interprétations bien trop diverses.

#### b. Les problèmes d'interprétation de l'avis de la CIJ du 11 avril 1949

L'avis de la CIJ devait répondre à la question de savoir si l'ONU était dotée de la personnalité internationale, de façon à reconnaître (ou pas) le droit à réparation et à réclamation de l'organisation. La question de sa "capacité d'agir", au sens processuel du terme, a donc fort logiquement été soulevée. La CIJ, on le sait, a répondu de manière positive : elle a reconnu la capacité de réclamer de l'organisation ; Toutefois, elle n'a pas clairement opté pour un rapport d'inclusion ou d'exclusion entre personnalité et capacité. Laquelle précède l'autre ? L'organisation était-elle reconnue sujet parce que capable, ou reconnue capable parce que sujet ? *"En conséquence, la Cour arrive à la conclusion que l'organisation est une personne internationale. ... Cela signifie que l'organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale"* <sup>167</sup>. Comment interpréter ce passage de l'avis ? Entre les deux notions, quel rapport, d'exclusion ou d'inclusion, la CIJ choisit-elle de privilégier ? L'emploi du terme "ET" permet toutes les interprétations. Certains auteurs en déduiront que la CIJ a volontairement considéré la capacité comme une conséquence (un attribut) de la personnalité ; d'autres estimeront qu'elle inclut la capacité dans la définition de la personnalité. Les premiers peuvent

<sup>166</sup> Un arrêt de la CPJI de 1933 est parfois évoqué pour justifier l'exclusion de la capacité de la définition de la personnalité (Voir par exemple R. Higgins, "Conceptual Thinking About the Individual in International Law", *British Journal of International Studies*, 1978-4, p. 1-19). En effet, dans l'affaire de l'Appel contre une sentence du TAM hungaro-tchecoslovaque, (Université Peter Pazmany c/ Etat tchecoslovaque), la Cour affirme que *"d'autre part, il est à peine nécessaire de rappeler que la capacité d'être sujets de droits civils n'implique pas nécessairement celle de les exercer soi-même"* : CPJI, série A/B no.61, p. 231-232. Toutefois, l'affirmation est souvent citée hors de son contexte, qui est bien éloigné du droit international. Il s'agissait pour la Cour d'étudier la personnalité morale d'une université afin de savoir si elle était titulaire (au détriment de l'Etat) d'un droit de propriété. Le paragraphe précédent la citation précisait ainsi que *"lorsqu'on parle de la personnalité morale de l'Université, on envisage purement et simplement sa capacité sur le terrain du droit privé, c'est-à-dire sa capacité d'être propriétaire de biens meubles ou immeubles, de recevoir des legs ou donations, de passer des contrats etc."*. La notion de personnalité qui intervenait en l'occurrence était donc relative à une question non seulement de droit interne, mais en outre de droit privé. Il peut donc paraître inopportun d'en tirer des conclusions quant à la définition de la personnalité juridique internationale.

<sup>167</sup> CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, Recueil 1949, p. 179.

arguer du fait que l'avis a d'abord affirmé que l'organisation était sujet, avant d'en déduire sa capacité : le "et" est un terme de conséquence, de postériorité. Les seconds peuvent affirmer que la phrase en question s'interprète en deux temps : dans un premier temps, la reconnaissance de la qualité de sujet de droit (l'organisation est un sujet de droit international) ; dans un second temps, la définition des deux critères lui permettant de reconnaître à l'entité le statut de sujet. C'est alors à un "et" de cause, d'antériorité, qu'on a affaire : la titularité des droits et devoirs ET (ainsi que) la capacité de réclamer sont les deux conditions d'obtention de la personnalité. L'ONU est un sujet de droit international parce qu'elle remplit ces deux critères.

Le paradoxe de ce rapport entre personnalité et capacité a déjà été souligné : *“la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations était étroitement liée à la nature et à la portée de leurs compétences : c'est l'existence de compétences propres des organisations qui oblige à prendre acte de leur personnalité internationale, mais inversement c'est de cette personnalité qu'est déduite l'étendue de leurs compétences”*<sup>168</sup>. Les auteurs cités ici ne prennent pas parti, soulignant simplement le caractère circulaire du rapport visé. De même, on peut évoquer (sans qu'il soit utile ici d'approfondir) les auteurs qui, sans opter pour une définition ou pour une autre, font état de leur perplexité face à la question de l'articulation entre personnalité et capacité. Ainsi, H. Ascensio refuse de trancher, reconnaissant que : *“tout dépend de la définition que l'on donne au terme sujet, si l'on souhaite que la possibilité de faire valoir les droits en constitue une caractéristique essentielle ou pas. Il semble que la CIJ ait, dans son avis de 1949, distingué la personnalité juridique et la capacité d'agir sans que l'on puisse véritablement en tirer de conclusions puisque aussi bien la qualité de sujet est accordée à l'ONU pour qu'elle puisse faire valoir ses droits. Par conséquent, l'incertitude fondamentale quant à l'acception du terme "sujet de droit" reste présente et l'usage qui en est fait dépend de l'approche plutôt réaliste ou plutôt idéaliste de l'auteur”*<sup>169</sup>.

La lecture de l'avis ne permet donc pas véritablement de conclure sur ce point fort théorique. L'avis, s'il n'accroît pas la difficulté, ne la clarifie certainement pas. Toutefois, la CIJ pouvait-elle réellement résoudre la question sans se lancer dans d'interminables débats, non plus totalement juridiques, mais d'ordre philosophique ? En effet, on peut souligner que la relation entre personnalité et capacité dépend aussi d'une question de méthode, inductive ou déductive. La capacité, présentée dans ce chapitre comme un accident ou une conséquence de la personnalité, est aussi présentée

<sup>168</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 577.

<sup>169</sup> H. Ascensio, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, Thèse Paris X, p. 57.

par d'autres comme l'une de ses causes, de ses conditions d'existence<sup>170</sup>. Faut-il nécessairement trancher entre les deux voies ?

## ***2. Un problème de méthode philosophique : les rapports logiques d'antériorité-postériorité***

On se trouve donc face à une problématique fréquente, en philosophie comme en droit, qui tente d'établir un rapport logique entre deux concepts : est-on capable parce que sujet, ou est-on sujet parce que capable ? Les auteurs étudiés ici ont opté pour la première hypothèse. Toutefois, il n'est pas certain qu'ils aient raison : leur position paraît en effet s'expliquer par un choix méthodique relativement dogmatique, car purement apriorique.

Deux auteurs ont eu récemment l'occasion de présenter des réflexions similaires, autour de la relation entre deux notions fondamentales. Le premier, R. Kolb, en 1997, tente de cerner la relation entre normes et sujet : lequel crée l'autre ? Il constate que pour un positiviste tel que Quadri, "*ce ne sont pas les normes qui font le sujet, c'est le sujet qui crée les normes*". A l'opposé, pour J. Barberis, "*la subjectivité devient une donnée d'expérience : les normes font le sujet*"<sup>171</sup>. Or, l'antagonisme entre ces positions s'explique par le choix d'une méthode, déductive pour le premier, inductive pour le second. La différence entre induction et déduction peut parfois paraître confuse, en ce que les verbes induire et déduire sont tous deux synonymes de "conclure". Toutefois, ce qui importe ici est le point de départ choisi par le théoricien. La déduction consiste à partir d'une hypothèse, de postulats, qu'on cherche ensuite à confirmer à l'aide de l'expérience. Au contraire, l'induction consiste à remonter des faits vers une proposition plus générale. Par conséquent, dans le premier cas, il s'agit d'une démarche apriorique : le sujet existe avant la norme. Il en va de même pour l'articulation entre personnalité et capacité : on est destinataire de normes, titulaire de droits, avant d'être capable d'agir. Dans le second cas, il s'agit d'une démarche empirique : les faits montrent que des normes s'adressent à des entités, les constituant ainsi en sujets de droit(s). De même, les faits montrent qu'une entité possède des capacités légales ; c'est DONC qu'elle est sujet de droit. On fera alors de la personnalité une conséquence de la capacité, et non plus l'inverse.

Face à ce cercle vicieux qui semble ne dépendre que d'un choix méthodologique, R. Kolb s'interroge : "*a-t-on le choix seulement entre une réalité inexplicable*

<sup>170</sup> Voir *infra*, chapitres 2 et 3. Les auteurs y présentent la capacité d'agir (au sens large, processuelle et normative, puis sous l'unique aspect processuel) comme une condition déterminant l'acquisition de la personnalité.

<sup>171</sup> R. Kolb, "Une observation sur la détermination de la subjectivité internationale", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1997, No. 52, p. 115.

*et une explication irréaliste ?*"<sup>172</sup>. La solution qu'il propose paraît convaincante, en ce qu'elle prend en considération la "dualité intrinsèque" de la subjectivité : *"pour échapper au dilemme de l'antériorité ou de la postériorité d'un élément par rapport à l'autre, il faut recourir à l'idée de simultanéité. Les éléments en question s'expliquent et existent en même temps l'un par l'autre"*<sup>173</sup>. Bien qu'il s'agisse alors toujours d'une relation circulaire et, partant, tautologique, elle semble pouvoir résoudre bien des controverses.

Ainsi, pour ce qui est de la relation entre ordre juridique et sujets, R. Kolb résume ainsi la situation : *"la subjectivité internationale n'est donc pas univoque. Elle ne peut ni s'induire uniquement à partir de la somme des normes juridiques données, ni les précéder comme une idée exclusivement apriorique. Si l'on veut échapper à un cercle vicieux, il faut admettre qu'il y a des sujets originairement consubstantiels avec la structure d'un ordre donné ; si l'on veut échapper à une dogmatisation stérile et contraire aux réalités il faut y ajouter les sujets dérivés issus d'une volonté créatrice ou d'un fait social"*<sup>174</sup>. La réflexion mène ainsi à considérer que l'Etat, sujet originaire du droit international, est apparu simultanément avec l'ordre juridique international. Il en est à l'origine ; mais l'Etat, personne internationale, est aussi une conséquence de son existence. L'Etat est donc à la fois le créateur et le premier sujet de cet ordre juridique. Toutefois, il faut bien reconnaître que l'ordre juridique international est antérieur à l'apparition d'organisations internationales, sous la forme qu'on leur connaît au XX<sup>ème</sup> siècle, et non sous la forme plus ancienne des unions d'Etat (dont la nature juridique a prêté à de nombreuses controverses au début du siècle). L'organisation peut ainsi être considérée comme un sujet "dérivé" de la "volonté créatrice" des Etats.

Pour ce qui est de la relation entre les concepts de personnalité et de capacité, la réflexion mène à considérer qu'un être ne peut être capable s'il n'a pas auparavant été érigé en sujet de droit. Mais, dans le même temps, on le reconnaît comme sujet parce qu'on observe, dans les faits, qu'il est doté de certains attributs inhérents à sa personnalité. La capacité peut donc, suivant les cas, être aussi bien considérée comme une cause (condition) de reconnaissance de la personnalité, que comme une conséquence de celle-ci. Comme l'affirme R. Kolb, *"ce n'est pas par un rapport antérieur/postérieur que la science s'explique la compréhension humaine. C'est dans la simultanéité d'un regard assimilant une dualité essentiellement indivisible, qu'elle en voit le principe. Il ne faut donc pas diviser, mais joindre les pôles. Car il est bien vrai que sans pensée apriorique (idée) l'expérience reste aveugle et que sans expérience l'idée reste inerte. C'est de leur synthèse que naît la réalité"*<sup>175</sup>. De la synthèse de la pensée et de l'observation relatives aux sujets de droit, la réalité semble faire de la capacité une notion consubstantielle à celle de personnalité. C'est

<sup>172</sup> R. Kolb, "Une observation sur la détermination de la subjectivité internationale", *op.cit.*, p. 117.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 123.

pourquoi la dissociation entre les deux notions, effectuée par les auteurs tels que Combacau, peut paraître artificielle. Or, la définition d'un concept ne doit-elle pas tenter de correspondre du mieux possible à la réalité ? Le concept de personnalité juridique n'est-il pas vide de sens et inutile s'il n'est que virtualité ?

Sur la même problématique, un autre auteur s'est interrogé sur les rapports qu'entretiennent ordre juridique et norme juridique : C. Dominicé constate ainsi, de façon similaire, que *“un ordre juridique se définit par rapport aux normes qui le constituent, mais inversement une norme juridique est identifiée comme telle par son appartenance à un ordre juridique”*<sup>176</sup>. Le développement théorique n'est pas aussi important, mais la conclusion est la même : *“en bref, il existe entre ordre juridique et norme juridique un rapport étroit de coexistence. Il y a, à l'évidence, concomitance, car l'un n'apparaît pas sans l'autre. C'est, peut-on dire, comme l'histoire de l'œuf et de la poule : il est vain de se poser la question de l'antériorité”*<sup>177</sup>.

Ces problèmes de méthode aboutissent ainsi parfois à des paradoxes tel que celui qu'on peut déceler chez Lauterpacht, comme chez d'autres auteurs. En effet, on peut constater dans ses écrits un décalage entre son affirmation théorique d'une personnalité juridique internationale mono-critériale et sa volonté pratique de démontrer l'existence d'une personne internationale par d'autres critères que celui de la titularité. Ainsi, il expose que *“à l'analyse, le problème des sujets du droit international et de la situation de l'individu dans le domaine international se résout au moins en cinq questions distinctes :*

1. *D'abord, une question, à première vue de nature théorique : à qui le droit international impose-t-il des obligations? Aux êtres humains individuellement, ou à l'entité impersonnelle de l'Etat?*
2. *A celle-ci se rattache la question de l'application du droit international dans le domaine du droit interne. ...*
3. *En troisième lieu, jusqu'à quel point les individus possèdent-ils, dans le domaine international, des droits qui leur sont directement conférés par le droit international et comment peuvent-ils les faire valoir, en leur nom propre, devant les organismes internationaux, judiciaires, arbitraux ou autres?*
4. *A cet égard se pose la question des droits dits fondamentaux de l'individu en tant qu'ultime unité de la société internationale et de leur protection par une action internationale.*
5. *Il existe la question du rôle des individus au cours du processus de création du droit international”*<sup>178</sup>.

Lauterpacht semble poser là toutes les bonnes questions. On y reconnaît les différents critères de personnalité retenus par les trois grandes options doctrinales. Les deux premières questions qu'il pose sont ainsi relatives au critère du destinataire et du lien direct entre ordre international et sujet interne. Les deux questions suivantes sont

<sup>176</sup> C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *op.cit.*, p. 150.

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> H. Lauterpacht, “Règles générales du droit de la paix”, *op.cit.*, p. 208.

afférentes à la capacité processuelle internationale, tandis que la dernière traite de la capacité normative. Mais pourquoi les poser s'il considère qu'elles ne sont pas pertinentes pour une réponse en matière de personnalité internationale ? Faire ainsi appel aux indices de capacité ne signifie-t-il pas que le premier critère, non seulement est insuffisant, mais indémontrable par lui-même, sans recourir au second ?

Finalement, si l'on porte un regard général sur les rapports logiques entre les notions fondatrices d'un système juridique, on constate que les choix d'école sont encore déterminants, que les interprétations d'une réalité sont multiples. Toutefois, on peut estimer que les rapports entre ordre juridique et norme juridique, puis entre norme juridique et personne juridique, puis enfin entre personnalité juridique et capacité juridique, peuvent s'expliquer sans que l'on soit contraint d'effectuer un choix méthodologique dogmatique.

## Conclusion section I

On ne peut que constater, si on l'ignorait encore, que les choix théoriques sont toujours déterminants pour comprendre les phénomènes juridiques qui se produisent dans un système de droit.

La définition de la personnalité juridique (internationale) qui a été effectuée ici repose sur un seul critère de définition. A travers la conception du sujet comme destinataire de normes internationales, comme titulaire de droits et obligations internationaux, c'est finalement le critère du lien direct entre l'ordre juridique et son sujet qui importe.

Le choix d'une définition mono-critériale présente un inconvénient majeur : celui, justement, de n'offrir qu'un seul critère d'identification d'un sujet de droit. Tout repose donc sur une appréciation rigoureuse du caractère direct du lien entre ordre et sujet. Or, on a pu constater également que cet unique critère est fortement tributaire des "choix d'école" : choisi par de nombreux dualistes et quelques monistes, il fait appel à des notions théoriques fondamentales interprétées fort différemment selon les deux écoles. Approches matérielles et formelles du droit, du système de droit (par conséquent, de ses normes et sujets), apparaissent dans toute leur complexité. Le choix de termes aussi simples que ceux de "destinataire" ou "titulaire" impliquent en réalité des raisonnements sans fin.

L'utilisation du terme destinataire paraît trop abstraite, trop formelle : elle ne prend pas en compte l'aspect de "possession" qui semble inhérent à la personnalité juridique. Elle omet une certaine réalité du contact entre les normes internationales et les individus situés dans leur ordre étatique. En bref, elle prête le flanc à trop de critiques et d'incertitudes pour être totalement fiable.

L'utilisation du terme titulaire n'est pas forcément d'un usage plus facile. Titulaire de quoi ? Là aussi, les discussions peuvent se révéler interminables, quant aux rapports de systèmes et leurs conséquences sur l'identification des normes pouvant appartenir à deux ordres juridiques de façon simultanée.

Les conséquences de ces choix d'école portent sur la définition du sujet de droit, dans sa distinction (fort difficile) avec l'objet de droit. Elles existent également dans l'appréciation de la notion de droit subjectif. En revanche, quelle que soient les options théoriques choisies, la doctrine semble être, dans l'ensemble, unanime sur deux points : la personnalité juridique est une qualité virtuelle, qui ne dépend nullement de son contenu (c'est pourquoi il a été affirmé, en introduction, qu'il est nécessaire de distinguer statut et condition de sujet). Bien que ce soit par son contenu que l'on prouve l'existence de la personnalité, peu importe (en théorie) le nombre de situations

juridiques subjectives, et peu importe leur source, pourvu qu'elle soit internationale. Mais alors, l'appréciation de leur nature internationale, en raison de leur insertion dans un ordre interne, renvoie à nouveau aux rapports de système.

Ces nombreuses difficultés théoriques mènent à se demander si l'exclusion volontaire (et parfois ambiguë) d'un critère relatif à la capacité juridique était tout à fait pertinente. Qui niera, à l'heure actuelle, que d'un point de vue philosophique, ou même "intuitif", le sujet de droit doit être "capable"... de quelque chose ? Comme l'affirme S. Goyard-Fabre, "*cette ambiguïté sémantique du terme "sujet", que sa connotation entoure ou bien de passivité ou bien d'activité, entraîne d'inévitables répercussions dans l'acception juridique de son concept... Toutefois, de manière générale, le sujet de droit, dans nos ordres juridiques modernes, est... un sujet actif par essence*"<sup>179</sup>. Par ailleurs, une telle dissociation entre l'aptitude virtuelle à la possession de droits et d'obligations et la capacité réelle de les utiliser peut paraître dogmatique. Ne possède-t-on pas réellement un droit que si on peut l'utiliser ?

Ces choix, finalement, conduisent à des interprétations tout à fait différentes d'un même phénomène. L'individu est-il sujet de droit international ? La doctrine va porter des jugements opposés sur la situation de l'individu face au droit international, dépendants de ces prémisses théoriques. Les dualistes répondront par la négative, alors que les monistes, dans l'ensemble, tenteront une réponse positive. Pourtant, les uns et les autres étudient, à l'appui de leurs démonstrations, les mêmes règles. Il s'agit là de l'inconvénient le plus flagrant du choix d'une définition déterminée par avance : comment comprendre, et accepter, que la personnalité juridique éventuelle d'une entité ne dépende, en fin de compte, que de choix d'écoles en matière de rapports entre ordre international et ordres internes ?

---

<sup>179</sup> S. Goyard-Fabre, "Sujet de droit et objet de droit", *op.cit.*, pp. 12-13.

## Section II. Des applications doctrinales divergentes à l'individu

Parmi les auteurs considérés comme ayant utilisé une définition mono-critériale du sujet, on a pu constater qu'une majorité d'entre eux appartient à l'école dualiste. Anzilotti, Siotto Pintor, Strupp, Morelli, Quadri, en font partie. Dans la mesure toute relative de l'actualisation du clivage entre les deux écoles, on peut également citer J. Combacau et C. Santulli. D'autres, en revanche, sont inclassables et refusent eux-mêmes une quelconque appartenance radicale, comme Spiropoulos ou Tenekides. De l'école moniste, on a nommé Lauterpacht. Le monisme kelsénien, bien que mentionné dans cette partie, doit être considéré à part : la pensée de cet auteur permet d'expliquer certaines positions développées ici, plus qu'elle ne s'inscrit dans le choix délibéré de cette première définition. On a évoqué enfin des noms récents comme ceux de J. Barberis ou de A. Pellet, qui se situent dans une logique objectiviste.

Les inconvénients que présente cette "catégorisation" apparaissent lors de l'analyse de l'application que fait chacun à une situation concrète : la confrontation de la définition choisie à la position de l'individu (aux différentes époques sur lesquelles les regards sont portés) donne lieu à des conclusions diverses, voire opposées. L'individu est-il destinataire des normes internationales, est-il titulaire de droits et obligations internationaux ? Les réponses varient ; deux types de raisons peuvent expliquer ces divergences.

Dans un premier temps, ce sont les approches juridiques des rapports de système qui conduisent à des appréciations fondamentalement différentes de la situation de l'individu face à l'ordre juridique international. Mais ce ne sont pas les seules causes de divergences : dans un second temps, au-delà des choix théoriques, des convictions politiques et idéologiques interviennent également, quant à la place qu'il convient d'attribuer à l'Etat et à l'individu sur la scène internationale.

### *I. Causes juridiques : les rapports de système (dualisme v. monisme)*

A l'occasion des réflexions relatives à l'éventuelle personnalité juridique internationale de l'individu, il est souligné de façon quasi-systématique qu'elle dépend finalement, non pas de la situation matérielle de l'individu, mais des conceptions théoriques des rapports entre système international et systèmes internes.

Ch. Rousseau résumait que "*la conception volontariste mène au dualisme, alors que la conception objectiviste entraîne l'adhésion au monisme*"<sup>180</sup>. On pourrait, dans le même sens, affirmer que le dualisme conduit à nier la simple possibilité d'une personnalité

---

<sup>180</sup> Ch. Rousseau, "Principes de droit international public", *RCADI* 1958-1, vol. 93, p. 464. On a vu cependant l'affirmation peut aujourd'hui être considérée comme trop catégorique, en ce que l'on peut être objectiviste sans adhérer aux principes monistes.

individuelle, alors que le monisme aboutit à des conclusions parfois opposées, souvent plus nuancées. Ainsi, parmi les auteurs ayant ici la même définition de la personnalité juridique internationale, la plupart, dualistes, la refuseront à l'individu. Ceux de tendance moniste, beaucoup plus réservés, estiment que l'individu peut devenir sujet de droit international, tout en reconnaissant qu'à leur époque cela n'est pas nécessairement une réalité.

### A. Conséquences négatives du dualisme pour l'individu

Il ne s'agit pas ici d'expliquer tous les principes dualistes, mais de souligner les conséquences de certains d'entre eux pour l'individu. Deux éléments de la doctrine dualiste sont ici déterminants : celui de la médiation étatique et celui de la transformation des normes internationales en normes internes.

#### 1. La médiation étatique incontournable : l'impossibilité d'être destinataire

De façon schématique, on peut rappeler que pour les dualistes, ordre international et ordre interne sont deux systèmes juridiques séparés et étanches<sup>181</sup>. De cette idée fondamentale, ils déduisent que l'un et l'autre divergent par leurs sources, leur structure, leurs domaines matériels d'application, et, pour ce qui nous concerne directement, par leurs sujets. La stricte indépendance des deux types de système conduit à cantonner l'individu à la position de sujet interne, l'Etat étant seul sujet de droit international (ainsi que les organisations internationales depuis l'affirmation de la CIJ en 1949). Pour les dualistes classiques, avant 1945, les normes internationales ne s'adressent qu'aux Etats, les individus n'étant concernés que par les normes internes.

Par conséquent, dès lors qu'on cherche à établir le lien qui peut exister entre l'ordre juridique international et les sujets internes, on se heurte à "l'écran étatique". Le dualisme classique, poussé à l'extrême, niait tout rapport entre ordre international et ordre interne, considérant que les champs d'application des deux systèmes ne se rejoignaient pas. Avec l'extension historique et matérielle du droit international, on ne conteste plus que celui-ci puisse avoir des effets sur les sujets internes. Toutefois, il ne peut s'agir que d'effets indirects, ayant des conséquences sur la situation de fait des

---

<sup>181</sup> Dans la première moitié du siècle, on parlait de dualisme ou de "pluralisme". Walz, en 1934, explique que "le fait que la théorie dualiste mériterait plutôt le nom de "théorie pluraliste" ressort de la simple réflexion que la théorie dualiste, ... admet au fond, non pas deux ordres juridiques mais bien la variété des ordres juridiques nationaux d'une part, et le droit international de l'autre" : Walz, "Les rapports du droit international et du droit interne", RCADI 1937-3, vol. 61, p. 382. Le terme ne doit pas être confondu avec le pluralisme de Virally, à tendance moniste, qu'il justifie ainsi : "droit international et droits internes constituent donc des ordres formant deux catégories distinctes et autonomes dans leurs modes de création, mais non rigoureusement séparées. Au contraire, ils reconnaissent mutuellement leurs validités respectives et entretiennent entre eux des rapports multiples, dominés par le principe de la supériorité du droit international. Si on tient aux formules simplificatrices, on peut donc parler d'un pluralisme à primauté du droit international." M. Virally, "Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes", *Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 502.

individus, non sur leur situation de droit. Cette dernière n'est directement régie que par les normes internes.

La médiation étatique signifie alors deux choses : d'une part, l'impossibilité pour l'ordre international de s'adresser aux sujets internes ; d'autre part, dans le sens inverse, l'impossibilité pour le sujet interne de recevoir des droits et obligations internationaux. Ni destinataire direct, ni titulaire direct, l'individu n'est juridiquement atteint par le droit international que par le biais de l'action de son Etat. Considéré exclusivement comme sujet interne, il ne semble donc pouvoir disposer d'une autre personnalité juridique qui viendrait se superposer à la première.

C'est ainsi que l'ensemble des dualistes classiques évoqués considère que l'individu n'est pas, ou ne peut pas être, sujet de droit international<sup>182</sup>. Anzilotti refusait l'attitude de principe adoptée par ceux (notamment par Cavaglieri) niant la possibilité même d'une telle hypothèse, estimant qu'on "*dépassait les limites de l'investigation permise aux juristes*"<sup>183</sup>. Il s'attachait donc à démontrer concrètement quels étaient effectivement les sujets internationaux. Le résultat ne varie pourtant guère : "*l'individu tire ses droits, non pas de la norme internationale, mais de la norme interne*"<sup>184</sup>. Il réfutait également l'existence du droit de recours international individuel devant les tribunaux arbitraux mixtes (TAM), souvent invoqué à l'époque pour justifier la personnalité internationale de l'individu. Pour lui, ce ne sont que des organes communs à plusieurs Etats, qui demeurent des organes internes<sup>185</sup>. Refusant lui aussi (en apparence) toute démarche dogmatique, Strupp s'interroge : "*Que faut-il penser de la personnalité internationale de l'individu ? Il est conforme à notre manière de voir qu'il soit susceptible de la posséder. Mais nous devons déclarer que nous ne connaissons dans le droit des gens actuel aucun*

---

<sup>182</sup> Il faut, une fois encore, considérer à part l'italien G. Sperduti, pour qui le statut de l'individu est intermédiaire : ni objet, ni réellement sujet, il est "sujet matériel" du droit international. Il rejoint ici, et cela peut paraître paradoxal, G. Tenekides, que l'on classe pourtant dans les auteurs de tendance moniste (voir *infra* B). Ici encore, la classification rigide en deux écoles opposées connaît donc des limites.

<sup>183</sup> D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op.cit.*, p. 123.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>185</sup> Voir la réaction de R. Quadri sur ce point : bien qu'il réfute également que les TAM aient contribué à subjectiver l'individu, c'est l'argument de l'absence d'intérêt (individuel) juridiquement protégé qu'il utilise. Pour lui, "*on n'a pas besoin, donc, pour écarter la personnalité juridique internationale de l'individu, de qualifier les tribunaux arbitraux mixtes d'organes internes communs*". *Cette théorie n'est qu'un expédient pour se tirer des difficultés, même si elle a été acceptée par des auteurs éminents (Anzilotti, Cavaglieri etc)*". R. Quadri, "Cours général de droit international public", *op.cit.*, p. 405.

*cas où ce phénomène soit réalisé*<sup>186</sup>. Morelli, en revanche, est plus affirmatif que démonstratif : les normes internationales qui peuvent sembler s'adresser aux individus *“doivent être interprétées dans le sens qu'elles s'adressent exclusivement à des Etats et qu'elles ne créent, pour les individus qu'elles envisagent, ni obligations ni droits subjectifs ni pouvoirs juridiques”*<sup>187</sup>.

A l'opposé de ces démarches, Spiropoulos, qui nie également la personnalité juridique internationale de l'individu, n'étudie nullement la pratique : pour lui, tout est question de principes et de définitions. Il affirme en effet que *“des concepts juridiques...ne peuvent jamais provenir de l'expérience, mais uniquement d'une affirmation a priori”*<sup>188</sup>. Il ne cherche pas à appliquer ses définitions au droit positif. L'individu est-il sujet international ? Cela ne dépend que de la définition du droit international choisie par l'observateur : *“les individus ne deviennent pas sujets de droit des gens par le seul fait qu'on leur reconnaît des droits, mais ils ne le deviennent que par l'extension a priori du concept de droit des gens”*. Sa définition du droit international étant résolument limitée à celle d'un droit purement interétatique, créée par et pour les Etats, la conséquence en est logiquement que l'*“on ne saurait pratiquement concevoir que les individus dotés de ces droits puissent être sujets du droit des gens, les Etats étant seuls capables, de par notre définition, d'être sujets dudit droit”*<sup>189</sup>.

Le dualisme contemporain a bien évolué, avec le droit positif. Rares sont aujourd'hui les auteurs qui persistent à nier de façon catégorique toute "mesure" de personnalité internationale aux individus. Par conséquent, les conclusions d'auteurs comme J. Combacau ou C. Santulli sont beaucoup plus nuancées. Tout en ayant un raisonnement similaire quant à la consistance de l'écran étatique, ils aménagent la possibilité de le franchir. C'est pourquoi le propos est mesuré : *“On n'oubliera pas cependant le sens de la présomption établie par la Cour permanente en 1928, qui faisait de la médiation de l'Etat le principe et de l'immédiateté l'exception ; l'équilibre entre l'un et l'autre s'est certainement modifié depuis, mais seule une enquête rigoureuse – peut-être infaisable – permettrait de dire s'il s'est inversé”*<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> K. Strupp, “Règles générales du droit de la paix”, *op.cit.*, p. 465. On peut concéder à Strupp un volontarisme plus mesuré que celui de Triepel ou d'Anzilotti. Toutefois, sa position n'est guère différente : quand il affirme que l'individu est susceptible de posséder une personnalité internationale, ce n'est qu'une façade et l'on ne voit rien, dans ses positions, qui permette de justifier cette affirmation. En outre, même les volontaristes les plus classiques reconnaissaient l'hypothèse toute théorique de l'existence future d'autres personnes internationales dotées de droits et obligations. Strupp acceptait ainsi l'idée, tout en niant qu'elle soit réalisée à son époque, exception faite des organes créés par les Etats et dotés d'une compétence normative : ce sont alors des sujets-créateurs de droit. Il prenait l'exemple de la Commission des Réparations, créée par les traités mettant fin à la première guerre mondiale.

<sup>187</sup> G. Morelli, “Cours général de droit international public”, *op.cit.*, p. 509.

<sup>188</sup> J. Spiropoulos, “L'individu et le droit international”, *op.cit.*, p. 221.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>190</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op.cit.*, p. 316.

Toutefois, on peut réunir anciens et contemporains par leur analyse d'une manifestation précise de ce qu'est la médiation étatique : la transformation des normes internationales en normes internes.

## *2. Le principe de la transformation des normes : l'impossibilité d'être titulaire*

Tous reconnaissent que l'influence du droit international sur les droits internes s'accroît avec ses domaines d'application. De séparés, les systèmes juridiques sont aujourd'hui "coordonnés", "interdépendants". L'individu en devient-il davantage concerné directement ? Pas nécessairement. Les dualistes ne nient pas que les normes internationales aient un effet dans l'ordre interne. Mais elles n'ont pas d'effet obligatoire, ni de valeur juridique par elles-mêmes. C'est leur réception par des actes étatiques qui leur confère une telle valeur. Or, cette réception modifie non seulement la forme, mais également le contenu des normes. D'un point de vue tant formel que matériel, la norme internationale est devenue interne. Affirmée par Anzilotti, cette position est reprise aujourd'hui par J. Combacau et surtout par C. Santulli.

En effet, leurs interrogations peuvent être rapprochées, bien que plus de 70 ans les séparent. En 1929, Anzilotti se demande ainsi : *“s'agit-il d'une réception de normes internationales dans le droit interne ou s'agit-il de l'émanation tacite de normes internes correspondant à des normes internationales ?”*. On connaît sa réponse : *“toute réception est un acte d'établissement de norme”*<sup>191</sup>. Il est très clair quant à l'existence et aux conséquences de cette réception : *“on peut conclure que rien n'exclut la possibilité de la réception de normes internationales dans le droit interne, à condition qu'il soit bien entendu que la réception : a) change la valeur formelle de la norme ; celle-ci devient juridique... b) la réception change les destinataires de la norme... c) la réception change plus ou moins le contenu de la norme...”*<sup>192</sup>. Les normes internationales franchissant le seuil de la porte étatique deviennent désormais du droit interne. C'est pourquoi, dès cette époque, on parlait de *“droit interne d'origine internationale”*<sup>193</sup>. Cette transformation des normes, quel que soit le moyen technique utilisé, est un des arguments sur lesquels tous les auteurs dualistes s'accordent. Il est ainsi frappant de constater que 70 ans plus tard, les mêmes questions sont posées.

Ainsi, en 2001, J. Combacau s'interroge à son tour : *“ce qui se réalise en provenance du droit international aujourd'hui dans l'ordre juridique interne, est-ce bien du droit international ? A vrai dire, du point de vue pratique où je viens de me situer, qui est celui des témoins de l'application effective des règles d'origine internationale par les juges internes, c'est largement indifférent... Du point de vue théorique en revanche, la différence est considérable. L'hypothèse formulée aujourd'hui est que ce que nous voyons à l'œuvre dans l'ordre juridique interne ne serait pas du droit international substantiel*

<sup>191</sup> D. Anzilotti, *Cours de droit international, op.cit.*, p. 129.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>193</sup> L'expression est couramment utilisée : voir par exemple K. Strupp, *“Règles générales du droit de la paix”*, *op.cit.*, p. 412.

*mais quelque chose qui en a pris l'apparence, qui ne fait que l'y représenter*"<sup>194</sup>. Si la question est la même, la réponse est donc également similaire, et l'on remet au goût du jour l'expression de "droit interne d'origine internationale", surtout utilisée par C. Santulli.

Sa thèse démontre, de façon quasi-mathématique, les différences entre normes internationales et "normes internes d'origine internationale". Il considère d'abord que, quels que soient les moyens d'intégration du droit international en droit interne, qualifiés de monistes ou de dualistes, "*aucun de ces procédés ne permet au droit international de devenir une partie du droit étatique. Pas plus qu'une référence aux bonnes mœurs dans un texte de loi ne fait entrer la morale dans le droit ou que la référence au Coran ne fait entrer la religion dans l'ordre juridique interne, les clauses de réception de certaines constitutions comme la transposition ponctuelle d'une proposition légale internationale ne font pas du droit international une partie du droit interne*"<sup>195</sup> : il réaffirme à son tour que les deux types de normes (la règle internationale et son "sosie" interne) diffèrent et par la forme, le contenu et par le statut<sup>196</sup>.

Toutefois, si les conclusions de ces auteurs contemporains sont finalement assez classiques quant à la transformation des normes, leurs positions quant à la personnalité internationale individuelle sont plus complexes qu'auparavant. Ainsi, C. Santulli distingue désormais l'individu "véritable" sujet international, car considéré indépendamment de sa qualité de sujet interne, du "sujet international d'origine interne" qui reste soumis à la médiation étatique. Sa conclusion semble hésiter entre cynisme et réalisme : "*la reconnaissance de droits et obligations internationaux dans le patrimoine des individus semble être inutile car, soit les droits et obligations sont vraiment internationaux, mais alors l'individu ne peut pas en faire usage ; soit ils correspondent à des droits et obligations qu'il peut faire valoir dans l'ordre interne, mais c'est alors de droits internes qu'il se prévaut*"<sup>197</sup>. Finalement, J. Combacau et C. Santulli reconnaissent que l'individu peut être sujet international, tout en limitant cette possibilité à un cas exceptionnel : celui des droits de l'homme,

<sup>194</sup> J. Combacau, in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 89.

<sup>195</sup> C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op.cit.*, p. 89.

<sup>196</sup> *Ibid.* Son explication est la suivante : d'abord, le droit international n'est considéré que comme un fait par le droit interne : "*la clause d'adaptation du droit étatique au droit international est une proposition légale interne qui envisage une proposition légale internationale comme un "fait" auquel elle fait produire des effets de droit dans l'ordre juridique étatique consistant en la création dans ce dernier d'une proposition légale énoncée, du moins en apparence, par les mêmes mots que la proposition internationale – même si, en réalité, elle a un contenu différent*". Selon lui, cette adaptation "*se concilie parfaitement avec la construction dualiste même si, par une étrange convention linguistique, elle entraîne la qualification de système moniste pour l'ordre juridique qui l'utilise*" : cela signifie que, quel que soit le moyen d'insertion des normes internationales en droit interne, l'explication dualiste est la plus convaincante, pour C. Santulli. Il en vient donc à considérer que tout système ne peut être logiquement que dualiste. Enfin, les deux types de normes considérés diffèrent également par leur contenu (C. Santulli utilise ici des exemples pour étayer son affirmation, qui consistent à montrer, finalement, que les règles n'ont pas les mêmes destinataires) et par leur "rang", notamment parce que "*alors qu'une règle de droit interne ne peut pas contredire avec succès une règle internationale, elle peut écarter une règle étatique d'origine internationale...*" : voir ses développements sur la question in *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op.cit.*, pp. 88-98.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 321.

qu'ils considèrent comme une branche à part du droit international. Il s'agit, selon eux, du seul domaine où le droit international s'adresse à l'individu indépendamment de son appartenance étatique et de sa position de sujet interne<sup>198</sup>. La justification théorique avancée par C. Santulli réside dans l'éviction pure et simple du problème de l'intégration des normes internationales dans l'ordre interne : le seul critère pertinent pour la personnalité internationale doit être étudié en ne regardant que l'ordre juridique international. Une règle internationale doit conférer "*un droit subjectif international à l'individu indépendamment de l'éventuelle matérialisation de ce droit dans un ordre juridique étatique déterminé*"<sup>199</sup>. Plus loin, il précise que "*si une règle internationale individualise son sujet sans référence à une qualité interne, mais par d'autres caractéristiques définies par la règle internationale, alors on ne peut pas considérer qu'il s'agit de sujets internes même s'ils ressemblent beaucoup à des sujets internes*"<sup>200</sup>. Cela le conduit à distinguer l'individu "sujet international d'origine interne", de "l'Homme" des droits de l'homme, seul véritable sujet international. Le premier est soumis aux règles internationales telles qu'insérées dans l'ordre interne ; la situation du second, en revanche, est déterminée en amont de cette insertion, que celle-ci ait lieu ou non. Il ne devient pas sujet international parce que les normes internationales l'atteignent en traversant l'écran étatique, mais parce qu'elles le considèrent indépendamment de son statut interne.

Dans tout autre cas, l'individu, sujet interne, ne peut être en même temps sujet international. Telles sont les conclusions des représentants du dualisme moderne. En revanche, toutes autres sont les positions de l'école moniste.

### **B. L'écran étatique franchi par les monistes : l'individu sujet de droit international ?**

Le monisme développe une conception verticale des systèmes juridiques : ordre international et ordres internes sont un système unique, à l'intérieur duquel ils entretiennent un rapport de subordination<sup>201</sup>. Pour autant, l'existence d'un écran étatique n'est pas niée : les conséquences qui en découlent pour l'individu sont analysées différemment. Ainsi, la réponse à la question de savoir si l'individu est sujet de droit international reçoit généralement une réponse positive<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> Voir J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, pp. 380-388.

<sup>199</sup> C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique, op.cit.*, p. 102. C'est nous qui soulignons.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>201</sup> Le monisme à primauté du droit interne, défendu autrefois par l'allemand Zorn ou le français Decencière-Ferrandière, ne sera pas évoqué ici, compte tenu de son caractère marginal et dépassé.

<sup>202</sup> On peut remarquer que relativement peu de monistes se placent dans le cadre de cette première définition de la personnalité juridique internationale. On peut penser que la définition du sujet comme simple destinataire leur paraît insuffisante, manquant d'exigence. En effet, compte tenu des arguments monistes, toute entité peut facilement être destinataire de normes internationales, qu'il s'agisse d'une personne privée ou publique : cela ferait exploser la catégorie des sujets internationaux. Dès lors que ce premier critère va de soi, la plupart des monistes portent alors leurs regards et leurs exigences sur d'autres critères leur paraissant plus pertinents pour réellement conférer la personnalité internationale. C'est pourquoi la plupart d'entre eux seront étudiés aux chapitres suivants.

### 1. La négation de la transformation des normes

La médiation étatique, entre l'ordre international et l'individu sujet interne, demeure, puisqu'elle est une émanation de la souveraineté étatique. Seul Scelle, dont les positions seront étudiées au chapitre suivant, en arrivait à nier l'existence même de la souveraineté et de l'Etat. Même Kelsen, qu'on considère souvent comme un négateur de la souveraineté, était le premier à reconnaître que *“le droit international règle la conduite de ces individus de façon indirecte, par la médiation de l'ordre juridique étatique”*<sup>203</sup>. Toutefois, la distinction effectuée rigoureusement par les dualistes entre lien direct et lien indirect (liant ordre international et individu) est en général absente des conceptions monistes. L'écran est, en quelque sorte, "transparent". Sa présence n'a pas pour conséquence de rendre impossible toute personnalité juridique internationale pour l'individu, et le sujet indirect reste un sujet. Pour Kelsen, notamment, cette médiation étatique n'est qu'une *“particularité technique du droit international. C'est évidemment à cette particularité que se rapporte la théorie traditionnelle, mais elle l'interprète de façon erronée lorsqu'elle déclare que seuls les Etats, et non les individus, sont les sujets du droit international”*<sup>204</sup>. On retrouve ici une caractéristique des positions objectivistes, qui est de développer une approche plus matérielle que formelle du droit.

Il est donc commun aux monistes de nier la transformation des normes : l'insertion, la réception, des normes internationales, fait bien intervenir quelque action étatique. Mais là encore, ce n'est qu'une action formelle qui ne dénature pas la norme internationale, qui conserve son caractère de norme juridique, donc obligatoire. En cela, on peut classer Tenekides dans cette école puisqu'il réfute lui aussi l'argument, estimant que *“si on considère que ce droit a obtenu force obligatoire par sa "réception" dans le droit interne, et que cette transformation de norme internationale en norme interne, en effaçant toute trace de sa filiation, lui a fait perdre ses qualités d'origine, on nie la force obligatoire du droit international”*<sup>205</sup>. Lauterpacht se situe également clairement dans ce raisonnement. En effet, il soutient que la théorie dualiste de la transformation *“n'est pas conforme au droit positif”, “dénuée de base scientifique”*. S'il reconnaît que certaines dispositions constitutionnelles internes exigent un acte interne de transformation, il considère que ceci *“est dû non pas à l'impuissance du droit international d'agir directement sur les individus, mais aux exigences de la division des pouvoirs à l'intérieur de l'Etat”*<sup>206</sup>.

La norme internationale s'intégrant dans l'ordre interne conserve sa nature de norme internationale. Par conséquent, rien n'empêche l'individu de bénéficier juridiquement de ses effets ; les droits et obligations énoncés dans les normes

<sup>203</sup> H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op.cit., p. 300.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> G. Tenekides, *L'individu dans l'ordre juridique international*, op.cit., p. 214.

<sup>206</sup> H. Lauterpacht, “Règles générales du droit de la paix”, op.cit., pp. 215-216.

internationales peuvent entrer dans son patrimoine : il en devient titulaire, que ce soit, d'un point de vue technique, directement ou indirectement.

La simple possibilité de principe d'une personnalité juridique internationale individuelle est également reconnue aujourd'hui par P. Daillier et A. Pellet, pour qui "*l'écran étatique n'est cependant pas totalement 'opaque' et toute technique juridique qui permet de le percer conduit à reconnaître à la personne privée une certaine mesure de capacité juridique internationale*"<sup>207</sup>. Toutefois, la simple reconnaissance de cette possibilité théorique ne conduit pas tous les monistes à l'affirmation que l'individu est effectivement sujet de droit international. De même que pour la tendance dualiste actuelle, le monisme ne compte plus aujourd'hui de partisans aux affirmations catégoriques. Les regards sur le statut international de l'individu ont évolué avec les réalités du droit positif. L'individu est ainsi considéré, en général, comme un sujet exceptionnel ou potentiel.

## *2. L'individu, sujet exceptionnel ou potentiel*

Le monisme conduit à accepter que des sujets internes soient en même temps sujets internationaux. Toutefois, de Kelsen à Pellet, les considérations varient, compte tenu notamment des méthodes choisies. En 1926, Kelsen semble hésiter entre une démarche apriorique ou empirique : dans le même cours, il opte d'abord pour la première ("*les Etats sont-ils les seuls sujets possibles du droit international, ou ses règles ne peuvent-elles au contraire s'appliquer aux individus ?... Pour traiter ce cas, il ne faut pas, comme on le fait le plus souvent, employer une méthode de casuistique juridique; il faut en rechercher la solution de principe*"), avant de choisir la seconde ("*la question des sujets possibles du droit international ne comporte pas de réponse qui se déduise de la nature même de ce droit; c'est uniquement et exclusivement une question d'interprétation des règles positives et spécialement des dispositions d'un traité*")<sup>208</sup>. Trente ans plus tard, on retrouve chez lui ces mêmes paradoxes, puisqu'il peut aussi bien affirmer catégoriquement que "*les sujets du droit international sont eux aussi des individus*", que reconnaître le caractère exceptionnel des normes internationales "subjectivant" l'individu<sup>209</sup>. Lauterpacht, répondant à toutes les questions qu'il posait en prémisses, affirme plus vigoureusement la personnalité internationale individuelle. Pour lui, les individus sont bien sujets d'obligations internationales : les exemples cités portent, classiquement, sur les règles relatives à la piraterie, à la contrebande ou au blocus<sup>210</sup>. Ils sont aussi sujets de droits internationaux, et l'on retrouve en exemple les divers recours individuels prévus par la Cour internationale des Prises, la Cour centrale de Justice américaine, ainsi qu'une interprétation positive de l'avis de la CPJI dans

<sup>207</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 649.

<sup>208</sup> H. Kelsen, "Droit interne et droit international", *RCADI* 1926-4, p. 283 et 286.

<sup>209</sup> H. Kelsen, "Théorie du droit international public", *RCADI* 1953-3, vol. 84, notamment pp. 66-67 et 93-95.

<sup>210</sup> H. Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", *op.cit.*, pp. 213-214.

l'affaire de Dantzig<sup>211</sup>. Lauterpacht reconnaît le caractère exceptionnel de ces "progrès" : *“ils ne sont pas discutés ici comme des cas typiques de la situation juridique existante, mais comme contredisant l'opinion d'après laquelle les individus ne peuvent jamais, par suite de la structure du droit international, être les bénéficiaires directs de droits internationaux”*<sup>212</sup>. C'est alors qu'il semble à nouveau contredire son affirmation précédente quant à la non pertinence de la capacité processuelle pour identifier la personnalité internationale, puisqu'au contraire, il confère à cette capacité une valeur probante : *“l'exécution directe de droits internationaux par des individus agissant en leur nom propre a une influence directe non seulement sur la question du statut des individus en matière de procédure, mais aussi sur la nature de ces droits. Ces droits ne peuvent être des droits de la loi étatique interne s'ils peuvent être exécutés directement par une action internationale”*<sup>213</sup>.

En 1983, Barberis effectue une étude portant sur l'ensemble des personnes privées, sans s'appesantir particulièrement sur la situation de l'individu. Toutefois, sur ce point, on peut relever un paradoxe dans son appréciation de la possession du statut de sujet. En effet après avoir considéré, comme on l'a déjà vu, que *“pour qu'un individu soit sujet de droit, il suffit qu'une norme de l'ordre juridique prévoie sa conduite comme contenu d'un droit ou d'une obligation juridique”*, il va revenir peu à peu sur cette définition, pour finir par y inclure, sans vraiment le dire, l'exigence d'une capacité de réclamation internationale. En effet, après avoir élargi son propos à l'ensemble des personnes privées, il affirme que *“dans cette étude nous considérons que la personne privée n'a un droit subjectif que lorsqu'un traité lui confère directement ce droit et lorsque le tribunal devant lequel elle peut agir est déjà constitué, ou que sa constitution ne dépend que de sa volonté”*<sup>214</sup>. Cette exigence d'une procédure internationale le conduit à reconnaître à l'individu, comme à toute personne privée, une “certaine” mesure de personnalité internationale, en soulignant son caractère exceptionnel.

Le manuel de P. Daillier et A. Pellet, quant à lui, montre un refus des pétitions de principe. Il s'agit d'effectuer une étude approfondie des cas pour lesquels l'individu est affranchi de l'écran étatique, soit qu'il pénètre sur la scène internationale, soit qu'il soit atteint directement par le droit international dans l'ordre interne (hypothèse de l'écran transparent). Il décrit ainsi les situations exceptionnelles dans lesquelles

---

<sup>211</sup> Cet avis peut faire l'objet de deux interprétations. L'une, positive, consiste à souligner que la Cour a reconnu la possibilité qu'un traité confère des droits subjectifs aux individus. L'autre, négative, insiste sur le fait que la Cour n'a en réalité fait que reconnaître la création de normes internes à partir de la norme conventionnelle internationale : les droits individuels seraient des droits internes d'origine internationale. Il s'agit logiquement de la position soutenue par la majorité des auteurs dualistes classiques. C'est aussi la position de C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique, op.cit.*, pp. 99-100. Voir *infra*, note 466, p. 183.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> J. Barberis, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *op.cit.*, p. 161 et 188.

l'individu peut être qualifié de sujet, s'appuyant essentiellement sur les développements du droit pénal international, par lequel "*l'individu est aussi depuis longtemps sujet immédiat d'un droit international sanctionnateur*"<sup>215</sup>. C'est donc branche par branche qu'on procède à l'analyse de la condition effective de l'individu face au droit international. Comme le soulignent les auteurs, "*ces progrès dans l'étendue de la capacité juridique des personnes privées restent dictés par les Etats. Ceux-ci n'y consentent que pour répondre aux attentes dominantes de chaque catégorie de personnes privées, différentes de l'une à l'autre, ce qui interdit d'espérer une description univoque du bilan actuel de leur personnalité juridique internationale*"<sup>216</sup>.

Quelle que soit l'époque, on a ainsi le sentiment que le statut de l'individu est, pour ces auteurs, en perpétuel "devenir". Le rôle de l'Etat, lui, reste central : au-delà des considérations purement juridiques sur les rapports de système, la conception des relations entre individu et Etat influence également les analyses doctrinales.

## ***II. Causes politico-idéologiques : étatismes v. humanismes***

Au-delà des rapports entre systèmes juridiques, la position de l'individu en droit international fait ressortir les sensibilités autour du rôle de l'Etat. Reconnaître un rôle à l'individu sur la scène internationale peut signifier mettre à mal la souveraineté étatique. Dès lors, la figure étatique apparaît tel Janus, à double visage : entre Etat oppresseur et Etat protecteur, quelle est (ou quelle doit être) la place de l'individu ? Les partisans d'un étatisme politique auront nécessairement tendance à reléguer l'individu "à sa place" et à le cantonner dans l'ordre interne (A). A l'opposé, les défenseurs d'un humanisme politique mettront en avant la finalité qu'ils pensent humaine du droit international, et affirmeront la nécessité de "faire une place" à l'individu au sein de la société internationale (B). Dans les deux cas, cela révèle une conception conflictuelle des rapports entre Etat et individu, cristallisée par la notion de souveraineté.

### **A. Négation de l'individu-sujet : l'étatisme politique**

C'est majoritairement dans la doctrine volontariste des années 1930 qu'on peut constater une certaine répugnance à reconnaître un rôle à l'individu sur la scène internationale. En effet, la conception volontariste du sujet de droit signifie qu'on reconnaît à celui-ci un certain pouvoir d'exprimer sa volonté face aux autres sujets, sur un pied d'égalité. L'individu, potentiellement sujet de droit international, représente alors un danger pour le développement de l'Etat : il est inconcevable, pour certains, de conférer à un particulier le droit de se dresser contre un Etat, d'autant plus s'il s'agit du sien.

<sup>215</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ Paris, 2002, p. 650.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 652.

Au contraire d'Anzilotti, dont la pensée se veut exclusivement juridique, celle de certains de ses successeurs est émaillée de considérations politiques. Siotto-Pintor affirme ainsi que *“si une tendance existait dans le sens de reconnaître à l'individu une personnalité internationale, elle devrait être considérée comme inutile et dangereuse, car elle aurait pour conséquence d'introduire dans le domaine des relations internationales la plus complète anarchie, pour parvenir, non pas à mieux défendre, mais à défendre moins efficacement les droits de l'homme”*<sup>217</sup>. C'est ainsi le développement pressenti de la protection internationale des droits de l'homme qui occasionne ces réflexions : placées sous l'angle de la *lex ferenda*, elles conduisent à affirmer et à maintenir le rôle exclusif de l'Etat en matière de droits de l'homme.

C'est donc d'une part la fonction interne de l'Etat (assurer le bien-être de sa population) qu'il s'agit de préserver. Tenekides résume la pensée volontariste (tout en la critiquant dans une certaine mesure) en affirmant que *“tant, par conséquent, que l'Etat demeure la “forme suprême d'organisation humaine” il est logiquement et juridiquement le seul sujet possible du droit international. Accorder, à cet égard à l'individu une égale valeur, c'est lui rendre un mauvais service, attendu que la désagrégation de l'Etat en sera nécessairement la rançon. C'est le priver du milieu qui lui permettait de développer son être social et de se rendre utile à lui-même en se rendant utile à la collectivité”*<sup>218</sup>. Lui-même semble d'ailleurs se rallier à cette opinion, optant pour la prudence : *“faut-il déplorer cette compétence exclusive de l'Etat en matière individuelle ? Il semble bien que non... Etant donné que l'Etat est nécessaire tant qu'une formation plus large n'offrira pas à l'individu les mêmes conditions nécessaires à son développement et à sa vie, on doit, dans l'intérêt même de l'individu, éviter d'affaiblir l'autorité étatique”*<sup>219</sup>. La protection des droits de l'homme semblait donc devoir rester dans le domaine réservé étatique.

C'est, d'autre part, l'ordre international qu'il s'agit de maintenir. Le droit international, fragile et en quête de stabilité (l'échec de la SdN est en germe), doit se renforcer et pour cela, demeurer interétatique. Il n'offre pas les conditions propices à l'émergence d'autres acteurs internationaux. Strupp, lui aussi, fait part de sa réticence : *“et si l'on est favorable, en principe, comme je le suis, à une extension de la qualité de sujet du droit des gens, on ne peut nullement prétendre qu'il soit politiquement souhaitable de donner à une telle personne privée le droit d'exiger directement de l'Etat de sa résidence...”*<sup>220</sup>. Certains vont même jusqu'à affirmer que la diversité des acteurs internationaux constitue un handicap pour la constitution d'un système juridique international. L'argument fait partie de la célèbre controverse entre G. Burdeau et G. Scelle quant à la juridicité du droit international. Le premier estime que la société internationale n'existe pas en tant que système, car elle est placée sous le règne de l'anarchie, du désordre, du manque d'autorité. Dans tout

<sup>217</sup> M. Siotto-Pintor, “Les sujets du droit international autres que les Etats”, *op.cit.*, p. 356.

<sup>218</sup> G. Tenekides, *L'individu dans l'ordre juridique international*, *op.cit.*, p. 103.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 182. La suite de ses réflexions le conduit à adopter une position intermédiaire : il estime qu'il faut aménager, au niveau international, des droits individuels, uniquement en cas de défaillance de l'Etat en matière de protection de l'individu.

<sup>220</sup> K. Strupp, “Règles générales du droit de la paix”, *op.cit.*, p. 465.

système juridique complet et organisé, les sujets de droit, destinataires des normes, sont clairement identifiés, désignés par l'ordre juridique. Ainsi, l'incertitude qui règne quant à l'identité des destinataires du droit international, ainsi que l'éclatement de cette catégorie (selon une majorité de la doctrine, qui veut bien reconnaître comme sujets d'autres entités que les Etats), empêchent toute édification d'un véritable système international<sup>221</sup>.

La souveraineté de l'Etat, tout comme le droit international, dont l'un des principes fondamentaux est la non-ingérence, seraient ainsi mis à mal par l'irruption d'un autre sujet de droit international tel que l'individu. Toutefois, tous envisagent le danger uniquement sous l'angle des droits conférés à l'individu, contre l'Etat. Or, la personnalité juridique est un ensemble de droits et d'obligations : l'aspect de la "responsabilité" individuelle n'est pas évoquée dans ces développements. Pourtant, on peut souligner, avec A. Lejbowicz, que la responsabilité internationale de l'individu est loin de porter atteinte à la souveraineté étatique. Bien au contraire, selon elle : l'individu a d'abord été promu internationalement en tant que responsable pénalement. Or, *“la responsabilité de l'individu en matière pénale renforce l'invulnérabilité de l'institution étatique et sa stabilité pérenne. (...) On a sauvé la figure juridique de l'Etat en mettant les hommes sur le banc des accusés, en faisant de l'individu un sujet du droit international”*<sup>222</sup>.

La réticence demeure pourtant chez de nombreux internationalistes, comme le souligne encore récemment C. Santulli, qui constate que *“attachés au progrès de l'objet de leur discipline, les internationalistes sont paradoxalement très réfractaires encore aujourd'hui à la reconnaissance de la qualité de sujets du droit international aux sujets internes”*<sup>223</sup>. C'est peut-être la même crainte de voir régner l'anarchie dans les relations internationales, qui conduit à refuser l'extension de la catégorie des sujets internationaux. Face à ces partisans de l'ordre et de la conservation, les conceptions objectivistes placent, au contraire, l'individu au cœur même de la société internationale<sup>224</sup>.

## B. Affirmation de l'individu sujet : la finalité humaine du droit international

On peut souligner, avec Lauterpacht, que *“en nulle autre matière, l'idéal moniste ne s'exprime plus fortement que dans ce postulat que le but final de l'ordre international doit être la*

<sup>221</sup> G. Burdeau, *Traité de sciences politiques*, T.1, Le pouvoir politique, Paris, LGDJ, 1966, p. 361. Pour des références sur la querelle doctrinale entre les partisans et négateurs du droit international, et la liste de leurs nombreux arguments, voir M. Virally, “Sur la prétendue primitivité du droit international”, in *Le droit international en devenir*, pp. 91-101. Et J. Combacau, “Le droit international, bric-a-brac ou système”, *APD* T. 31, *Le système juridique*, 1986, pp. 85-101.

<sup>222</sup> A. Lejbowicz, “L'individu, sujet de droit international?”, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, no.22, 1992, Presses Universitaires de Caen, pp. 160-161.

<sup>223</sup> C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op.cit.*, p. 325.

<sup>224</sup> “L'objectivisme s'oppose ainsi au volontarisme, en mettant l'accent sur le déterminisme social comme facteur limitant la volonté des Etats, et en faisant de l'individu le sujet central de l'ordre juridique international, en dépit des souverainetés étatiques” : *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p. 764.

*protection de l'être humain individuel*"<sup>225</sup>. On peut qualifier cette position d'humanisme, en ce qu'il s'agit d'une philosophie qui place l'homme au-dessus de (et contre) toute autre valeur<sup>226</sup>. Cette seconde conception des rapports entre individu et Etat est également conflictuelle. Au contraire de la première, elle considère que c'est l'Etat qui représente un danger pour l'épanouissement de l'être humain. L'individu, cantonné dans l'ordre interne, n'a aucun moyen de défense contre l'Etat oppresseur. Par conséquent, la volonté politique de certains auteurs est de le placer sous la protection d'une structure supra-nationale, qui seule peut libérer l'Homme de cette emprise souvent néfaste. C'est encore Lauterpacht qui insiste sur le fait que *"plus la sujétion de l'individu au pouvoir tout-puissant de l'Etat est prononcée, plus urgent est le rôle protecteur du droit international"*<sup>227</sup>.

Dans les années 1930, on se situe toutefois dans le domaine, non plus de l'analyse du droit positif, mais de la *lex ferenda* et des vœux pieux : c'est ainsi que Spiropoulos prévoit que *"l'abstraction Etat, qui est toujours le point de cristallisation des relations internationales, devra abdiquer sous la pression des événements pour concéder à l'individu sa part de droit international"*<sup>228</sup>. Parmi d'autres, il appelle au développement des droits de l'homme, qui ne doivent plus appartenir à la compétence exclusive de l'Etat. Il tente toutefois de concilier juridiquement un statut international pour l'individu et le maintien de la souveraineté étatique : *"la reconnaissance internationale des droits de l'homme et du citoyen, leur placement sous la protection immédiate du droit international, apparaît comme un postulat dont les peuples doivent, dans leur propre intérêt, exiger la réalisation. La souveraineté de l'Etat ne constitue pas un obstacle à cette reconnaissance, car chaque traité prévoyant une juridiction obligatoire n'entraîne pas, en principe, une moindre diminution de souveraineté que la reconnaissance contractuelle des droits fondamentaux et la concession à l'individu d'un droit d'ester en justice"*<sup>229</sup>. Cette tentative de conciliation repose sur l'affirmation que c'est un moyen d'exercer sa souveraineté que de la limiter volontairement...

Parallèlement à la mise en exergue de l'Etat-oppresseur, les auteurs soulignent la finalité humaine du droit en général, et du droit international en particulier : *"le droit, ce n'est pas quelque chose de fait essentiellement pour le juge : les normes juridiques sont d'abord et fondamentalement des règles de conduite, des instruments éthiques pour diriger la conduite des*

<sup>225</sup> H. Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", *op.cit.*, p. 232.

<sup>226</sup> Pour une approche de philosophie politique sur l'individualisme juridique de l'Antiquité à nos jours, on peut consulter utilement la définition du terme "individu" proposée par le Dictionnaire de la culture juridique. L'article explique que l'idéologie libérale a conçu les droits individuels fondamentaux contre l'Etat, *"et lorsqu'on évoque les droits individuels, c'est souvent pour les affirmer contre les prétentions de la collectivité publique ou d'un groupement secondaire..."* : D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 819.

<sup>227</sup> H. Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", *op.cit.*, p. 239.

<sup>228</sup> J. Spiropoulos, "L'individu et le droit international", *op.cit.*, p. 247. La première partie de son cours, relative au "rapport juridique entre droit international et individu" et axée sur la *lex lata*, constatait que l'ordre juridique international, exclusivement interétatique, ne considère pas l'individu comme son sujet. La seconde partie, relative à la "protection de l'individu par le droit international", se place sous l'angle de la *lex ferenda*.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 265.

*individus*”<sup>230</sup>. Par conséquent, face à l'échec de l'Etat dans son rôle éthique et protecteur, c'est au droit international de prendre en charge la mission de protection de l'individu, destinataire ultime de toute norme internationale. Les objectivistes, sans aller jusqu'à nier l'existence de la personnalité morale de l'Etat, de sa souveraineté, considèrent cette dernière comme un obstacle au développement d'une "communauté" internationale humaine. Même parmi les auteurs de tendance positiviste, la finalité humaine du droit international est parfois reconnue et souhaitée. Sperduti, partagé entre son appartenance à l'école classique italienne, réaliste, et ses positions idéalistes sur le droit international, tente ainsi de surmonter les conflits. Affirmant qu' "*il faut reconnaître que la façon la plus simple d'élaborer une théorie du droit international, en s'inspirant de la connaissance que tout ordre juridique se constitue à l'intention des hommes, est celle de concevoir le droit international comme ayant pour tâche de régler la conduite humaine soit directement soit à travers les ordres juridiques nationaux, délégués par lui et fonctionnant selon les critères et dans les limites de cette délégation*", il tentera souvent de proposer des solutions juridiques intermédiaires conciliant les deux écoles, positiviste et dualiste d'une part, objectiviste et moniste d'autre part<sup>231</sup>.

On retrouve encore récemment cette conception conflictuelle du rapport entre Etat et individu ; les constats pessimistes sur l'état et l'avenir de la souveraineté sont légion. M. Chemillier-Gendreau, notamment, revient sur cette notion de l'Etat oppresseur : "*si tout au long de leur histoire, les Etats ont été le siège permanent de cette double fonction : oppression/exploitation et libération/protection, la première a, dans la majorité des expériences concrètes, produit plus de résultat que la seconde*"<sup>232</sup>. Elle déduit du "succès" de l'oppression étatique le caractère inévitable de l'irruption de l'individu dans l'espace international à partir des années 1950. Les individus se regroupent dans les ONG (qu'elle qualifie de "catégorie fourre-tout"), et "*leur montée en puissance est liée à l'échec de la souveraineté étatique et interétatique*"<sup>233</sup>.

Loin de nier les conflits, R.J. Dupuy constatait un "dédoubllement du monde", partagé entre une société organisée des Etats d'un côté, et de l'autre une société anarchique des individus (on y reconnaît aujourd'hui la "société civile"). Il appelait de ses vœux l'intégration des deux mondes, à l'humanisation de cette société, pour la transformer en véritable communauté<sup>234</sup>.

Que le droit international soit, en fin de compte, destiné à régir les rapports humains, et qu'il soit le produit d'une activité humaine, est indéniable. L'oublier

<sup>230</sup> P. Amselek, "Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit"", *op.cit.*, p. 256.

<sup>231</sup> G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *op.cit.*, p. 743.

<sup>232</sup> M. Chemillier-Gendreau, *Humanité et souverainetés*, Paris, Editions La Découverte, 1995, p. 308.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 320.

<sup>234</sup> R.J. Dupuy, "Le dédoubllement du monde", *RGDIP*, 1996.

pourrait conduire à une déshumanisation du droit. Cependant, cette considération n'implique par pour autant la reconnaissance de la personnalité juridique internationale à l'individu. Concept juridique qui doit être rigoureusement défini, la personnalité nécessite avant tout que soit avéré le caractère direct du lien entre le sujet et l'ordre juridique qui le considère comme tel. Les conceptions politiques s'expriment inévitablement à travers le droit, mais elles ne font que le compléter. Les présupposés idéologiques, dans l'ensemble, ne font que confirmer les conceptions juridiques de ceux qui les exposent, quant à la fonction étatique, la souveraineté, et la finalité du droit international. Ils ne doivent cependant pas porter atteinte à la principale caractéristique dont doit être doté un concept juridique : la rigueur.

## Conclusion section II

Les appréciations doctrinales quant à la situation de l'individu face au droit international varient selon que les auteurs sont dualistes ou monistes. Pour les premiers, la structure des systèmes juridiques internes et international ne permet pas à un particulier, sujet interne, de devenir sujet international : la médiation étatique est incontournable et l'individu cantonné dans l'espace interne. Les normes internationales ne peuvent l'atteindre directement : dès leur insertion en droit interne, elles deviennent à leur tour des normes internes ou, selon l'expression utilisée par J. Combacau et C. Santulli, des "normes internes d'origine internationale".

Pour les seconds, au contraire, l'écran étatique peut être transparent et le contact s'établir entre ordre juridique international et sujets internes. Il n'y a pas de transformation des normes internationales, qui conservent leur nature malgré leur entrée dans le système interne. Par conséquent, un lien peut être établi entre l'ordre international et l'individu, ce qui peut lui conférer une personnalité juridique internationale.

Toutefois, les auteurs se situant dans cette première approche sont, pour nombre d'entre eux, de l'époque classique. Or, la doctrine internationaliste de l'entre-deux-guerres est marquée par une dualité prononcée dans l'identification des sujets de droit, qui s'explique en partie par des présupposés idéologiques. Les différences d'analyse entre les auteurs sont dues à des raisons tant politiques que juridiques, destinées à valoriser la souveraineté étatique, dans une conception conflictuelle des rapports entre Etat et individu.

La doctrine contemporaine qui s'inscrit dans ce chapitre est beaucoup plus nuancée dans son analyse pratique : il est indéniable que le droit international possède une emprise plus importante sur le droit interne. Nier tout contact entre normes internationales et individus n'est plus possible. Toutefois, les clivages demeurent, même s'ils sont moins marqués : la personnalité juridique internationale individuelle n'est ni niée ni affirmée catégoriquement.

## Conclusion chapitre I

Des auteurs marquants du XX<sup>ème</sup> se rejoignent dans une première définition apparemment simple de la personnalité juridique internationale, mono-critériale : le sujet de droit international est celui qui possède un lien direct avec l'ordre international. On peut choisir de le nommer "destinataire" de la norme internationale, c'est-à-dire qu'aucune autre personne ne vient s'interposer entre les deux. Si l'on préfère l'expression "titulaire" de droits et obligations internationaux, il doit être seul titulaire des droits créés par la norme, et donc titulaire direct. Le simple bénéficiaire, concerné par le droit, ne vient qu'en second lieu après celui qui le possède et l'utilise. La distinction entre les termes de destinataire et de titulaire révèle deux approches différentes du droit : formelle dans le premier cas, matérielle dans le second, elles impliquent, au-delà du simple vocabulaire, des conceptions très différentes des rapports de système. Or, c'est ici que réside le cœur de la personnalité juridique internationale des sujets internes.

Ainsi, ce critère unique n'est qu'apparemment simple, et en réalité, difficile à vérifier. L'appréciation du caractère direct du lien entre droit international et individu fait intervenir, dans un premier temps, des considérations de théorie du droit qui empêchent de porter un regard univoque sur le droit positif (qu'il s'agira d'analyser concrètement, dans un second temps). Quelle que soit la tendance de l'observateur, il tente souvent de prouver ou d'infirmer ce lien à l'aide de la notion de capacité. Pourtant, la capacité de faire valoir ses droits et obligations, si elle est un moyen de prouver l'existence de ceux-ci, n'est pas un critère conditionnant l'obtention de la qualité de sujet. Pour cette première partie de la doctrine, tout recours à la notion de capacité, quelle que soit la forme qu'elle prend, n'est que probatoire. Les capacités que peut posséder un sujet de droit ne sont que des "attributs", conséquences de leur personnalité juridique.

On a constaté toutefois que le choix de cette définition n'est pas totalement satisfaisant. D'une part, les auteurs l'ayant soutenu sont eux-mêmes ambigus, exigeant bien davantage de ce sujet-destinataire qu'un lien virtuel et passif avec les normes internationales. Certains dualistes, volontaristes, dévoilent en pratique que leur "destinataire" est en fait un être actif et volontaire. D'autre part, d'un point de vue à la fois théorique et pratique, l'exclusion de toute notion de capacité dans la définition de la personnalité laisse insatisfait. D'un point de vue théorique, il est extrêmement difficile de dissocier totalement titularité de droits et capacité de les exercer. De même, certaines définitions se ressemblent étrangement, comme celles de la personnalité et de la capacité de jouissance. En outre, en droit international, la CIJ semble avoir ouvert la voie à une interprétation qui peut concilier les deux notions dans un même concept. D'un point de vue pratique, cette définition aboutit à des oppositions radicales quant à

l'appréciation d'une même situation, notamment celle de l'individu. L'inclusion d'un critère de définition supplémentaire pourrait éviter ce résultat.

En effet, le caractère très marqué des divergences doctrinales dans l'appréciation du statut de l'individu peut ainsi surprendre : l'interprétation du droit positif connaît au moins deux voies. D'un côté, le dualisme, souvent volontariste, s'attache à une conception formelle des rapports entre l'ordre juridique et ses sujets. Cette conception conduit à considérer que l'individu, puisqu'il est déjà sujet interne, ne peut être en même temps sujet international. Par principe comme en pratique, il ne peut être destinataire direct de normes internationales. De l'autre côté, les monistes, pour qui une approche matérielle du droit semble plus réaliste, estiment que le droit international crée des droits et obligations subjectifs pour les individus : cela suffit à les considérer comme sujets internationaux. L'appréciation concrète de la situation de l'individu face au droit international est donc fortement dépendante des conceptions juridiques et politiques de chacun.

Ce premier critère de définition de la personnalité juridique internationale, s'il ne suffit pas nécessairement, est toutefois indispensable, et commun à toutes les définitions de la personnalité juridique internationale. Il doit donc être identifié par le caractère véritablement direct du lien entre sujet et ordre juridique. Or, ce caractère direct, pour d'autres auteurs, est plus facile à déterminer si l'on étudie la capacité du sujet. L'utilité de celle-ci dans la définition même de la personnalité est donc à discuter. Simple moyen de preuve pour les auteurs vus dans ce chapitre, elle est au contraire un critère déterminant pour les autres. A l'opposé de cette première définition, il en existe en effet une autre, beaucoup plus exigeante, qu'on peut qualifier de maximale. Ainsi, outre l'exigence du lien entre une personne et un ordre juridique, certains ajoutent que le sujet doit être capable, dans toutes les acceptions du terme. Une seconde définition du sujet le considère ainsi comme un être capable de créer du droit : comme un auteur de normes internationales.



## Chapitre II. Définition maximale : le sujet, auteur de normes internationales

Les auteurs qui définissent le sujet comme créateur de droit sont relativement peu nombreux. Cette position particulière est toutefois intéressante à étudier, en ce qu'elle révèle tous les aspects du terme "capacité", qu'on emploie souvent sans que sa signification soit univoque.

Les auteurs se situant dans cette optique sont généralement considérés comme ultra-volontaristes. Toutefois, ils sont rejoints par d'autres qui, *a priori*, ne partagent pas les mêmes conceptions juridiques. Des noms tels que ceux de Kelsen, Scelle, Tunkin, ou encore Weil, seront associés, bien qu'ils appartiennent à des écoles de pensées fort différentes, parfois opposées.

Pourtant, ils possèdent un point commun essentiel : ne contestant pas la première définition du sujet de droit, ils la considèrent comme insuffisante. Ils font toujours du critère du "destinataire" la première condition menant à la personnalité. Cependant, ils y ajoutent un critère normatif : celui de la "capacité juridique générale". Celle-ci permet, selon eux, d'exprimer clairement le double aspect, passif et actif, de la personnalité juridique. Prise dans son acception la plus large, la capacité juridique générale inclut les facultés que les auteurs précédents considéraient comme des conséquences de la personnalité. C'est donc à une définition comprenant un maximum d'exigences qu'on parvient ici (section I).

Lorsqu'il s'agira de vérifier si l'individu possède, en droit international, cette double capacité, les réponses sont relativement unanimes et négatives, avec toutefois une exception majeure, qui est celle de l'école scellienne (section II).

### Section I. Une condition normative supplémentaire et indispensable : la "capacité juridique générale"

Volontarisme et positivisme s'expriment pleinement à travers cette seconde conception du sujet de droit<sup>235</sup>. C'est en effet la seule volonté de ce dernier qui, en s'exprimant juridiquement, le hisse au rang de personne juridique. Ces moyens d'expression juridiques se déclinent, en pratique, en plusieurs types de capacités (I). La spécificité du sujet de droit international apparaît alors : la doctrine internationaliste représentée ici exige que ce sujet dispose d'une série de capacités propres, qui ne sont

---

<sup>235</sup> La trop grande diversité de définitions du "positivisme" rend l'usage du terme délicat. Toutefois, il est ici utilisé afin de souligner le lien avec le volontarisme. En effet, loin du positivisme de Kelsen ou de Scelle, que l'on qualifie comme tels uniquement en raison de leur ambition de décrire le droit tel qu'il est, un autre positivisme consiste en une approche formelle et volontariste du droit : il est donc entendu dans le sens du positivisme d'Anzilotti.

pas nécessairement identiques à celles d'un sujet capable en droit interne, bien que de nombreuses analogies soient effectuées (II).

### ***I. La volonté, source de personnalité juridique***

Un nouveau rapport théorique entre personnalité (ou plus précisément, titularité de droits subjectifs) et capacité est mis en lumière : les deux critères sont indivisibles, joints dans la notion de capacité juridique générale (A). Cette notion théorique recouvre des réalités diverses, et il convient d'exposer les différentes utilisations doctrinales de l'expression "capacité juridique"(B).

#### **A. L'inclusion de la capacité dans la définition de la personnalité**

Pourquoi inclure la capacité dans la définition même de la personnalité ? Tous les auteurs considérés estiment que le critère du destinataire est insuffisant (1) ; c'est la raison pour laquelle ils font appel à un second critère, qui se révèle être celui de la création de droit (2).

##### ***1. L'insuffisance du critère du destinataire***

Le premier critère, dont on a vu qu'il était pourtant beaucoup plus exigeant qu'il n'y paraissait, semble insuffisant pour un certain nombre d'auteurs. Ainsi en est-il de Scelle<sup>236</sup>. En effet, il exprime, dès son premier ouvrage, son insatisfaction envers l'usage de l'expression "sujet de droit", car il n'exprime qu'un aspect passif de la notion de personnalité. Ainsi, "*les individus investis de compétences sont couramment dénommés sujets de droit. L'expression n'est pas très heureuse, parce que dans une société tous les individus sont soumis au droit sans être nécessairement tous investis de cette compétence*"<sup>237</sup>. La sujétion, si elle est une caractéristique d'une personne juridique, semble insuffisante pour la considérer comme telle. C'est pourquoi, lorsque Scelle examine les sujets du droit interne, il refuse cette qualité aux personnes que l'on considère habituellement comme "sujets incapables" (l'emploi de cette dernière expression serait alors un non-sens) : "*les enfants, les aliénés, par exemple, ne sont pas investis de compétence juridique, parce que le droit positif considère que leurs volitions désordonnées compromettraient la solidarité sociale*"<sup>238</sup>. Par la suite, son regard se porte sur l'ordre juridique international, et le conduit à constater que "*ainsi en est-il en droit*

---

<sup>236</sup> Il peut paraître surprenant de classer Scelle dans un chapitre qui développe la conception la plus volontariste et, partant, positiviste, du sujet de droit. Bien que sa pensée (qualifiée parfois de "positivisme sociologique") ne puisse nullement être assimilée à celle des autres auteurs étudiés ici, on verra que sa conception du sujet est pourtant, sur bien des points, similaire à celle d'auteurs tels que Prosper Weil. Toutefois, il est important de relativiser ces rapprochements, en ce que leurs conclusions pratiques quant aux sujets du droit international sont radicalement opposées.

<sup>237</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Paris, Editions CNRS, 1984 (réédition de 1932, Sirey), p. 8.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 9.

*public international, où le nombre des sujets de droit fut et reste très restreint*"<sup>239</sup>. D'autres auteurs, bien qu'on ne puisse les considérer comme disciples de Scelle, ont adopté une telle attitude. Ainsi, P. Pescatore, commentant les positions d'Anzilotti, affirme que sa "*conception est trop large, parce qu'on peut parfaitement être destinataire d'une règle internationale sans avoir pour autant l'aptitude à participer au commerce juridique dans cette sphère du droit ; ... On peut donc être destinataire des normes du droit international sans, pour autant, entrer dans le cercle des sujets de celui-ci*"<sup>240</sup>. Plus récemment, S. Goyard-Fabre insiste sur l'ambiguïté de la notion, et le relatif consensus philosophique autour du "sujet actif par essence"<sup>241</sup>.

Le reproche adressé à une conception trop passive du sujet est encore plus clair chez un auteur comme C. Dominicé, qui réfute expressément l'assimilation entre sujet et destinataire de normes internationales, ou titulaire de droits et obligations internationaux. Sa critique est toutefois plus approfondie et plus originale que les précédentes. Elle développe un argument relatif à la distinction entre sujet interne et sujet international. En effet, l'ambiguïté de la notion de sujet est extrêmement problématique pour l'identification des sujets susceptibles d'appartenir à deux ordres juridiques différents. Ainsi, selon C. Dominicé, le sujet interne peut être effectivement destinataire de normes internationales : ces dernières l'atteignent dans son ordre étatique, et il est indifférent que cela soit directement ou indirectement<sup>242</sup>. Toutefois, cela ne suffit pas à lui conférer un statut international. Cela signifie uniquement que le droit international reconnaît leur qualité de personne juridique interne.

On peut d'ailleurs souligner que C. Dominicé ne distingue pas le sujet-destinataire et le sujet-titulaire, mais utilise les deux termes, comme pour renforcer l'idée que ce premier critère de personnalité juridique est insuffisant. En effet, en tant que sujet du droit interne, l'individu peut être "*titulaire de droits et obligations institués par des normes d'origines diverses, y compris des normes internationales. Ainsi donc, si l'ordre juridique international ne confère pas la qualité de sujet de droit des gens à l'individu, il reconnaît cependant que cet individu a la qualité de sujet de droit, ou de personne juridique, en vertu d'une attribution venant d'ailleurs, ce qui permet d'en faire les destinataires de règles créées dans la sphère du droit international. Cela explique que l'individu soit titulaire, ou puisse l'être, de nombreux droits et obligations institués par des règles du droit international sans qu'il soit nécessaire de voir en lui un*

<sup>239</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 9.

<sup>240</sup> P. Pescatore, "Relations extérieures des communautés", *RCADI* 1961-2, vol. 103, p. 31. On a pu constater qu'en réalité, le sujet-destinataire d'Anzilotti était loin d'être passif. Toutefois, c'est davantage l'usage du terme destinataire que celui de sujet qu'il faut considérer comme impropre dans ce cas.

<sup>241</sup> S. Goyard-Fabre, "Sujet de droit et objet de droit", *op.cit.*, *supra*, note 85, p. 40.

<sup>242</sup> C. Dominicé se distingue en cela des auteurs développant une approche positiviste "formelle" et dualiste du droit : pour lui, la présence de l'écran étatique et l'insertion de la norme internationale en droit interne ne modifie pas la nature de cette norme : "*que les normes du droit international soient immédiatement ou directement insérées dans un ordre interne, ou qu'il soit nécessaire, à cette fin, d'opérer une transformation au moyen d'un acte législatif interne, est une circonstance particulière qui ne modifie pas la nature intrinsèque de la norme internationale...*" : in "La personnalité juridique dans le système du droit des gens", *op.cit.*, p. 153.

"sujet de droit international", qualification qui se heurte à l'objection qu'il ne dispose pas des capacités constituant les attributs caractéristiques de la personnalité juridique internationale"<sup>243</sup>. La pensée de C. Dominicé est donc claire : un sujet interne peut être destinataire de normes internationales, titulaire des situations subjectives qu'elles créent, mais cela n'en fait pas un sujet international : des capacités proprement internationales lui font défaut.

Par conséquent, c'est pour opérer la distinction entre sujets internes et sujets internationaux que le critère du destinataire est lacunaire. Il ne permet donc pas d'éliminer l'étrange catégorie intermédiaire des "sujets internationaux d'origine interne", notion développée essentiellement par D. Alland, J. Combacau et C. Santulli. Or, leur sujet international d'origine interne se trouve, en fin de compte, pris dans une "zone d'attente" entre les deux ordres juridiques : ni totalement sorti de l'un, ni véritablement entré dans l'autre. Placé dans une situation complexe à l'extrême, ce sujet est-il un sujet de droit international ? Les réponses à cette question sont si nuancées qu'on peut s'y perdre.

En réalité, que cela soit pour Scelle ou pour C. Dominicé, le sujet destinataire est assimilé à l'objet de droit du précédent chapitre. "Destinataire" semble donc davantage synonyme de bénéficiaire que de sujet. Il est vrai que la distinction entre objet et sujet par la notion de destinataire est subtile, empreinte de considérations de théorie du droit. Toutefois, comme on a pu le constater, c'est dans l'appréciation du caractère direct du lien entre ordre juridique et personnes que réside cette distinction effectuée dans la première hypothèse. Désormais, ce caractère direct n'est plus suffisamment pertinent, et l'on y ajoute alors un second critère. Il semble donc que les auteurs procédant ainsi tentent, par là, de s'affranchir des considérations doctrinales autour de la question des rapports de système : si l'on considère que le sujet international est forcément un sujet capable internationalement, la question de savoir si les normes internationales l'atteignent directement ou non dans l'ordre interne devient accessoire.

---

<sup>243</sup> C. Dominicé, "L'émergence de l'individu en droit international public", in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Recueil d'études, PUF, IUHEI, Genève, 1997, p. 122. C. Dominicé développe une théorie du sujet de droit international qui ne porte pas exclusivement sur l'individu. En effet, au cours de ses écrits, il analyse également la situation d'autres sujets internes (telles que les sociétés internes), aussi bien que celle des organisations internationales. Il explique par exemple qu'"une société créée en France et qui acquiert dans ce pays la personnalité juridique sera reconnue en Suisse. Elle aura qualité de sujet de droit **dans** l'ordre juridique suisse, mais ne sera pas pour autant une personne morale **du** droit suisse", in "La personnalité juridique dans le système du droit des gens", *op.cit.*, p. 154.

## 2. L'ajout d'un critère supplémentaire : créer du droit

### a. La volonté normative du sujet <sup>244</sup>

Comment définir la personnalité juridique, si elle ne consiste plus uniquement en une aptitude virtuelle à la titularité de situations juridiques subjectives ? Quelle est l'étendue de cette exigence supplémentaire de la doctrine considérée ici ?

Ce critère supplémentaire est difficile à cerner clairement ; exception faite de quelques auteurs, la doctrine exprime une exigence assez générale, qui se noie dans l'usage de termes vagues : la personnalité juridique doit inclure une certaine capacité, ou compétence, ou pouvoir, pour ne citer que les termes les plus couramment employés. Elle est d'ailleurs parfois définie comme un "ensemble de droits, d'obligations, et de pouvoirs". Le sujet doit donc pouvoir être actif, s'exprimer, au sein même de l'ordre juridique qui lui confère ce statut. Ces moyens d'expressions varient, selon les exigences des auteurs.

Ainsi, Pilotti, en 1928, affirme que "*la thèse qui nous semble la plus justifiée en droit positif, est celle qui reconnaît la personnalité internationale à toute entité qui négocie et stipule des accords pouvant eux-mêmes constituer une source de droit...*" <sup>245</sup>. A ce critère restreint, d'autres préfèrent des conditions plus générales. Ainsi Scelle estime qu'"il ne peut donc y avoir de sujet de droit que là où il y a un être doué de volonté personnelle". Cela sous-entend-t-il que tout moyen d'expression de volonté est suffisant ? Cela sera précisé, mais Scelle commence par simplement distinguer le sujet, qui possède des "compétences", de "l'être sans volonté" qui n'a que des intérêts. L'un de ses plus fervents disciples écrira que l'"on peut dire d'une manière tout à fait générale qu'être le sujet d'un droit c'est être associé à la création d'une norme..." <sup>246</sup>. Il s'agit d'un critère qu'on peut comparer à celui de Pilotti, mais non réduit à la conclusion de traités. Ici, la volonté est avant tout une volonté créatrice de droit, quelle qu'en soit la voie.

<sup>244</sup> Pour une synthèse philosophique de la conception du sujet de droit comme être normateur, voir le Dictionnaire encyclopédique dirigé par A.J. Arnaud. Il explique que "sujet" est un "*terme philosophique imprégné par la philosophie des Lumières reflétant une vision du monde dominée par la rationalité et l'auto-transparence du "penser soi-même" qui veut "être sujet" d'après Kant*". Ainsi, "*le concept pose le sujet comme législateur de soi-même...L'être raisonnable se donne lui-même une loi par la raison qui constitue en même temps l'identité du sujet et du législateur*" : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 1993, pp. 587-588. Une explication quelque peu différente du rapport entre sujet et volonté est présentée par le Dictionnaire de la culture juridique. Il s'agit d'une approche historique qui précise qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, le sujet de droit était nécessairement volontaire et capable. Plus tard, le concept de sujet a été redissocié de la volonté, pour être défini comme titulaire d'intérêts juridiquement protégés, afin d'englober *infans* et insensés dans le mécanisme de protection. Puis, au 20<sup>ème</sup> siècle, le sujet n'aurait été conçu que comme un "instrument de technique juridique" qui "*permet de concentrer tout le contenu de ce rapport de droit autour d'une entité capable d'en soutenir les conséquences*". *Dictionnaire de culture juridique, op.cit.*, pp. 1454-1455.

<sup>245</sup> M. Pilotti, "Les Unions d'Etats", *RCADI* 1928-4, vol. 24, p. 481. Pilotti appartient à l'école classique italienne, volontariste, dualiste. Toutefois il s'est distingué d'Anzilotti en ajoutant expressément une seconde condition à l'octroi de la personnalité juridique.

<sup>246</sup> J. de Soto, "L'individu comme sujet de droit des gens", *Mélanges G. Scelle*, 1950, p. 693.

On peut évoquer ensuite P. Pescatore qui, notamment, confond personnalité et capacité, estimant que *“cette aptitude à être titulaire de droits signifie d'ailleurs avant tout l'aptitude à être titulaire de compétences, de fonctions, de pouvoirs”*<sup>247</sup>. Immédiatement après, il affirme qu'être une personne juridique, c'est être *“apte à établir des liens juridiques avec d'autres sujets de droit international”*<sup>248</sup>. Il semble ainsi confusément que son sujet de droit doive, tout à la fois, détenir certains pouvoirs (dont on ignore précisément la nature et le nombre), et particulièrement, le pouvoir de se lier juridiquement. L'objectif affirmé de P. Pescatore est de contester une approche trop peu exigeante, à son goût, du sujet : *“selon notre opinion, la subjectivité internationale ne doit pas être reconnue à une entité pour la simple raison que celle-ci existe et fait sentir son action dans le domaine international”*<sup>249</sup>. A son tour, M. Torrelli, dont la pensée est pourtant d'inspiration plus objectiviste que volontariste, développe une conception extrême du sujet de droit : en définissant la personnalité internationale comme (dans un premier temps) faculté d'avoir des droits et obligations internationaux, il ajoute qu'est également nécessaire *“la capacité de participer dans une certaine mesure à la création des règles de droit”*<sup>250</sup>.

La doctrine soviétique n'est pas en reste, optant également pour une définition maximale du sujet de droit. Néanmoins, ce n'est pas à l'aide de développements théoriques autour de la personnalité juridique qu'elle y parvient, mais plutôt lors d'études pratiques sur les "acteurs" du droit international. A cette occasion, des auteurs comme Tunkin ou Feldman, dernier représentant de ce courant, présentent des listes de conditions d'obtention du statut de sujet. Ils y incluent notamment, mais pas exclusivement, la faculté d'établir des relations juridiques, ou encore celle de participer à l'activité normative internationale<sup>251</sup>.

Ce sont enfin, et de façon éclatante, deux auteurs contemporains qui affirment avec le plus de force cette définition volontariste du sujet de droit. C'est d'une part P. Weil qui, en une phrase, exprime en même temps sa conception du sujet de droit et la conclusion qu'il en tire quant à la position de l'individu en droit international : *“juridiquement, l'individu, l'homme si on préfère, loin d'avoir accédé au rang d'un sujet, c'est-à-dire d'un auteur, de la normativité internationale, en demeure l'objet”*<sup>252</sup>. A cette conception du sujet comme normateur, on peut associer les réflexions de C. Dominicé. Bien qu'il n'utilise pas ouvertement l'expression, ce sont des facultés normatives qu'il implique dans la

<sup>247</sup> P. Pescatore, “Relations extérieures des communautés”, *op.cit.*, pp. 29-30.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>250</sup> M. Torrelli, *L'individu et le droit de la CEE*, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 4.

<sup>251</sup> Voir G. Tunkin, “International Law in the International System”, *RCADI*, 1975-4, vol. 147, p. 201. Également D. Feldman, “International Personality”, *RCADI* 1985-2, vol. 191, p. 357.

<sup>252</sup> P. Weil, “Le droit international en quête de son identité, cours général de droit international public”, *RCADI*, 1992-6, p. 122. P. Weil, comme de nombreux autres, ne procède pas positivement, en tentant de définir ce qu'est le sujet de droit international, mais négativement, en démontrant ceux qui ne le sont pas.

définition de la personnalité juridique internationale. C'est ainsi qu'il définit la qualité de sujet de droit comme *“l'aptitude de principe à être titulaire de droits et obligations, ainsi que des capacités générales, qui peuvent être présentées comme les attributs de la personnalité juridique, notion équivalente pour nous à celle de sujet de droit”*<sup>253</sup>. Outre sa définition générale, ses exemples illustrent bien le poids de ses exigences. Ainsi, lorsqu'il évoque la catégorie des insurgés, il affirme qu'ils doivent remplir des *“conditions d'autorité, d'effectivité et d'organisation”* pour qu'on les reconnaisse comme sujets. De même, citant le cas d'une organisation internationale, il faut à cette dernière des *“organes susceptibles d'exprimer sa volonté propre”*<sup>254</sup>. Il finit par conclure de ces études de cas que, pour lui, *“la qualité de sujet du droit international implique trois capacités inhérentes : conclure des traités, établir des relations diplomatiques, participer aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale”*<sup>255</sup>. Ce sont, d'après lui, les conditions *sine qua non* qui permettent de distinguer le simple destinataire du véritable sujet de droit international, quelle que soit l'entité considérée.

Ce critère, qui fait de la capacité non plus une conséquence mais une condition de la personnalité, peut être appelé celui de la "capacité juridique générale", générale étant ici synonyme de "complète"<sup>256</sup>. L'expression permet en effet de signifier à la fois la capacité première, ou aptitude passive à détenir des droits et obligations, mais également la capacité active d'expression juridique d'une volonté. Il semble véritablement que le dénominateur commun des différentes positions vues précédemment puisse être identifié dans cette capacité normative. En effet, l'ensemble des auteurs semble considérer que la personne juridique est celle qui possède le pouvoir d'exprimer juridiquement sa volonté. Mais avec une conséquence essentielle : il s'agit d'une volonté créatrice de droit. Le lien entre "exprimer sa volonté" et "créer du droit" n'est pas explicite chez tous. Toutefois, s'exprimer juridiquement, c'est donc transformer des faits en "faits juridiques", des actes en "actes juridiques".

<sup>253</sup> C. Dominicé, "L'émergence de l'individu en droit international public", *op.cit.*, p. 121.

<sup>254</sup> C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système de droit des gens", *op.cit.*, pp. 156-157.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>256</sup> L'expression n'est pas nouvelle. Cependant, il faut préciser qu'elle a parfois été utilisée dans un sens qui semble peu pertinent. On a ainsi pu la remarquer chez Capotorti, mais sans pouvoir en tirer de conclusions utiles. En effet, sa conception théorique de la personnalité juridique semble manquer de rigueur, en ce qu'il ne choisit pas une définition claire du concept, mais les accepte toutes. Ainsi le sujet de droit, d'après lui, peut être aussi bien le "membre originaire de l'ordre juridique", le "destinataire", ou celui qui possède une "capacité juridique générale". Celle-ci est alors définie par l'auteur comme la simple *“capacité du sujet à devenir titulaire des droits et des obligations prévus par cet ordre”*. Sa distinction entre les deux derniers types de sujet (soit entre destinataire et titulaire), à défaut d'explications supplémentaires, peut donc paraître confuse. Voir Capotorti, "Cours général de droit international public", *RCADI* 1994-4, vol. 248, p. 42.

## b. La participation du sujet au cycle de création du droit

Le sujet de droit participe donc nécessairement à la fonction de création du droit. Il convient alors de revenir sur la pensée de Kelsen, dont la définition du sujet de droit est fort originale et peut s'inscrire dans ce chapitre.

En effet, la logique kelsénienne est, en quelque sorte, inversée par rapport aux autres auteurs : Kelsen ne définit pas d'abord le sujet comme titulaire de droits subjectifs, mais va plutôt débiter sa réflexion par la définition du droit subjectif. Or, il semble bien que pour lui, le droit subjectif soit celui qu'on peut exercer, faire valoir : le droit subjectif implique donc nécessairement une capacité d'exercice de son titulaire. Dans le cas contraire, comme on l'a évoqué précédemment, il ne s'agit que d'un "droit-réflexe". En effet, *“un droit subjectif est le pouvoir juridique de faire valoir au moyen d'une action en justice la violation d'un droit-réflexe”*<sup>257</sup>. C'est ainsi par la capacité d'exercice qu'il distingue le droit-réflexe du réel droit subjectif. Or, la capacité d'ester en justice, pour Kelsen, est une capacité normative ; elle contribue à la création du droit. L'explication de cette position assez particulière réside dans la conception du droit de Kelsen, fortement axée sur la sanction. N'est pas véritablement juridique la norme à laquelle n'est attachée aucune sanction<sup>258</sup>. C'est ainsi que Kelsen ne distingue pas création et application dans le cycle de réalisation du droit. La fonction du juge, tout comme celle du législateur, est double : *“ainsi, à l'instar de la législation, la fonction juridictionnelle est à la fois création et application du droit”*<sup>259</sup>. Par conséquent, il qualifie *“l'acte juridictionnel, étape de*

<sup>257</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 187. Cette définition générique du droit subjectif, la plus synthétique de Kelsen, peut être retrouvée dans l'ensemble de ses écrits. Cela n'empêche pas l'auteur de proposer une liste exhaustive des différents types de droits que l'on considère en général comme subjectifs :

*“a. Soit un simple droit- réflexe, c'est-à-dire le réflexe d'une obligation juridique existant à l'égard de l'individu ;  
b. Soit un droit privé subjectif au sens technique, c'est-à-dire un pouvoir juridique conféré à l'individu de faire valoir par action en justice l'inexécution d'une obligation existant envers lui ; le pouvoir juridique de concourir à la création de la norme individuelle pour laquelle est ordonnée la sanction attachée à l'inexécution ;  
c. Soit un droit politique, c'est-à-dire le pouvoir juridique conféré à un individu, soit de coopérer à la création des normes générales qualifiées de lois, directement en tant que membre de l'Assemblée de peuple législatrice, soit de concourir indirectement, en tant que sujet d'un droit électoral parlementaire ou administratif, à l'édition de normes juridiques qu'un organe élu est habilité à créer ;*

*d. Soit enfin, en tant que liberté ou droit fondamental garanti constitutionnellement, le droit de concourir à la création de la norme par laquelle la validité de la loi inconstitutionnelle violant la liberté ou l'égalité garantie est annulée...”*

H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 149. Il est paradoxal de constater que Kelsen inclut dans cette liste le droit-réflexe, qu'il a pourtant clairement refusé de reconnaître comme subjectif. On ne peut voir ici qu'une concession à la majorité doctrinale.

<sup>258</sup> Cette conception du droit-sanction conduisit Kelsen à affirmer le caractère primitif du droit international, ce que contesta plus tard Virally, qui estimait que *“la contrainte est une garantie (très importante, mais non pas unique) d'une meilleure observation du droit, et non un élément de la définition du droit”* : *“Sur la prétendue primitivité du droit international”*, *op.cit.*, p. 95. Voir aussi la célèbre controverse entre Georges Burdeau et Georges Scelle sur la juridicité du droit international : G. Scelle, *“Pouvoir étatique et droit des gens”*, RDP 1943, pp. 189-229.

<sup>259</sup> H. Kelsen, *Théorie générale...*, *op.cit.*, p. 188.

*la procédure de création du droit*<sup>260</sup>. Dès lors, la personne qui fait valoir son droit subjectif participe à cette procédure de création. Cela est clairement exprimé par Kelsen à travers sa définition de la capacité d'ester en justice : “*cette dernière faculté est – comme on l’a précédemment exposé – un pouvoir conféré par l’ordre juridique de concourir à la création des normes juridiques individuelles que posent les décisions juridictionnelles*”<sup>261</sup>.

Les conséquences de cette conception du droit sur la définition du sujet de droit sont claires : le sujet, en tant que titulaire d'un droit subjectif, possède donc nécessairement la capacité de le faire valoir devant une juridiction. Cette capacité lui permet de contribuer à la formation du droit. Par conséquent, le sujet devient automatiquement un être normateur, et les droits subjectifs de Kelsen sont en réalité des pouvoirs normatifs. C'est bien ainsi qu'il conclut que “*être titulaire d'un droit, c'est avoir la capacité juridique de participer à la création d'une norme individuelle, de la norme par laquelle une sanction est ordonnée à l'encontre de l'individu qui – selon la décision du tribunal – a commis le délit, a manqué à son obligation*”<sup>262</sup>. La démarche de l'auteur, pour vérifier si une personne est sujet de droit, sera donc d'étudier si cette personne contribue à la création de normes, générales ou individuelles.

Une démarche similaire peut être détectée chez Scelle. Sa perception du sujet de droit est également en partie déterminée par sa capacité à participer aux différents "moments" de création du droit. En effet, si l'on a pu constater que pour Scelle, le sujet est un être qui exprime sa volonté, c'est aussi un être normateur. Il s'agit toutefois d'une similitude dans la démarche seulement, car sa conception du cycle de réalisation du droit diffère. A la conception verticale de Kelsen, Scelle oppose une conception horizontale, chronologique, de ce cycle : il en distingue les étapes de création, d'exécution et de sanction. Cela le mène à considérer successivement ce qu'il nomme les "fonctions sociales" : la fonction législative, dont l'objet est de “*formuler le droit objectif*” ; la fonction exécutive, qui est d’“*assurer la réalisation du droit positif*”, et la fonction juridictionnelle, qui permet de “*constater la régularité ou l'irrégularité totales ou partielles d'un acte juridique contesté*”. Toutefois il leur ajoute une quatrième fonction sociale, qui est celle de la sanction. “*Ainsi s'achève le cycle de ce que l'on appelle la technique juridique ou la réalisation du droit dont les quatre moments sont : la formulation de la règle de droit ;*

<sup>260</sup> H. Kelsen, *Théorie générale...*, *op.cit.*, p. 189.

<sup>261</sup> H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op.cit.*, p. 151. L'absence de distinction entre création et application du droit conduit Kelsen à développer une conception verticale, hiérarchique, des normes juridiques : la célèbre "pyramide" de l'auteur se décline donc en norme fondamentale, puis normes générales et enfin normes individuelles. Ces dernières sont notamment le fruit de l'activité juridictionnelle. La norme fondamentale est postulée, et l'on ignore son origine et son auteur. Les normes générales sont établies par le pouvoir législatif. Les normes individuelles, enfin, sont le fruit de l'activité exécutive et juridictionnelle. Kelsen considère à ce propos que la fameuse séparation tripartite des pouvoirs n'est en réalité qu'une dichotomie, car il associe pouvoir exécutif et judiciaire : “*les normes générales sont exécutées par le pouvoir exécutif ainsi que par le pouvoir judiciaire ; ...Ainsi la trichotomie courante n'est en fin de compte qu'une dichotomie, la distinction fondamentale entre legis latio et legis executio*” : *Théorie générale, op.cit.*, p. 305.

<sup>262</sup> H. Kelsen, *Théorie générale...*, *op.cit.*, p. 138.

*l'exercice des compétences ou création des situations juridiques : le contrôle de leur régularité ; la mise de la force au service du droit. Cette technique est la même dans toute société et nous verrons qu'elle est la même en droit international qu'en droit interne*"<sup>263</sup>. Sera donc sujet de droit, pour Scelle, celui qui participe à ce cycle. C'est pourquoi, que cela soit en droit interne ou en droit international, sa méthode (poursuivie par de Soto) consistera à étudier la capacité de l'éventuel sujet considéré à s'impliquer dans ces diverses fonctions "sociales", ou "normatives". Cela le mènera, on le sait, à développer sa théorie originale du "dédoublement fonctionnel".

Si Scelle considère les capacités du sujet international et du sujet interne comme identiques, cela ne peut nullement être généralisé à tous les auteurs étudiés dans ce chapitre. En effet, pour la plupart, les fonctions normatives internes et internationales ne sont pas nécessairement identiques, car la nature des ordres juridiques diffère. Si le sujet est communément perçu comme un être capable, de quoi doit-il être capable pour être sujet de droit international ? Il convient alors d'approfondir la notion de capacité. La capacité juridique n'est pas un concept univoque. Elle se décline en effet en "capacités de...", dont les auteurs ne font pas une utilisation uniforme. Si le dénominateur commun aux termes de capacité est le facteur expression de la volonté, les utilisations doctrinales de la notion recouvrent néanmoins plusieurs types de manifestations de volonté.

#### **B. Les différentes utilisations doctrinales de la notion de capacité juridique**

En effet, la variété des qualificatifs accolés au terme capacité et la fréquente confusion quant à leur utilisation nécessite d'approfondir la question : le sujet de droit, capable de quoi ? Quels sont ses moyens d'exprimer juridiquement sa volonté ? Sans effectuer ici de distinction entre droit interne et droit international, il convient de présenter les différents types de capacités formulés par la doctrine (1). Par ailleurs, il faut également souligner ici la particularité de l'école scellienne, fortement conditionnée par les considérations idéologiques du maître (2).

---

<sup>263</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 20.

### 1. Les "capacités de..." : diversité des termes utilisés

Le critère générique de la capacité a été évoqué à plusieurs reprises, soit pour le dissocier de la personnalité au chapitre précédent, soit au contraire pour l'y inclure<sup>264</sup>. On a aussi utilisé le terme "capacité d'agir", qui peut se décliner en deux réalités fort distinctes, selon qu'il est considéré sous un angle processuel ou sous un angle normatif. Il a également été fait référence à la distinction connue en droit civil entre capacités de jouissance et d'exercice.

Il convient à présent d'approfondir ces déclinaisons doctrinales de la capacité juridique. Elles peuvent permettre, en effet, de démontrer que le refus de tout recours à la notion dans la définition de la personnalité peut manquer de pertinence. Tel est le cas si on étudie de plus près une première dichotomie fréquemment utilisée entre capacité de droit et capacité d'action.

La capacité de droit est en effet relative au premier critère étudié, celui de la titularité des droits et obligations : on est "apte", "capable", de recevoir passivement des droits et obligations. Cela ne doit pas être confondu avec la capacité d'agir, qui est une qualité active. Morelli, par exemple, définit la capacité de droit international comme "la qualité, pour chaque sujet, d'être titulaire des situations juridiques subjectives dérivant du droit international ou bien l'aptitude à en devenir le titulaire". Il précise ensuite clairement que "de la capacité de droit, il faut distinguer la capacité d'agir, c'est-à-dire la capacité de manifester une volonté propre à produire des effets juridiques"<sup>265</sup>. La titularité est donc capacité de droit, tandis que le second critère est celui de la capacité d'agir. Strupp, lorsqu'il affirmait le caractère indivisible et virtuel de la personnalité, affirmait ensuite que "si des auteurs prétendent le contraire, c'est qu'il confondent la capacité de droit et la capacité d'agir, que l'on peut seule posséder à un degré plus ou moins grand"<sup>266</sup>. La distinction est courante chez les auteurs de toutes tendances. Ainsi, on la retrouve également chez Kelsen qui, pourtant,

<sup>264</sup> Au terme général de "capacité", le dictionnaire de droit international public ne distingue pas les différents aspects de la notion. Il en donne une définition très générale, qui a recours en même temps aux notions de titularité de droits et de capacité d'exercice : "aptitude à acquérir des droits, compétences ou pouvoirs et à les exercer" : *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 146. On y voit donc l'assimilation entre capacité et aptitude. La première partie de la définition, l'"aptitude à acquérir des droits", semble correspondre peu ou prou à la définition même de la personnalité juridique. La seconde partie de la définition, qui évoque l'"aptitude à acquérir des pouvoirs ou compétences" est plus obscure : pourquoi distinguer (et même les proposer en alternative) pouvoirs et compétences? Enfin, la définition inclut la capacité d'exercer, non plus seulement ses droits, mais aussi les pouvoirs et/ou compétences, mêlant ainsi une capacité d'exercice et une capacité normative. On ne peut que constater qu'il s'agit donc d'une définition extrêmement synthétique, mais qu'on pourrait tout aussi bien utiliser pour le terme de personnalité!

<sup>265</sup> G. Morelli, "Cours général de droit international public", *op.cit.*, p. 538. R. Quadri explique, en 1964, l'historique de cette distinction : "la théorie générale du droit a élaboré à partir du début du XIX<sup>ème</sup> siècle la notion de "capacité de droit". Vers le milieu du même siècle, on a fait une distinction entre "capacité de droit stricto sensu" et "capacité d'agir", éliminant ainsi l'idée de la capacité de droit comme possibilité de faire valoir des droits et de contracter des obligations", in R. Quadri, "Cours général de droit international public", *op.cit.*, p. 373.

<sup>266</sup> K. Strupp, "Règles générales du droit de la paix", *op.cit.*, p. 421.

considère les deux versants de la capacité juridique comme indissociables. Il semble ainsi réfuter l'utilisation qui en est faite par les volontaristes, dont il évoque les définitions : *“la théorie traditionnelle appelle capacité de droit la faculté d'un sujet d'avoir des droits et obligations juridiques, d'être sujet de droits ou d'obligations”*<sup>267</sup>. Pour lui, la distinction n'est pas pertinente, puisque *“sur la base de la définition que nous avons donnée du droit subjectif (...), l'incapable d'action ne peut pas avoir de droit subjectif, puisqu'il n'a pas cette capacité d'action”*<sup>268</sup>. Par conséquent, dans la pensée kelsenienne, capacité de droit et capacité d'action se confondent, puisqu'on n'est titulaire d'un droit subjectif que si l'on peut l'exercer ; dans tous les cas, dit-il, l'ordre juridique confère au sujet un pouvoir de concourir à la formation des normes.

Si l'on considère la définition de la personnalité présentée dans ce chapitre, c'est dans le sens d'une addition des capacités, de droit et d'action, qu'il faut comprendre l'expression "capacité juridique générale".

C'est au sein même du second versant de cette dichotomie qu'une nouvelle distinction est souvent effectuée, entre capacités normative et processuelle. Comme on a pu le constater auparavant, la capacité "d'agir" (ou "d'action") est une expression d'un usage délicat, car à double sens. Au sens large, elle implique la faculté de manifester sa volonté en vue de produire des effets de droit, et devient synonyme de capacité normative. Dans un sens plus restreint, mais le plus souvent utilisé aujourd'hui, elle est la possibilité de faire valoir ses droits par une action en justice, synonyme de capacité de réclamation. Pourtant, pour Kelsen, la capacité d'action révèle surtout des pouvoirs normatifs : *“la capacité d'action est avant tout la capacité de faire des actes juridiques infra-législatifs, tels que conventions, testament, adoption, etc. Cependant on y fait également rentrer la capacité d'influencer la procédure juridictionnelle par le moyen d'une action ou demande, ou d'un recours (capacité processuelle ou procédurale)”*<sup>269</sup>. Comme on l'a vu, il ne distingue pas réellement l'aspect processuel et l'aspect normatif de cette capacité d'action, puisqu'il estime qu'elles confèrent toutes deux un pouvoir de participer à la formation de normes juridiques.

Le risque de confusion ainsi généré par l'emploi de l'expression "capacité d'agir" nous conduira ici à lui préférer celle de capacité de réclamation, ou plutôt de capacité processuelle ; car ces deux dernières ne sont pas tout à fait identiques : la capacité processuelle implique en effet non seulement la possibilité de réclamer, mais également celle d'être contraint à assumer ses obligations.

Si Kelsen assimile capacité processuelle et capacité normative, c'est loin d'être le cas pour tous les auteurs ayant opté pour cette seconde définition de la personnalité.

<sup>267</sup> H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op.cit.*, p. 160.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 151.

C'est cependant sur la seconde caractéristique qu'ils mettent l'accent. A la rigueur, l'essentiel n'est pas que le sujet puisse ou non faire valoir ses droits ; il doit impérativement, en revanche, posséder des pouvoirs normatifs.

En fin de compte, ces partitions effectuées par la doctrine internationaliste au sein de la notion de capacité semblent se faire l'écho d'une autre célèbre dichotomie : celle qui existe entre les capacités de jouissance et d'exercice du sujet de droit interne. On peut considérer la première comme équivalent à la capacité de droit, puisqu'elle consiste également en une aptitude à être titulaire de droits et obligations. On a d'ailleurs pu constater que les civilistes eux-mêmes ne nient pas le rapport étroit qui existe entre personnalité et capacité de jouissance, puisque G. Cornu reconnaissait que *“l'absence de personnalité juridique se définirait comme une incapacité générale de jouissance”*<sup>270</sup>. La seconde, en revanche, semble ne correspondre qu'au versant processuel de la capacité d'action : elle se définit communément comme la possibilité d'exercer soi-même un droit dont on a la jouissance. L'aspect normatif, s'il est présent dans l'étude des capacités du sujet interne (dont l'illustration la plus courante est sa capacité de contracter), n'est pas franchement révélé par l'expression "capacité d'exercice".

Les internationalistes utilisent parfois la distinction, afin de préciser le sens de leur usage du terme capacité. C'est ainsi que J. Combacau utilise le terme capacité dans le seul sens d'exercice, pour mieux l'exclure de la définition de la personnalité. Il fait ainsi de la "capacité internationale", et "capacité d'exercice", des synonymes : *“la personnalité internationale des sujets internes est une qualité passive, qui leur permet de recevoir les droits et obligations résultant d'une activité interétatique à laquelle il n'ont pas pris part. La capacité internationale (au sens qui nous intéresse ici de capacité d'exercice, s'il faut employer cette expression imparfaite) est au contraire une vertu active qui, si elle est reconnue à ces nouveaux sujets, les met en mesure de participer eux-mêmes à l'activité juridique internationale”*<sup>271</sup>. Toutefois, il faut reconnaître que l'analogie est soit inexacte, soit incomplète : la capacité d'exercice du droit civil ne correspond pas à la capacité normative du droit international, mais plutôt à la seule capacité processuelle<sup>272</sup>.

Enfin, si la doctrine s'accorde sur les principales déclinaisons du terme de capacité, l'école scellienne l'utilise de façon particulière.

## **2. La particularité de l'école scellienne**

La conception de la capacité juridique revêt chez Scelle une particularité qui s'exprime à travers une sémantique propre (a). L'analyse de son discours révèle alors

<sup>270</sup> G. Cornu, *Droit civil, introduction : les personnes, les biens, op.cit.*, p. 205.

<sup>271</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 312-313.

<sup>272</sup> Sur les limites des analogies entre personnalité interne et personnalité internationale, voir les développements *infra*, Section II, II.

certains rapprochements (dont les limites doivent également être soulignées) avec celui d'un ultra-volontariste tel que P. Weil (b).

#### a. Notions de compétence et d'agent juridique

Scelle, avant même de définir le sujet de droit, appréhende indirectement la notion de capacité. En effet, sa première démarche, lorsqu'il aborde le thème de la personnalité juridique, est de donner une définition du terme de compétence. Ce n'est qu'ensuite qu'il définira le sujet comme être compétent. La première particularité de l'école scellienne réside ici dans la préférence accordée au terme de "compétence" au détriment de celui de "capacité". Ainsi, *“on appelle compétence le pouvoir conféré aux individus membres de la société d'émettre des actes de volonté qui se réaliseront dans le milieu social. C'est le pouvoir de créer des situations juridiques”*<sup>273</sup>. On retrouve ici la définition même de la notion de capacité juridique, au sens large du terme : celui de l'expression d'une volonté. Comme on l'a déjà vu, le sujet de droit (expression qui ne satisfait pas Scelle), est donc celui qui est investi de compétences. Cela signifie-t-il que Scelle évite la notion de capacité ? Apparemment non, puisqu'il mentionne lui même une distinction sémantique entre les deux termes : *“lorsqu'il s'agit de particuliers, on parle surtout de capacité et l'on envisage le pouvoir d'agir comme visant des buts d'intérêt particulier ou privé ; lorsqu'il s'agit des gouvernants ou des agents publics, on parle plutôt de compétence...En tout cas, qu'il s'agisse de capacité ou de compétence, la notion juridique est fondamentalement la même”*<sup>274</sup>. Bien qu'il la réfute ici, Scelle est toutefois l'un des rares auteurs à relever cette distinction

<sup>273</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 7-8. Le dictionnaire Salmon définit de façon générale la compétence comme *“ensemble des pouvoirs reconnus ou conférés par le droit international à un sujet de droit ou à une institution ou un organe, les rendant aptes à remplir des fonctions déterminées et à accomplir les actes juridiques qui en découlent”*, *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 210.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 9. S. Goyard-Fabre souligne également cette distinction entre capacité et compétence : *“c'est une constante, depuis le droit romain, de considérer que le sujet de droit, doté de personnalité juridique, a pour qualité primordiale de pouvoir accomplir en son nom propre des actes de droit comme acheter ou vendre un bien, se marier, conclure un contrat, engager un action en justice...A ce pouvoir du sujet de droit, les civilistes donnent généralement le nom de capacité et les publicistes le nom de compétence”* : in *“Sujet de droit et objet de droit”*, *op.cit.*, p. 15. En revanche, on peut souligner l'existence d'une conception différente du rapport entre capacité et compétence, distinguées par la notion de pouvoir : *“en droit positif, c'est généralement le terme de "capacité" qui sert à désigner les cas où un sujet jouit d'une "permission" (droit, pouvoir faire) au sens ci-dessus, alors que le terme de "compétence" renvoie le plus souvent à des cas où, au-delà de la reconnaissance d'un simple "pouvoir faire x", il s'agit de désigner l'aptitude légale d'un sujet à créer une situation juridique nouvelle...”* : *“Compétence”*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op.cit.*, p. 77. Finalement, cette dernière distinction explique aussi l'ambivalence du concept de personnalité juridique : appliqué à une personne publique, il doit impliquer des compétences, c'est-à-dire des pouvoirs de création normative. En revanche, appliquée à une personne privée telle que l'individu, la personnalité juridique nécessite la possession d'une "capacité", qui n'est autre que l'équivalent de la titularité.

importante, qui mène à considérer différemment les personnes publiques et privées <sup>275</sup>. Il semble, quant à lui, persister dans l'usage du terme compétence, appliqué à tout type de sujet de droit. En revanche, sa pensée évolue, après la publication de son *Précis de droit des gens* de 1932 : en 1948, il précise son insatisfaction face à l'expression sujet de droit, à laquelle il substitue celle "d'agent juridique" : "*on appelle sujets de droit ou mieux agents juridiques, les individus ou personnes investis de compétence. Le terme d'"agents juridiques" est le meilleur car il précise qu'il s'agit d'individus capables de vouloir un effet de droit*" <sup>276</sup>.

Plutôt que d'affirmer que "le sujet est un être capable", dans le vocabulaire scellien on préférera dire "l'agent juridique est un être compétent".

La particularité des positions de Scelle va au-delà des questions sémantiques. En effet, c'est à travers l'utilisation de concepts relativement classiques qu'il se démarque. Son usage des concepts de capacité et de sujet de droit est entièrement orienté par sa finalité : il s'agit de prouver que tout ordre juridique, interne ou international, ne connaît comme sujets que des individus : "*si la qualité de sujet de droit n'appartient pas à tous les individus et ne leur appartient pas uniformément, elle ne peut cependant appartenir qu'à des individus. Elle est en effet un attribut social de la volonté*" <sup>277</sup>. C'est sur ce point que Scelle se différencie nettement du reste de la doctrine. Il nie en effet toute différence de nature entre ordre international, dont les sujets seraient les Etats, et ordre interne, dont les sujets seraient les individus. Il considère ces différents ordres juridiques comme étant, de façon égale, des collectivités humaines. Sa définition de la société internationale est ainsi celle d'une "*collectivité d'individus, sujets de droit, appartenant déjà à des sociétés nationales*" <sup>278</sup>.

S'il est important de demeurer conscient de cette différence doctrinale essentielle, on peut néanmoins comparer Scelle et certains auteurs considérés comme ultra-positivistes : leur concept théorique du sujet est partiellement similaire.

#### b. Comparaison entre Scelle et les ultra-volontaristes : la lutte contre les fictions juridiques

Dès lors que Scelle considère le sujet de droit comme un être volontaire, il en déduit que les sujets ne peuvent être que des individus. La raison en est que, pour lui, une personne morale ne peut avoir de volonté. C'est pourquoi il rejette la notion de

<sup>275</sup> On peut retrouver cette opposition entre personnes privées et publiques chez Mosler, dont la conception du sujet montre qu'il assimile capacité et personnalité : "*la capacité juridique est un élément de construction nécessaire à toute relation juridique. Elle se définit comme la qualité d'être titulaire de positions juridiques subjectives. Par ces dernières, on comprend des droits et obligations, et, pour les entités de droit public, des compétences*" : in "Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public", *Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964. On aboutirait ainsi à une personnalité juridique publique différente d'une personnalité juridique privée.

<sup>276</sup> G. Scelle, *Cours de droit international public*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 1948, p. 13.

<sup>277</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 9.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 28.

personnalité morale, qu'on l'applique à l'Etat, à une association, ou encore à une entreprise : “*la personnalité collective, la volonté collective sont des fictions dont on peut s'expliquer la naissance et la raison d'être, mais de simples fictions*”<sup>279</sup>.

En bref, Scelle n'aimait pas les fictions ; mais Weil non plus, pour ne citer que le plus positiviste des auteurs récents. Le premier rejetait la fiction de la personnalité morale au motif que ces entités n'ont pas de conscience propre, pas de volonté, en dehors des personnes physiques qui les composent. Il faisait une place déterminante au rôle de la volonté dans la production du droit ; mais il ne s'agit ici que de volonté humaine. Weil, quant à lui, conteste la fiction de “*l'étrange théorie de la personnalité relative*”<sup>280</sup> : la personnalité véritable ne peut être que totale. Cela le conduit à nier, en droit international, la personnalité des entités dérivant de l'Etat. Ainsi en est-il des organisations internationales. Contestant la pertinence de l'avis de la CIJ de 1949, il affirme que “*la théorie de l'extension du droit international à des sujets non étatiques repose sur les apparences et les fictions de la technique juridique, mais elle ne correspond guère à la vérité des rapports sociologico-politiques*”<sup>281</sup>.

Ainsi, leur démarche de lutte contre les fictions les rapproche ; mais aussitôt, leur conception de la fiction en droit international les éloigne à nouveau. Sur le fond, leur conception du sujet comme être normateur peut paraître similaire. Toutefois, elle n'a pas la même finalité. Pour l'un, il s'agit de justifier sa conception de l'ordre juridique comme exclusivement composé d'individus. Pour l'autre, il s'agit au contraire de redonner un éclat, trop souvent contesté, à l'entité étatique. Par conséquent, leurs regards sur les personnes susceptibles d'exprimer leur volonté en droit international les opposent à nouveau.

Cependant, c'est bien à deux types de volontarisme qu'on a affaire, chacun prétendant détenir la vérité. L'un est volontarisme étatique, dans la conception la plus classique du terme : il signifie que la volonté des Etats constitue, seule, le fondement du caractère obligatoire du droit international. L'autre est volontarisme individuel, dans lequel c'est l'individu qui est assimilé au législateur international.

Compte tenu du caractère marginal des positions scelliennes, c'est bien sur la pensée volontariste qu'il convient d'insister. Il faut retenir ici que cette seconde définition de la personnalité juridique va inclure le terme de capacité ; la raison en est qu'il semble nécessaire de faire apparaître la volonté normative du sujet.

<sup>279</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 10.

<sup>280</sup> P. Weil, “Le droit international en quête de son identité, cours général de droit international public”, *op.cit.*, p. 101.

<sup>281</sup> *Ibid.* P. Weil estime ainsi que les organisations internationales demeurent fondamentalement une émanation de l'Etat, “*ne sont pas autre chose que le bras séculier des Etats qui la composent*”, et que la fiction de leur personnalité est autrement plus marquée (et contestable) que celle, qu'il reconnaît toutefois, des sociétés de droit interne. Voir pp. 104-106.

On a donc pu constater qu'un critère normatif entre désormais dans la définition de la personnalité juridique. Ce critère est celui de la capacité, qui connaît plusieurs déclinaisons doctrinales, selon les moyens théoriques de création du droit envisagés par les auteurs. Toutefois, il apparaît que ces moyens s'expriment, en pratique, différemment au plan interne et au plan international. La doctrine internationaliste exige ainsi du sujet de droit international des capacités proprement internationales.

## ***II. Les capacités juridiques internationales exigées par la doctrine volontariste***

Au sein des différentes déclinaisons théoriques de la notion de capacité, c'est donc sur la capacité d'agir, au sens large, que l'accent est porté. Quelles sont ces capacités d'agir internationales qui vont conférer une personnalité réellement internationale à une personne ? Il est possible de synthétiser les exigences doctrinales, en étudiant trois principaux critères d'expression internationale de la volonté du sujet de droit (A). Par ailleurs, la question de savoir comment s'articulent ces capacités peut être posée : ces trois critères doivent-ils être obligatoirement tous détenus pour conférer la personnalité, ou sont-ils simplement alternatifs ? (B).

### **A. Trois critères d'expression juridique de la volonté subjectivante en droit international**

En apparence, les capacités internationales que la doctrine inclut dans la personnalité juridique internationale peuvent sembler très diverses (1). Cependant, il est possible d'y déceler trois dénominateurs communs (2).

#### ***1. Diversité des capacités internationales inhérentes à la personnalité juridique internationale***

Les analyses doctrinales des capacités internationales du sujet de droit international sont fort nombreuses. Parmi les auteurs considérés, certains ne relèvent qu'une seule capacité inhérente à la personnalité juridique ; d'autres au contraire y incluent presque une dizaine de capacités ; d'autres, enfin, en considèrent deux ou trois.

Pour les premiers, déjà cités, une capacité unique conditionne la personnalité juridique. Ainsi, on a pu constater que pour Pilotti, est sujet celui "qui négocie et stipule des accords" ; pour P. Pescatore, être une personne juridique, c'est être "apte à établir des liens juridiques avec d'autres sujets de droit international". Enfin, pour P. Weil, le sujet est l'"auteur de la normativité internationale". Si ces auteurs ont en commun l'exigence d'une seule capacité internationale, cette dernière n'est pourtant pas identique pour les trois. En effet, le critère de la personnalité juridique établi par Pilotti est celui de la faculté de conclure des traités. Il s'agit d'une capacité normative, tout

comme celle présentée par P. Weil. Toutefois, ce dernier ne pose pas son exigence dans les mêmes termes : être auteur de la normativité internationale est un critère plus large que la simple conclusion de traités, puisqu'il peut prendre plusieurs voies : les "sources" de droit international ne se résument pas au droit conventionnel. Par ailleurs, la condition envisagée par P. Pescatore est différente des deux autres : il met l'accent, non plus sur la création de normes, mais sur un aspect relationnel : même si cette l'aptitude du sujet à établir des liens juridiques peut entraîner la création de normes internationales, l'exigence n'est pas identique. Ainsi, on peut souligner que déjà, au sein de cette première position, il n'y a pas unanimité quant à la condition qui détermine le statut de sujet de droit international. Deux critères existent : celui de la création de normes, et celui de l'établissement de relations juridiques.

Les seconds auteurs présentent une liste exhaustive des caractéristiques impliquant la personnalité internationale. Il s'agit ici des représentants de la doctrine soviétique, dont on sait que, pour la plupart, ils ne considéraient que les Etats comme sujets internationaux. Dès lors, leurs conditions sont celles qui sont attachées à la personnalité de l'Etat. Ainsi, pour Tunkin, "*States possess a full-size international legal personality which comprises the following elements : 1. Rights and duties under international law ; 2. Sovereignty which means supreme power over their respective territories and population ; 3. Sovereign equality of all states ; 4. Privilege and immunities ; 5. Capacity to participate in the process of creating norms of international law ; 6. Capacity to participate in international legal relations ; 7. Capacity to bring international claims ; 8. Capacity to take enforcement actions under international law ; 9. Capacity to bear international responsibility*"<sup>282</sup>. Il présente donc pas moins de neuf capacités internationales qu'il déduit de la "pleine personnalité internationale", expression qui pourrait laisser supposer qu'il accepte l'existence d'une personnalité réduite : or, on sait que tel n'était pas le cas ; il s'agit donc bien ici de sa seule conception de la personnalité. Il ne reconnaît comme sujet que celui qui dispose de ces capacités, qui comprennent non seulement celles envisagées par les précédents (capacité d'élaborer des normes internationales ainsi que d'établir des relations juridiques internationales), mais aussi certaines totalement liées à la possession de la qualité étatique : compétence territoriale et personnelle, égalité souveraine. Dans cette approche, personnalité et souveraineté sont dès lors indissociables. Un autre auteur, Feldman, confirme cette approche soviétique du sujet international. Bien qu'il ne présente pas une liste aussi détaillée que la précédente, ce sont des exigences similaires qu'on retrouve : "*1. An international person realizes his rights and duties in accordance with the international legal norms ; 2. An international person is a party in the relation regulated by international legal norms ; 3. An international person is capable of participation in the working out of*

---

<sup>282</sup> G. Tunkin, "International law in the international system", *op.cit.*, p. 201.

*international legal norms ; 4. He possesses an independent legal status*"<sup>283</sup>. Aux critères de la normativité internationale et des relations juridiques entre sujets, il ajoute également une condition qui paraît propre aux Etats, bien que le terme de souveraineté n'apparaisse pas : le "statut légal indépendant". Chez Tunkin comme chez Feldman, on retrouve ainsi les conditions exigées par les auteurs précédents, mais fortement détaillées et complétées. Toutefois, Tunkin est bien plus exigeant que son successeur, puisqu'il inclut également dans la personnalité la possession de privilèges et immunités, ainsi que la possibilité d'usage de la force ("enforcement actions"). L'implication du sujet dans la responsabilité internationale, en tant que victime ou responsable, est également présente chez Tunkin, mais non chez Feldman.

Enfin, à mi-chemin de ces deux positions, certains auteurs incluent deux ou trois capacités dans la personnalité. Ainsi, Torrelli associe la capacité de participation à l'élaboration de normes, et la capacité d'accès aux juridictions internationales. En effet, étudiant la personnalité de l'individu dans le cadre communautaire, il étudie ces deux compétences, normative et processuelle. Après avoir révélé en introduction que sa conception du sujet de droit inclut une faculté de participer à la création de droit, il divise son ouvrage en "immédiateté normative" (analyse de la participation de l'individu à l'élaboration de la norme) et "immédiateté juridictionnelle" (étude de l'accès individuel aux juridictions)<sup>284</sup>. Cette position est aussi, bien plus clairement, celle de C. Dominicé, pour qui trois critères entrent dans la construction de la personnalité internationale, quel que soit le sujet considéré. Il s'agit, comme vu précédemment, "*des trois grandes capacités de (i) de conclure des traités, (ii) d'établir des relations diplomatiques, et (iii) de participer aux mécanismes de la responsabilité internationale*"<sup>285</sup>.

Malgré la variété de ces exigences, certains critères sont ainsi partagés par la majorité de la doctrine représentée dans ce chapitre. Il est possible d'en relever les dénominateurs communs. En effet, si les premiers n'insistent que sur une capacité, elle est toutefois très générale : plusieurs des capacités évoquées par Tunkin, notamment, peuvent être incluses dans la capacité normative de P. Weil ; par ailleurs, la capacité relationnelle présentée par P. Pescatore peut sembler relativement imprécise, floue. Est-ce réellement sur la capacité à établir des liens que l'auteur souhaite insister ? En effet, il exprime, juste après cette affirmation, qu'en fin de compte, le sujet est celui qui "*est, en d'autres termes, apte à agir juridiquement dans les relations internationales*"<sup>286</sup>. L'aspect relationnel disparaît ici pour laisser place à la capacité d'action, au sens général du

<sup>283</sup> D. Feldman, "International Personality", *op.cit.*, p. 357.

<sup>284</sup> Il s'agit, dans son étude, du cadre communautaire européen, que certains prennent comme exemple pour le droit international, tandis que d'autres le réfutent, estimant qu'il appartient davantage à une logique fédérale étrangère à la société internationale. Toutefois, à ce stade de notre étude du cadre conceptuel de la personnalité juridique, cela est relativement indifférent.

<sup>285</sup> C. Dominicé, "L'émergence de l'individu en droit international public", *op.cit.*, p. 122.

<sup>286</sup> P. Pescatore, "Relations extérieures des communautés", *op.cit.*, p. 30.

terme. Les deux semblent pouvoir être pris en compte. Quant aux seconds, on ne peut que relever le caractère idéologique de leurs positions, dont la finalité est de nier tout statut international à d'autres entités que les Etats.

En revanche, la position de C. Dominicé semble à la fois préciser le critère unique mais trop général des premiers, et synthétiser les exigences des seconds, tout en évitant le recours trop circonstancié à la qualité étatique. On peut donc estimer que les trois capacités qu'il développe représentent les dénominateurs communs à la plupart des exigences doctrinales.

## ***2. Trois dénominateurs doctrinaux communs***

Il est ainsi possible d'identifier trois principales capacités inhérentes à la personnalité internationale. Dans un premier temps, la capacité normative est illustrée par la faculté du sujet de conclure des traités (a). Dans un second temps, la capacité processuelle est représentée par la participation du sujet aux mécanismes de la responsabilité internationale (b). Enfin, une capacité relationnelle semble être exigée du sujet international, qui consiste en l'établissement de relations juridiques ou diplomatiques. Toutefois, ce troisième critère ne fait pas l'unanimité et peut sembler confus (c).

### **a. Une capacité normative internationale : la conclusion de traités**

Le traité est la manifestation la plus fréquente de la normativité internationale. Pour les auteurs volontaristes considérés ici, le sujet de droit international doit pouvoir conclure des traités ; il est le seul à disposer de cette faculté, qui le caractérise en tant que personne juridique. Cela ne signifie pas pour autant que tous les sujets de droit international disposent de la même capacité en matière de conclusion de traités. En effet, comme le rappelle C. Dominicé, “*une capacité est une aptitude de principe*”<sup>287</sup> ; tous les sujets de droit international possèdent la capacité de principe de conclure des traités. Toutefois, “*c'est au niveau de l'exercice de cette capacité que des différences vont se manifester. Il s'agit alors, non plus de la capacité dans son principe, mais de questions de compétence*”<sup>288</sup>. Cela lui permet de justifier que les belligérants, par exemple, n'ont pas la même possibilité d'exercer leur capacité que les Etats : elle est beaucoup plus limitée.

Est-ce la seule conclusion de traités qui importe, ou est-ce plutôt la faculté de créer des normes internationales ? Outre le fait que le traité est la norme internationale par excellence, on peut souligner que ce critère permet d'envisager aussi l'aspect relationnel au sein de l'ordre juridique international. Par conséquent, s'il est le mode le plus important d'expression d'une volonté normative, il est aussi révélateur de la

---

<sup>287</sup> C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *op.cit.*, p. 159.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 161.

possibilité d'établir des relations d'égalité avec d'autres sujets. C'est peut-être en cela qu'il est davantage caractéristique de la personnalité juridique internationale. Ainsi, la seule mention des traités, pour cette première capacité, peut laisser croire que les autres moyens de créer du droit sont exclus. Pourtant, c'est bien sur l'aspect normatif qu'il faut insister : si Pilotti et C. Dominicé ne font référence qu'aux traités, les autres auteurs insistent sur les normes internationales dans leur ensemble. Par conséquent, si l'on considère cette capacité sous l'angle plus général de son pouvoir normatif, alors la capacité de produire des actes juridiques internationaux par d'autres chemins devra aussi être prise en compte. L'omission (volontaire ou non) des autres "sources" de droit que sont la coutume, les principes généraux du droit et, éventuellement, les actes unilatéraux, devrait ainsi être corrigée. En l'état actuel des choses, il s'agit d'une hypothèse toute théorique, du moins en ce qui concerne la coutume. En effet, de prime abord, il peut paraître évident que seuls les Etats élaborent la coutume internationale : se poser la question pour d'autres personnes peut sembler inutile<sup>289</sup>. Elle n'est pourtant pas dénuée d'intérêt théorique, et peut également intervenir en matière d'actes unilatéraux.

Ce premier critère est donc celui d'une capacité normative, quelle que soit la norme créée. Le sujet de droit international, dans cette situation, revêt l'habit du "législateur" international.

b. Une capacité processuelle internationale : les mécanismes de la responsabilité internationale

Les auteurs s'accordent sur un second critère, qui est celui de l'implication du sujet dans le fonctionnement de la responsabilité internationale. Toutefois, il est important de souligner que C. Dominicé possède une vision particulière, très extensive, de cette capacité.

En effet, traditionnellement, elle recouvre deux modalités distinctes : d'une part, se voir imputer des faits illicites internationaux, d'autre part, pouvoir agir devant une juridiction internationale : prendre la place, soit de la victime, soit de l'accusé. Cette capacité, qu'on peut qualifier de processuelle, possède donc une dimension active,

---

<sup>289</sup> Pour un point de vue récent, on peut lire H.M. Mendelson, "The Formation of Customary International Law", *RCADI* 1998, vol. 272, notamment pp. 198 s. L'auteur s'interroge sur les entités non étatiques contribuant à la formation de la coutume. Bien qu'il reconnaisse une certaine participation indirecte d'entités telles que les ONG, cette participation ne lui paraît pas significative. Il n'analyse aucunement un éventuel rôle individuel des personnes physiques. Il conclut que "*in the ultimate analysis, it is only the practice of the organs and instrumentalities of States which is taken into account in deciding whether a rule of customary international law has come into being or has been modified by another rule. In this (relatively) formal sense, the practice of non-governmental bodies does not count in the formation of customary international law*" (p. 203).

puisque le sujet doit pouvoir engager la responsabilité d'autrui ; elle possède également une dimension passive, lorsque le sujet voit sa propre responsabilité engagée.

Dans son aspect processuel, cette capacité est étroitement liée à l'existence d'une juridiction internationale. Toutefois, pour C. Dominicé, elle ne se limite pas à cela. En effet, il y inclut les actions contentieuses mais aussi les actions non contentieuses. C'est ainsi que C. Dominicé considère que *“les mécanismes généraux comprennent l'action diplomatique, la présentation de prétentions internationales de manière libre et indépendante de l'existence d'un traité, et même, au besoin, la faculté de recourir à des contre-mesures. Seuls les sujets du droit international sont au bénéfice d'une telle capacité, qui est inhérente à la personnalité juridique internationale”*<sup>290</sup>. Sa définition de la capacité processuelle exige davantage que le simple fait d'être partie, demandeur ou défendeur, devant une juridiction internationale : c'est l'implication dans toutes les étapes de la responsabilité internationale qu'il inclut, de la négociation diplomatique à l'usage de la force. Or, sa conception de la responsabilité internationale est calquée sur celle des Etats, telle que codifiée par la CDI en 2001.

Cette capacité processuelle est également à mettre en relation avec la condition première de la personnalité juridique, celle de la titularité de droits (et obligations) subjectifs. C'est en effet cette capacité, comme on a pu le constater au chapitre précédent, qui permet de prouver la possession réelle des droits subjectifs.

### c. Une capacité relationnelle internationale : les relations diplomatiques

Le critère général présenté par P. Pescatore comme étant celui de l'établissement de liens juridiques prend la forme plus restreinte, chez C. Dominicé, de l'établissement de relations diplomatiques. Sont-ils identiques ? De pertinence égale ?

On peut remarquer que l'établissement de relations juridiques peut s'effectuer par le biais de la conclusion de traités. De même, ester en justice, c'est aussi établir une relation juridique, même conflictuelle. Par conséquent, il semble que le critère présenté par P. Pescatore puisse aussi bien être inclus dans les deux capacités vues précédemment. En revanche, l'activité diplomatique est une forme particulière des relations juridiques internationales, qu'il est plus aisé de dissocier de la conclusion de traités ou de la responsabilité internationale. S'il faut retenir une troisième capacité inhérente à la personnalité juridique internationale, c'est bien plutôt les relations diplomatiques que les relations juridiques, ces dernières étant déjà caractérisées par les deux autres types de capacités.

L'établissement de relations diplomatiques s'effectue par l'exercice du droit de légation. C'est uniquement sous cet angle que C. Dominicé envisage cette capacité relationnelle, qu'il définit comme *“l'aptitude à accréditer des représentants diplomatiques, ou à*

---

<sup>290</sup> C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *op.cit.*, p. 163.

*en recevoir*”<sup>291</sup>. Les objectifs de ces relations sont traditionnellement de représenter un sujet de droit international auprès d'un autre, protéger les intérêts du sujet de droit international ainsi représenté, négocier et s'informer. Le principe de représentation en est le cœur, et on peut souligner que “*la représentation diplomatique est étroitement liée à la notion de personnalité internationale*”<sup>292</sup>. Par ailleurs, il semble que ce critère implique une activité du sujet concerné comportant une dimension publique, d'intérêt général, de poursuite de buts désintéressés. C'est, en tout cas, ce qu'affirme implicitement C. Blumann, lorsqu'il évoque le cas des organisations non gouvernementales : “*mais dès lors qu'on les distingue des organisations intergouvernementales par leur nature "privée" et quand bien même, elles se caractérisent par la poursuite de buts désintéressés, ce qui permet de les distinguer des sociétés transnationales, on voit mal comment leur reconnaître ne serait-ce qu'un embryon de statut diplomatique puisque celui-ci découle du caractère public – Etat ou organisation internationale – de l'organisation qui en bénéficie*”<sup>293</sup>. Pour cette même raison, ce critère est fréquemment utilisé pour nier toute personnalité internationale aux sociétés multinationales<sup>294</sup>.

Il s'agit donc d'un critère particulier, extrêmement lié à l'activité étatique et inter-étatique. Peut-on, pour autant, en faire réellement un critère à part entière de définition de la personnalité juridique internationale ? Sa pertinence peut être remise en cause. En effet, d'une part, certains auteurs semblent inclure cet aspect de la personnalité juridique au sein de la capacité processuelle<sup>295</sup> ; d'autre part, C. Dominicé lui-même évoquait déjà l'action diplomatique au critère précédent de la capacité processuelle. N'est-il pas artificiel de séparer ainsi l'établissement des relations diplomatiques de leur exercice ?

Cela pose enfin la question du caractère cumulatif ou alternatif de ces capacités : tous les sujets du droit international doivent-ils posséder cette caractéristique, parmi les autres ? Compte tenu de ses particularités, l'exigence des relations diplomatiques semblerait interdire la reconnaissance d'une quelconque personnalité internationale à

---

<sup>291</sup> C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *op.cit.*, p. 162.. Au contraire de Tunkin notamment, C. Dominicé exclut de cette capacité les privilèges et immunités qui découlent des relations diplomatiques : “*ainsi, par exemple, l'immunité de juridiction des organisations internationales n'est pas un attribut de leur personnalité juridique*”. Il perçoit donc ce critère de façon tout à fait restrictive. Toutefois, il n'explique pas sa position sur ce point.

<sup>292</sup> C. Blumann, “Etablissement et rupture des relations diplomatiques”, in SFDI, Colloque de Tours, *Aspects récents du droit des relations diplomatiques*, Paris, Pedone, 1989, 301 p., ici p. 10.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>294</sup> Voir, C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *op.cit.*, p. 162 : “*si puissantes qu'elles puissent être, les sociétés multinationales n'ont pas cette capacité, attribut réservé aux sujets du droit international*”. Voir également C. Blumann, “Etablissement et rupture des relations diplomatiques”, *op.cit.*, p. 11 : “*bien qu'on conçoive parfaitement que de telles sociétés disposent à l'étranger de nombreuses filiales, agences ou bureaux de presse ou d'information, on ne saurait voir là une quelconque représentation diplomatique qui suppose de la part de l'organisme qui en bénéficie un minimum d'activité d'intérêt général*”.

<sup>295</sup> Le manuel de J. Combacau et S. Sur, notamment, p. 227 : au sein de la capacité processuelle, il inclut les réclamations non contentieuses, et en premier lieu celles prenant “*la voie diplomatique, ouverte au moins entre les Etats qui ont choisi d'exercer effectivement le pouvoir de légation...*”.

toute autre entité que l'Etat, qu'il soit considéré individuellement ou collectivement (sous forme d'organisation internationale).

Est-il envisageable, pour autant, de réduire à deux le nombre des capacités inhérentes à la personnalité juridique internationale? Il est d'ores et déjà possible d'affirmer qu'il existe, au sein des auteurs optant pour cette seconde définition de la personnalité internationale, un accord doctrinal quant à la nécessité de détenir les deux premières capacités. Les deux aspects, normatif et processuel, doivent être inclus dans la définition de la personnalité juridique internationale. Cependant, la réponse à cette question va dépendre en grande partie de la conception cumulative ou alternative que les auteurs se font des différents critères.

### **B. Des critères cumulatifs ou alternatifs ?**

Parmi les auteurs étudiés, certains exigent du sujet de droit international qu'il cumule toutes ces capacités pour obtenir un tel statut. Cette position est symptomatique de certains excès du volontarisme (1). D'autres, au contraire, optent pour une approche alternative de ces capacités : l'entité qui en possède au moins une pourra être reconnue comme sujet de droit international (2).

#### ***1. Conception cumulative : les excès du volontarisme***

Selon cette première optique, ne sera sujet de droit international que celui qui possède toutes les capacités exigées par les auteurs. Dès lors qu'une seule lui fait défaut, il ne peut prétendre à ce statut. Telle est notamment la position de C. Dominicé, qui affirme que la qualité de sujet de droit international implique trois capacités inhérentes, et que l'«*on est proche de l'acquisition de la personnalité juridique du fait de la réunion des critères énoncés par le droit*»<sup>296</sup>. Dans le cadre de son étude, le premier critère établi, celui de la conclusion de traités, lui permet de nier la personnalité des gouvernements en exil. Du second, qui porte sur la capacité diplomatique, il déduit que les sociétés multinationales ne peuvent être sujets de droit international ; son troisième critère, qu'il conçoit de façon extensive, est l'occasion pour lui d'une réflexion sur la capacité d'agir individuelle. Pour chaque cas, il estime qu'au moins un critère n'est pas rempli. Plus clairement encore, il explique que la capacité de conclure des traités ne suffit pas à obtenir la personnalité juridique : les investisseurs peuvent se voir conférer une certaine capacité internationale de contracter, ils n'en sont pas sujets internationaux pour autant<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup> C. Dominicé, «La personnalité juridique dans le système du droit des gens», *op.cit.*, p. 156.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 164. Ce n'est pas sur la nature des contrats d'Etats que la discussion porte ici : indépendamment de la question de savoir si ce sont des traités, C. Dominicé semble reconnaître une certaine capacité normative internationale à ces sociétés ; c'est donc le défaut de capacité diplomatique, ou relationnelle, qui le conduira à ses conclusions négatives quant à leur personnalité internationale.

Cette conception cumulative était partagée par les auteurs soviétiques, bien que de façon plus implicite. En effet, la liste des capacités qu'ils incluent dans la personnalité internationale est donnée sans davantage de réflexion : l'absence de développements théoriques sur la question n'empêche pourtant pas de percevoir leur exigence. Ainsi, Feldman nie la personnalité juridique internationale des particuliers, au motif qu'il leur manque deux des quatre capacités qu'il exige : *“they have no independant legal status and are not capable of the independant accomplishment of international rights and duties. Therefore, they are not international persons”*<sup>298</sup>.

Cette approche du sujet de droit international est la plus exigeante de l'ensemble des définitions qu'on peut recenser au sein de la doctrine du vingtième siècle. Elle procède d'un volontarisme extrême et, par conséquent, d'une définition de la personnalité juridique déterminée à partir de celle de l'Etat. Il n'existe qu'une forme de personnalité internationale, qu'on qualifie parfois de "primaire" : celle des sujets originaires d'un ordre juridique, apparus en même temps que ce dernier. Cela aboutit, en général, à la négation de toute autre personnalité, et la notion de personnalité "secondaire", "dérivée", ou encore "partielle" est réfutée. Les auteurs soviétiques ont maintes fois affirmé que seul l'Etat, sujet originaire de l'ordre juridique international, peut réellement remplir toutes ces conditions.

Une certaine justification de la conception cumulative réside dans le fait que ces trois capacités sont fortement liées les unes aux autres. La capacité d'établir des relations diplomatiques peut être considérée aussi comme aboutissant à la création de normes, par la conclusion d'accords. Elle possède une dimension indéniablement normative. De même, l'implication dans les mécanismes de la responsabilité internationale peut être perçue comme l'établissement de liens juridiques avec d'autres sujets, donc comme une capacité relationnelle, même si elle s'exprime de façon conflictuelle. Comme on l'a vu, ce sont trois capacités qui permettent au sujet d'exprimer sa volonté. Il peut donc paraître utile de les rendre indissociables. Une définition exigeante de la personnalité juridique permet également d'identifier plus clairement les sujets parmi d'autres acteurs du droit international, d'éviter l'éclatement critiqué de la catégorie<sup>299</sup>.

<sup>298</sup> D. Feldman, “International Personality”, *op.cit.*, p. 359.

<sup>299</sup> R. Quadri, volontariste résolu, était l'un des plus virulents envers l'évolution contemporaine de la notion de sujet qui faisait suite à l'avis de la CIJ : *“ainsi, dans le but de mettre en relief que les sujets du droit international ne se trouvent pas tous sur le même plan, et que la théorie du droit international doit encore avoir en vue essentiellement les Etats, on distingue entre des sujets “naturels”, des sujets “personnes”, des sujets “membres”, des sujets “créateurs et destinataires à la fois”, des sujets “normaux”, “réguliers”, “nécessaires”, “par excellence”, d’un côté, et des sujets “artificiels”, “conventionnels”, “secondaires”, “minoris generis”, “simples destinataires”, “partiels”, “irréguliers”, “anormaux” et ainsi de suite, d’autre part. On distingue également entre sujets tout court et sujets “fonctionnels”. Et surtout il y a une tendance très marquée à élargir toujours davantage la catégorie acéphale des sujets sui generis, ce qui donne la preuve de la confusion et de l’insuffisance de la doctrine dans ce domaine”*. R. Quadri, “Cours général de droit international public”, *op.cit.*, p. 385.

On ne reprendra pas ici les arguments critiques envers cette conception, qui affirment que confondre sujet et auteur de normes est inopportun et inadéquat à la réalité. Néanmoins, on peut estimer que cette approche ne semble plus correspondre à l'évolution contemporaine des sujets de droit international, dont la CIJ a clairement affirmé qu'ils *“ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté”*<sup>300</sup>. Il en a été déduit la personnalité fonctionnelle des organisations internationales : leurs capacités vont différer, pour s'adapter à la fonction que l'on attribue à leur personnalité. Prendre acte, comme on l'a fait depuis 1949, de l'existence d'autres formes de personnalité que celle de l'Etat mène nécessairement à réviser la théorie des sujets du droit international, à séparer la notion de personnalité juridique de celle de souveraineté. Or, l'approche cumulative n'accorde aucune souplesse au concept, dès lors qu'elle aboutit à une personnalité identique pour tous : même si l'exercice des capacités peut varier, en revanche les mêmes capacités "de principe" doivent être détenues. Cela rend la notion difficilement praticable pour toute autre entité que les Etats et les organisations internationales. Même au sein de la catégorie des organisations internationales, il est reconnu que, en théorie, les capacités peuvent varier de l'une à l'autre. C'est pourquoi P. Pescatore refuse cette démarche cumulative, lorsqu'il étudie la personnalité de la CEE en tant qu'organisation internationale : *“nous ne partageons pas l'opinion de ceux qui voudraient déduire, de l'attribution même de la personnalité internationale à une organisation, la reconnaissance de toutes les capacités appartenant dans la vie internationale aux Etats, ou du moins un certain minimum de prérogatives, telles que la capacité de conclure des accords, de recevoir et d'envoyer des missions diplomatiques et d'encourir une responsabilité internationale”*<sup>301</sup>. Cela le conduit donc à adopter une position plus souple, qui laisse une certaine place à l'alternative.

## **2. Conception alternative et hiérarchie des capacités**

P. Pescatore, tout comme P. Weil, axe sa définition de la personnalité internationale sur une capacité. Cela peut mener à la conclusion qu'il s'agit d'une exigence plus grande encore, qui ne laisse place à aucune alternative : l'entité considérée doit posséder impérativement cette capacité, et aucune autre ne peut contribuer à la "subjectiver". Pourtant, au contraire, il s'agit chez ces auteurs de critères suffisamment généraux pour que plusieurs moyens permettent de les remplir. Ainsi, pour P. Pescatore, toute forme de capacité qui conduit une personne à établir des relations dans l'ordre juridique international peut être pertinente. De même, si l'on s'en tient au critère normatif de P. Weil, rien n'empêche d'accepter le fait qu'il existe plusieurs

<sup>300</sup> CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *op.cit.*, p. 178.

<sup>301</sup> P. Pescatore, *“Relations extérieures des communautés”*, *op.cit.*, p. 45.

façons de contribuer à la normativité internationale. La reconnaissance d'une personne juridique dépendra alors de l'interprétation faite en pratique par l'observateur de telle ou telle capacité.

Pourquoi exiger toutes les capacités, si l'une d'elle révèle déjà le pouvoir normatif du sujet d'exprimer sa volonté ? Si l'on considère, tout comme les auteurs évoqués dans ce chapitre, que la capacité est déterminante en ce qu'elle permet au sujet d'exprimer juridiquement sa volonté, alors une modalité devrait suffire à révéler cette volonté. La méthode d'identification du sujet reposerait alors sur un faisceau d'indices, comme tel est le cas traditionnellement pour l'étude des organisations internationales. Ainsi, on ne peut qu'affirmer, avec P.M. Dupuy, qu'*“un certain nombre d'attributs juridiques sont attachés à la possession de la personnalité, mais tous ne sont pas nécessaires pour qu'elle apparaisse”*<sup>302</sup>. Parmi ces attributs inhérents à la personnalité, l'auteur cite, lui aussi, non seulement la titularité de droits subjectifs, mais aussi les diverses capacités évoquées : capacité contractuelle, d'ester en justice, d'être responsable, capacité normative enfin (la capacité diplomatique de C. Dominicé est en revanche éludée de la question de la personnalité). Sa conclusion est pragmatique : *“on doit constater, au demeurant, que les critères de personnalité rencontrés jusqu'ici ne sont pas forcément cumulatifs. Ils peuvent être simplement alternatifs. Tout dépend de la fonction en vue de laquelle cette personnalité est accordée au sujet considéré”*<sup>303</sup>. Cette approche alternative semble correspondre mieux, en effet, à la théorie de la personnalité juridique ébauchée en 1949 par la CIJ.

Tout au plus peut-on tenter d'établir une hiérarchie au sein de ces critères de capacité. En effet, il semble que la doctrine ne les considère pas sur un pied d'égalité. La capacité contractuelle, ou normative, de conclure des traités, arrive en général en première position : *“la participation au développement de l'ordre international par voie d'accords est la manifestation la plus éclatante de la personnalité internationale, mais la personnalité internationale peut comporter encore bien d'autres capacités”*, affirme P. Pescatore<sup>304</sup>. Il soulève, avec cette phrase, l'essentiel de ce que représente la fonction du sujet international : celle de contribuer au développement de l'ordre juridique auquel il appartient. Or, tous les sujets n'y participent pas de façon identique. C'est ainsi que les autres facultés, moins révélatrices d'un pouvoir de création du droit, seraient placées dans une position secondaire. Si C. Dominicé évoque en second lieu la capacité diplomatique, il est relativement isolé sur ce point. Le plus souvent, la capacité processuelle intervient immédiatement après la capacité normative. En effet, elle est considérée comme étant moins révélatrice de la volonté du sujet. Toutefois, si une entité ne possède pas de

<sup>302</sup> P.M. Dupuy, “Cours général droit international public, l'unité du droit international”, *RCADI* vol. 297, 2002, p. 100. L'auteur ne s'inscrit pas dans l'option doctrinale développée dans ce chapitre, mais évoque les différentes positions existant.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>304</sup> P. Pescatore, “Relations extérieures des communautés”, *op.cit.*, p. 31.

capacité normative, elle peut néanmoins disposer d'autres formes de capacité : bien que moins convaincantes, elles suffiront néanmoins à lui conférer la personnalité juridique internationale. C'est, par exemple, la démarche de l'auteur anglais I. Brownlie : citant plusieurs critères de personnalité internationale dans un ordre déterminé, il précise qu'il s'agit de critères alternatifs. Ainsi, “*The indicia of legal personality are generally recognized as including : firstly : a capacity to make treaties. Secondly : a capacity to present international claims by diplomatic procedures or in other available forms. Thirdly : a liability for the consequences of breaches of international law. Fourthly : privileges and immunities in relation to the national jurisdictions of States. It is not necessary, of course, that an entity should bear all this indicia*”<sup>305</sup>. La capacité normative est donc bien la plus déterminante, suivie immédiatement, en ce cas, de la capacité processuelle.

L'avantage de cette approche alternative, pour le sujet, réside dans sa relative souplesse. Elle correspond davantage à une approche fonctionnelle du sujet : comme l'explique P.M. Dupuy, c'est la fonction de la personnalité qui va déterminer les capacités que détient le sujet<sup>306</sup>. Cette approche comporte toutefois un inconvénient : la seconde définition du sujet de droit choisie ici repose sur la capacité du sujet à exprimer sa volonté. C'est bien ce critère normatif qui importe, comme l'exposait Weil, quelle que soit la forme qu'il prend. Or, la capacité processuelle (entendue dans son sens le plus courant de faire valoir ses droits et assumer ses obligations) n'est pas, loin s'en faut, la plus révélatrice de ce pouvoir normatif ; elle n'entraîne pas une participation directe à la création de normes, quoi qu'en dise Kelsen. Un volontarisme rigoureux ne saurait s'en satisfaire. De plus, c'est la seule, parmi toutes les capacités étudiées, qui soit intimement liée à la titularité de droits subjectifs, premier critère de la personnalité. Il peut donc sembler nécessaire de la considérer à part des autres capacités<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> I. Brownlie, “General Course on Public International Law”, *RCADI* 1995, vol. 255, p. 52.

<sup>306</sup> Voir *supra*, notes 302-303.

<sup>307</sup> C'est ce que fera une autre partie de la doctrine, qui propose une troisième définition de la personnalité juridique internationale : Voir *infra*, chapitre 3.

## Conclusion section I

Dans cette seconde approche de la personnalité juridique internationale, on a pu constater que la doctrine privilégie une conception active du sujet de droit. La volonté étant seule source de personnalité, on inclut la capacité dans la définition même de la personnalité : c'est cette capacité qui exprime juridiquement la volonté du sujet. Conçu différemment, mais utilisé tant par des volontaristes classiques que, paradoxalement, par des objectivistes, ce critère normatif se décline en plusieurs formes d'expression, notamment au niveau international.

Le sujet international est nécessairement un être capable d'agir internationalement. La personnalité juridique est ainsi définie, dans ce cas, par deux critères : la titularité de droits et obligations d'une part, à laquelle s'ajoute la capacité d'agir, d'autre part. La personnalité juridique spécifiquement internationale implique donc une capacité internationale. La doctrine identifie plusieurs déclinaisons pratiques de cette capacité, dont il est difficile de savoir lesquelles sont réellement pertinentes. La doctrine internationaliste n'est pas totalement fixée sur ces critères de reconnaissance de la personnalité internationale. Toutefois, il semble que la première d'entre elles soit la capacité de conclure des traités internationaux. La capacité de réclamation internationale est également un critère important. Un troisième critère doctrinal portant sur une faculté d'établir des relations diplomatiques semble parfois se dégager. Cependant, il ne fait pas l'objet d'exigences unanimes. La distinction la plus pertinente en droit international porte donc sur les capacités normative et processuelle. De plus, on peut souligner qu'un volontarisme extrême mène à considérer que le sujet de droit international doit posséder toutes ces capacités. Néanmoins, cela n'est pas généralisé.

Outre le fait que la grande majorité des auteurs concevant le sujet comme être normateur appartient à l'école volontariste, il faut souligner que cette approche du sujet de droit international est excessivement exigeante. Celui-ci, loin d'être un destinataire passif, devient auteur du droit international. L'application de cette nouvelle définition de la personnalité à la position de l'individu est largement défavorable à la reconnaissance de sa qualité de sujet de droit international.

## **Section II. Une application doctrinale largement défavorable à l'individu**

Certains auteurs, partant d'une définition aussi complète de la personnalité juridique internationale, ne tentent même pas de la confronter à la situation de l'individu. Ils considèrent comme une évidence le fait qu'elle ne peut correspondre à sa position face à l'ordre juridique international. Ainsi, Pilotti, Tunkin ou bien Pescatore concentrent leurs études sur les sujets d'origine étatique, unions d'Etats ou organisations internationales. Les autres, en revanche, évoquent l'individu, dans des analyses plus ou moins approfondies.

La question fondamentale, face à cette position extrême, est de savoir si l'individu peut être considéré comme co-auteur de la normativité internationale (I). Si la réponse est en général négative, c'est en raison de prémisses théoriques effectuant une assimilation qui peut sembler excessive entre sujet et auteur de droit (II).

### ***I. L'individu co-auteur de la normativité internationale ?***

Parmi les auteurs tentant d'apporter une réponse à cette question, deux courants doctrinaux s'opposent. Tout comme s'opposaient monistes et dualistes au chapitre précédent, ici volontaristes et non volontaristes exposent leur vision fort différente de la situation de l'individu. Ainsi, les volontaristes nient clairement l'individu comme sujet normateur international (A). Les autres tentent de justifier une réponse positive, mais il ne s'agit que d'une affirmation marginale qui ne convainc guère (B).

#### **A. Négation doctrinale de l'individu normateur international**

Le terme normateur est ici pris dans un sens large : l'individu participe-t-il aux différentes fonctions de réalisation du droit ? Autrement dit, possède-t-il les trois capacités principales impliquant le sujet dans le développement de l'ordre juridique international ? Aucun auteur n'étudie la place de l'individu dans l'activité diplomatique internationale (pas même C. Dominicé, principal artisan de ce critère)<sup>308</sup>. L'accent est donc porté sur l'absence de participation directe de l'individu à la création de normes internationales (1), puis sur son insuffisante participation aux mécanismes de la responsabilité internationale (2).

---

<sup>308</sup> Il semble évident qu'en tant que personne physique et privée, l'individu ne possède pas les caractéristiques exigées pour cette capacité : en théorie comme dans les faits, l'individu ne peut établir de relations diplomatiques avec d'autres sujets internationaux. Il ne possède pas de droit (ou pouvoir) de légation. Il n'est pas une personne publique, ne se fait pas représenter, ne poursuit pas de but d'intérêt général etc. Telle ne peut qu'être la conclusion des auteurs volontaristes.

### 1. *L'absence de participation directe à la création de normes internationales*

Deux auteurs récents évoquent le rôle de l'individu dans la fonction de création de normes conventionnelles internationales. Le premier, P. Weil, se penche sur certaines évolutions récentes ayant conduit une part de la doctrine à affirmer la personnalité juridique internationale individuelle. D'une part, le développement du droit pénal international, qui place l'individu dans la situation de responsable international, mène à cette affirmation, présentée par certains comme un changement de la nature profonde du droit international<sup>309</sup>. Toutefois, pour P. Weil, cela ne conduit pas à reconnaître un statut de sujet à l'individu, puisqu'il ne participe pas directement à l'élaboration des normes et institutions de cette branche du droit international : *“affirmer qu'en pareil cas l'individu deviendrait un sujet de droit international serait oublier que les individus n'ont pris aucune part ni à la définition des crimes ni à celle des peines ni à l'institution ou au fonctionnement de la juridiction pénale internationale. Loin d'être un sujet actif de droits et d'obligations internationales, l'individu resterait un objet passif dont le destin juridique serait scellé par la volonté des Etats et le jeu politique des gouvernements. Progrès moral ? Sans nul doute. Révolution profonde du système international ? Assurément non”*<sup>310</sup>. D'autre part, le développement des droits de l'homme et l'ouverture croissante de recours individuels devant des juridictions internationales conduisent P. Weil à des réflexions similaires : pour lui, *“l'individu protégé, quant à lui, loin d'être le sujet, c'est-à-dire le créateur des normes internationales relatives aux droits de l'homme, n'en est, comme en d'autres domaines, que l'objet, plus choqué certes que naguère, mais toujours aussi passif. Pas plus qu'en d'autres domaines, il ne participe directement à la formation des normes”*<sup>311</sup>.

Le second, C. Dominicé, parvient aux mêmes conclusions, considérant que *“la personne privée n'a aucune prise sur la création, ou l'extinction, des droits qui résultent pour elle d'une norme figurant dans une convention”*<sup>312</sup>. Ainsi, de façon générale, l'individu ne peut être sujet de droit international puisqu'il n'a pas la capacité de conclure de traités. Il est un "simple" destinataire. Pourtant, l'auteur évoque une situation particulière dans laquelle l'individu est parfois reconnu comme titulaire de cette capacité : il s'agit de l'hypothèse des contrats d'Etat, passés entre un investisseur (personne morale ou physique) et un Etat. Sans entrer dans le débat relatif à la nature de traité international de ces "contrats", C. Dominicé nie que cette capacité révèle, à elle seule, la personnalité

<sup>309</sup> Par exemple, P.M. Dupuy affirmait, en 1996, que *“la fondation éventuelle d'une Cour criminelle internationale aboutirait à un résultat déterminant du point de vue de la théorie des sujets de l'ordre juridique international... Il renvoie à la tendance à reconnaître une personnalité juridique internationale à la personne physique”*, in P.M. Dupuy, *“Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international”*, in R. Ben Achour (sous la dir. de), *Harmonies et contradictions en droit international*, Paris, Pedone 1996, p. 28.

<sup>310</sup> P. Weil, *“Le droit international en quête de son identité, cours général de droit international public”*, *op.cit.*, p. 112.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>312</sup> C. Dominicé, *“L'émergence de l'individu en droit international public”*, *op.cit.*, p. 123.

internationale : il considère l'investisseur simplement comme destinataire d'une norme qui lui confère une faculté particulière, et non une capacité de principe. Selon lui, les individus “*ne sont pas maîtres de leurs droits internationaux*”, car il suffit que la norme tombe en désuétude pour qu'ils en perdent le bénéfice<sup>313</sup>. On peut toutefois objecter que l'investisseur est, dans la logique de l'auteur, destinataire d'une norme coutumière : l'hypothèse qu'elle tombe en désuétude reste très théorique. De plus, C. Dominicé lui-même distingue capacité et exercice de la capacité : en effet, il affirme que les sujets du droit international sont capables de conclure des traités, et que “*c'est au niveau de l'exercice de cette capacité que des différences vont se manifester. Il s'agit alors, non plus de la capacité dans son principe, mais de questions de compétence*”<sup>314</sup>. Or, dans le cas présent, si l'on peut reconnaître que l'exercice de la capacité est limité, n'est-elle pas réelle pour autant ?

Si la position de l'individu face aux normes conventionnelles est développée, en revanche les normes coutumières sont quelque peu oubliées ; logiquement, pourrait-on dire : qu'on soit volontariste ou non, il est avéré que la coutume est issue de la pratique étatique<sup>315</sup>. La question du rôle de l'individu dans ce processus ne se pose donc pas pour les auteurs volontaristes évoqués ici. De même que pour les normes conventionnelles, il ne peut être perçu que comme objet, selon P. Weil, ou destinataire, selon C. Dominicé.

Dès lors que l'individu ne possède pas, selon eux, cette première capacité, la seconde va être considérée comme largement insuffisante pour lui conférer une personnalité internationale.

## **2. L'insuffisante participation aux mécanismes de la responsabilité internationale**

Il faut rappeler ici que le contenu de ce critère est apprécié différemment selon les auteurs : dans un sens traditionnel, il comprend la faculté d'engager ou d'assumer une responsabilité internationale ; dans le sens plus extensif voulu par Dominicé, il inclut également des actions de mise en œuvre de la responsabilité, qui vont de la négociation diplomatique à l'usage de contre-mesures. Dans cette seconde version des

---

<sup>313</sup> C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *op.cit.*, p. 164. L'exemple de l'investisseur est simplement évoqué par l'auteur, sans qu'il prouve davantage ses affirmations. Il se contente d'affirmer que “*on peut observer qu'une norme du droit international peut conférer aux sujets du droit interne des facultés ou capacités particulières, qui n'en font pas pour autant des sujets du droit international. Ainsi, en vertu d'une règle du droit international coutumier générée par l'abondante pratique des contrats d'Etat et la jurisprudence, les investisseurs peuvent conclure des contrats d'investissements ancrés dans le droit international public*”. Cette affirmation doit être liée à la conception cumulative de l'auteur : même titulaire d'une capacité isolée, celle-ci n'est pas suffisante pour obtenir le statut de sujet international.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>315</sup> Voir G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2001, p. 27 s : réfléchissant à l'identification des auteurs de la pratique formant la coutume, l'auteur développe la pratique des Etats et des organisations internationales, ceux-ci détenant le monopole de la création du droit international : “*vecteur d'une règle coutumière de droit international, qui est par son origine un droit interétatique, la pratique est constituée par des conduites imputables aux sujets de droit qui sont aussi les destinataires de cette règle, en l'occurrence les Etats*”.

mécanismes de la responsabilité internationale, on conçoit aisément que l'individu n'ait aucun rôle à jouer. En revanche, la capacité processuelle au sens traditionnel offre, *a priori*, des possibilités de participation individuelle de plus en plus étendues. L'individu a désormais accès à plusieurs juridictions internationales ; parallèlement, les développements successifs des juridictions pénales internationales le placent dans la situation inconfortable de l'accusé.

Toutefois, la doctrine volontariste ne se satisfait pas de ces éléments : elle les considère comme insuffisants pour l'obtention du statut de sujet international. Parmi les auteurs évoquant l'individu, certains procèdent de façon lapidaire. Ainsi, Feldman, seul représentant soviétique à considérer l'individu, nie expressément sa personnalité internationale : *“the soviet science of international law has proved that individuals are under state jurisdiction and are legal persons in relation inside the state. They have no independant legal status and are not capable of the independant accomplishment of international rights and duties. Therefore, they are not international persons”*<sup>316</sup>. On peut noter que Feldman, dont l'un des critères de reconnaissance de la personnalité internationale portait sur la participation à la création de normes internationales, ne le mentionne même pas pour l'individu. En revanche, il évoque le critère de la "réalisation", de "l'accomplissement", des droits et obligations subjectifs, qu'on peut considérer comme entrant dans la capacité processuelle. Dès lors que l'individu est cantonné dans l'ordre juridique étatique auquel il appartient, il ne peut faire valoir ses droits au niveau international. Pourtant, à l'époque où Feldman écrit, des recours internationaux existaient déjà. Toutefois, ils sont considérés comme trop exceptionnels pour en déduire une capacité de principe.

Pour P. Weil, on a pu constater que la capacité processuelle de l'individu, dès lors qu'elle ne s'accompagne pas d'un pouvoir normatif direct, est également insuffisante pour le reconnaître en tant que sujet. Qu'il s'agisse du droit pénal ou des droits de l'homme, la situation est identique, selon lui. D'un côté, *“c'est de la volonté des Etats, et d'elle seule, que procéderait la répression pénale de crimes individuels”*<sup>317</sup>. De l'autre côté, *“ce sont des instruments conventionnels et des règles coutumières interétatiques qui ont posé le principe et défini les limites de la protection internationale des droits de l'homme”*<sup>318</sup>. Par conséquent, les droits de l'homme demeurent une affaire d'Etats. Le fait qu'un individu puisse faire valoir des droits est largement indifférent, dès lors que les contours de sa capacité d'agir sont définis par des instruments étatiques. Qu'il s'agisse de titularité de droits ou de capacité processuelle, peu importe : dès lors que l'Etat en est à l'origine, la personnalité juridique individuelle est impossible.

<sup>316</sup> D. Feldman, “International Personality”, *op.cit.*, p. 359.

<sup>317</sup> P. Weil, “Le droit international en quête de son identité, cours général de droit international public”, *op.cit.*, p. 112.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 121.

C. Dominicé adopte un raisonnement similaire : pour lui aussi, la dépendance de l'individu envers l'Etat est un obstacle majeur. Conscient de l'existence des procédures évoquées, il n'en estime pas moins que *“ce sont cependant des procédures ponctuelles, et précaires dans la mesure où il suffit pour qu'elles disparaissent qu'un accord international cesse d'être en vigueur à l'égard d'un Etat particulier”*<sup>319</sup>. D'aucuns pourraient toutefois encore objecter qu'il confond ici existence et pérennité d'un droit ou d'une faculté. Quoiqu'il en soit, la conception cumulative des critères de la personnalité conduit nécessairement C. Dominicé à considérer cette implication de l'individu dans une procédure internationale comme non pertinente pour la qualité de sujet international.

En fin de compte, on peut donc souligner que dans tous les cas étudiés, la capacité processuelle de l'individu ne lui confère pas, selon les auteurs volontaristes, de personnalité juridique internationale. Sa capacité est insuffisante pour plusieurs raisons : non révélatrice d'une volonté normative pour P. Weil, dans la dépendance de la volonté étatique pour C. Dominicé, trop exceptionnelle pour les autres.

Le volontarisme dont est empreint cette seconde définition de la personnalité juridique internationale mène à la conclusion suivante : après avoir étudié rapidement les capacités incluses dans la personnalité internationale, *“il est évident que la personne privée ne bénéficie d'aucune de ces capacités... Dans ce sens, il faut affirmer que l'individu n'est pas un sujet de droit international”*<sup>320</sup>.

Ayant adopté une définition similaire de la personnalité internationale, d'autres auteurs, de tendance doctrinale opposée, sont loin de partager ces "évidences".

## **B. Affirmation marginale de l'individu normateur international**

Parmi les non-volontaristes, la pensée objectiviste de Scelle occupe ici une place essentielle. Son regard sur la position de l'individu est résumée clairement par de Soto, qui affirme que *“dire que l'individu est une personne de droit international, c'est donc constater qu'il participe, en tant que tel et non pas en tant que représentant d'une collectivité, aux fonctions internationales, législative exécutive ou judiciaire”*<sup>321</sup>. Leur analyse du sujet de droit procède ainsi d'une analogie avec le droit interne. La capacité normative de l'individu revêt ici une forme législative, tandis que sa capacité processuelle devient participation à la fonction judiciaire. Pour la première, les auteurs tentent de démontrer que la participation de l'individu est possible (1) ; pour la seconde, sa participation indirecte

<sup>319</sup> C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *op.cit.*, p. 163.

<sup>320</sup> C. Dominicé, “L'émergence de l'individu en droit international public”, *op.cit.*, p. 122.

<sup>321</sup> J. de Soto, “L'individu comme sujet de droit des gens”, *op.cit.*, p. 693. Tout comme la capacité diplomatique envisagée par C. Dominicé, la fonction exécutive ne sera pas développée ici, en raison de sa moindre importance pour l'individu. La réponse de l'auteur sur ce point est très rapidement négative : après avoir expliqué que *“relativement à la fonction exécutive, il faut rechercher si l'individu, en tant que tel, à vocation à participer à l'administration du monde”*, de Soto conclut que, exception faite de la possibilité d'être fonctionnaire international, *“la réponse est presque négative”*, p. 695.

est également considérée comme pertinente pour l'acquisition de la personnalité internationale (2).

### **1. La possible participation de l'individu à la fonction législative internationale**

L'objectivisme scellien repose entièrement sur l'affirmation de l'individu comme seul sujet de tout ordre juridique, qu'il soit interne ou international. Dès lors, il conduit à l'assurance d'une participation directe de l'individu à l'activité normative, ou législative, internationale. D'autres auteurs, plus nuancés, prennent en compte son implication indirecte pour appuyer leur conviction d'une personnalité internationale individuelle.

#### a. Une participation directe selon Scelle

Scelle a toujours affirmé que seuls les individus sont sujets de droit international. Toutefois, il tentait avant tout de prouver qu'il le sont en tant que gouvernants, par la loi du dédoublement fonctionnel. Le "retard" institutionnel d'une société internationale encore primitive conduit celle-ci à "emprunter" aux Etats leur personnel gouvernant. L'agent public est donc simultanément investi de compétences internes et internationales, sujet de droit interne et de droit international. Toutefois, qu'en est-il de l'individu sans qualité officielle, publique ? Possède-t-il des compétences normatives internationales ? La réponse de Scelle est, sinon ambiguë, du moins beaucoup plus nuancée. Sans étudier précisément la capacité individuelle de conclure des traités, il étudie celle d'effectuer des actes juridiques internationaux. Il reconnaît alors qu'elle est superficielle. *“Nous savons en effet qu'un système juridique peut protéger des intérêts individuels, sans que l'individu à qui ces intérêts appartiennent soit lui-même sujet de droit, c'est-à-dire investi de la compétence nécessaire à les satisfaire lui-même, par l'accomplissement d'actes juridiques. C'est le phénomène de la représentation. Il n'est pas douteux que le droit international traditionnel protège depuis longtemps la liberté personnelle, l'intégrité physique de l'individu, même en temps de guerre ; mais tout cela peut n'être que l'amorce de la personnalité juridique, si l'individu n'est protégé que par l'intermédiaire d'un représentant, par exemple d'agents ou gouvernants étatiques, s'il n'a pas compétence pour accomplir lui-même des actes juridiques. Or, c'est encore le plus souvent le cas, toutes les fois au moins qu'il s'agit de rapports entre un ressortissant d'un Etat et les pouvoirs publics d'un autre Etat”*<sup>322</sup>. Ainsi, Scelle admet que le droit international public ne confère pas, la plupart du temps, de compétence immédiate au particulier. Celui-ci ne possède qu'une ébauche de personnalité. La situation n'est toutefois que provisoire, d'après lui. En effet, l'individu possède déjà une compétence immédiate dans ses rapports avec des ressortissants étrangers : il est sujet de droit international privé. Or, l'auteur conteste la distinction qu'effectue la doctrine traditionnelle entre droit privé et droit public, qui

<sup>322</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, pp. 43-44.

aboutit, selon lui, à superposer fictivement deux catégories de sociétés internationales en partie imaginaires : d'une part celle des Etats, d'autre part celle des individus. Or il n'existe en réalité qu'une seule espèce de sociétés internationales et celles-ci sont, dans tous les cas, composées d'individus <sup>323</sup>. Cependant, compte tenu du "sous-développement" de la société internationale publique, les compétences normatives des particuliers ne peuvent encore s'exercer pleinement.

On est loin du positivisme juridique. Aucune analyse de la position de l'individu envers les traités internationaux n'est effectuée. Les exemples choisis par Scelle demeurent ceux de la capacité processuelle. En revanche, le rôle direct de l'individu dans la formation de la coutume internationale est affirmé : *“du fait que tout acte juridique peut être générateur de coutumes, il s'ensuit que tout sujet de droit dans une collectivité quelconque et notamment le simple particulier, a compétence pour élaborer la règle coutumière”* <sup>324</sup>. On peut estimer qu'il s'agit là d'une pétition de principe, et aucun exemple précis n'est avancé. A sa suite, de Soto tentera d'être plus démonstratif. Il pose explicitement la question de la compétence normative individuelle, semblant annoncer une argumentation en la matière : *“le droit international détermine-t-il lui-même des individus associés à la création de normes générales ou individuelles de droit international ?”* <sup>325</sup>. Toutefois, cela n'est suivi, là encore, que d'affirmations sans démonstration : partant du simple constat que l'individu reste toujours à l'écart du droit des traités, il énonce de façon lapidaire que *“l'individu participe à la coutume”*.

La conclusion de Scelle, quant au statut de l'individu en droit international, est claire, bien qu'elle puisse être contestée et qu'elle paraisse aujourd'hui désuète. *“L'Etat ni aucune autre collectivité ne peuvent être sujets de droit international ; les sociétés internationales sont des collectivités d'individus sujets de droit : d'abord les particuliers qui ont en principe la même capacité juridique en droit international et en droit interne, puis les agents et les gouvernants dont la compétence internationale est conférée et délimitée par le droit international”* <sup>326</sup>.

D'autres auteurs estiment également que l'individu joue un rôle certain dans l'élaboration de normes internationales. Toutefois, leur démarche n'est pas idéologique, au contraire de celle de Scelle. Ils précisent qu'il ne s'agit que d'une participation indirecte. Elle n'est pas toujours considérée comme suffisante pour être sujet.

#### b. Une participation indirecte envisagée

Deux formes de participation individuelle indirecte à l'activité normative peuvent être évoquées. Il s'agit, d'une part, de son rôle dans le cadre restreint du droit

<sup>323</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 44.

<sup>324</sup> *Ibid.*, Partie II, p. 306.

<sup>325</sup> J. de Soto, “L'individu comme sujet de droit des gens”, *op.cit.*, p. 693.

<sup>326</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 49.

communautaire européen ; il s'agit, d'autre part, des moyens de participation collective, dans lesquels l'individu n'est plus considéré en tant que personne physique isolée.

Torrelli, dans le cadre du droit communautaire, étudie la compétence normative de l'individu. Sa réponse est prudemment positive ; c'est presque un non. C'est, en tout cas, sur une participation indirecte de l'individu au pouvoir de décision qu'il insiste. De façon générale, il relève la collaboration des ressortissants européens, notamment par le biais du Parlement, au fonctionnement de la Communauté. Il insiste davantage sur le rôle sociologique que juridique des individus qui appartiennent à la Commission : *“c'est par le biais des pressions que l'individu peut exercer sur la Commission, qu'il participe dans une certaine mesure, ...au pouvoir de décision”*<sup>327</sup>. En revanche, dans la prise directe de décisions, l'individu n'a que peu de pouvoirs. Ainsi, *“si les normes communautaires sont le résultat d'une négociation permanente à laquelle l'individu ne participe que de loin, son rôle n'apparaît alors clairement qu'en tant que destinataire de ces normes”*<sup>328</sup>. L'auteur est, en outre, conscient des limites de ses exemples par rapport à la personnalité internationale. Il reconnaît ainsi que *“sur le plan du droit international classique, les individus ne participent pas à l'élaboration de la règle de droit, alors que sur le plan communautaire, les ressortissants des Etats...sont appelés à collaborer, par le Parlement et le CES...”*<sup>329</sup>.

Outre la participation individuelle dans le cadre communautaire, l'individu est considéré par certains comme ayant une compétence normative, mais cette fois-ci par le biais d'une action collective. En effet, la croissance relativement récente de l'activité des ONG sur la scène internationale mène certains auteurs à étudier les conséquences de ce phénomène sur la notion de personnalité juridique internationale individuelle. En 1992, A. Lejbowicz constate que les individus n'ont pas de véritable compétence normative en matière de conclusion de traités. Elle souligne que *“toutefois, formant diverses associations ou sociétés internationales, sociétés savantes ou ONG, ils participent à l'élaboration de la coutume internationale”*<sup>330</sup>. Elle concède ainsi à l'individu un rôle normatif, mais indirect, parce que collectif. La question est de plus en plus d'actualité : l'influence collective d'individus regroupés en ONG sur l'élaboration du droit international contribue-t-elle à reconnaître une personnalité juridique à d'autres personnes que les Etats ou les organisations internationales ? S. Szurek a notamment souligné les différents moyens d'action de ce qu'on nomme désormais la "société civile internationale"<sup>331</sup>. Elle en conclut que *“la société civile internationale peut exprimer une opinio iuris”* et que *“dans ce cas, la*

<sup>327</sup> M. Torrelli, *L'individu et le droit de la CEE, op.cit.*, p. 40.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>330</sup> A. Lejbowicz, *“L'individu, sujet de droit international ?”*, *op.cit.*, p. 158.

<sup>331</sup> Dès lors que le présent chapitre n'étudie pas le droit positif, mais son interprétation par la doctrine, cet aspect récent de l'implication de personnes physiques dans la normativité internationale fera l'objet de développements *infra*, dans la troisième partie.

*société civile internationale pourrait être tenue pour une source matérielle du droit*"<sup>332</sup>. Cependant, elle soulève également une conséquence potentiellement négative pour l'individu : la société civile internationale pourrait constituer un nouvel échelon entre celui-ci et la scène internationale ; la personnalité internationale individuelle s'estomperait alors au profit d'une nouvelle personnalité morale, collective.

L'individu, en tant que tel, est ainsi loin d'être considéré comme co-auteur de la normativité internationale par la doctrine contemporaine. En revanche, sa participation à la fonction judiciaire internationale est davantage reconnue.

## ***2. La participation indirecte de l'individu à la fonction judiciaire internationale***

La doctrine non-volontariste reconnaît depuis longtemps l'importance de la participation de l'individu au procès international pour l'acquisition d'une personnalité juridique internationale. Certains auteurs considèrent même que cette implication dans la fonction judiciaire internationale permet à l'individu de contribuer à l'élaboration du droit international. C'est ainsi que Kelsen, comme on l'a vu, considère les décisions jurisprudentielles comme normatrices au même titre que la loi ou le règlement<sup>333</sup>. Il applique logiquement cette conception au rôle de l'individu en droit international: *“des particuliers reçoivent, par un traité conclu entre deux Etats, la faculté de plaider – en tant qu'individus – devant les tribunaux internationaux, et deviennent de ce fait sujets de droits internationaux. Comme tels, ils participent à la création de la norme de droit international que posera le tribunal. Ils sont donc un organe de création de droit international, mais non pas organe de création du droit international coutumier, ou du droit international conventionnel. Ils participent à la création de normes internationales individuelles, posées en vertu d'un traité par des organes internationaux...”*<sup>334</sup>. Kelsen considère ainsi la fonction judiciaire internationale comme une fonction normative : selon lui, la capacité processuelle de l'individu, indéniable au niveau international, est donc en même temps une capacité normative. Il s'agit là d'une appréciation relativement marginale, mais qui permet de réaliser que, là encore, c'est la faculté de création de droit qui importe pour reconnaître le sujet de droit.

Bien que beaucoup plus nuancé, Reuter esquisse une réflexion comparable. En effet, bien qu'il estime que la capacité normative n'est pas un critère de définition de la personnalité juridique, il considère néanmoins que *“tout sujet de droit ainsi défini exerce aussi à des degrés variables, mais jamais nuls, une fonction de création juridique dans la mesure où toute norme engendre nécessairement, pour la réalisation des droits et des obligations, des actes*

<sup>332</sup> S. Szurek, “La société civile internationale et l'élaboration du droit”, in Colloque CEDIN Paris X, *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, Cahiers internationaux No.18, 2003, p. 66.

<sup>333</sup> Voir *supra*, note 261.

<sup>334</sup> H. Kelsen, “Les rapports de système entre droit interne et droit international”, *op.cit.*, p. 77.

*juridiques posés par le sujet*<sup>335</sup> : l'individu, œuvrant pour la réalisation de ses droits subjectifs internationaux, contribuerait ainsi, même de façon tout à fait indirecte, à la normativité internationale.

C'est par l'évolution du droit pénal international que la capacité processuelle de l'individu est affirmée. En 1950, de Soto, étudiant la liste très classique des différents recours internationaux individuels (notamment devant les tribunaux arbitraux mixtes), insiste donc sur la responsabilisation de l'individu : *“on peut donc soutenir que la promotion de l'individu à la personnalité pénale est un progrès, non seulement de la morale, mais aussi du droit international”*<sup>336</sup>. Plus tard, M. Torrelli, dans le cadre communautaire européen, constate aussi que les recours internationaux ouverts aux individus progressent<sup>337</sup>. Toutefois, il n'en tire pas de conclusions pour l'ordre juridique international, et conçoit l'individu plutôt comme le sujet d'un nouvel ordre juridique interne : celui de la Communauté européenne. Ses conclusions sont plutôt pessimistes, puisqu'il avoue que *“en fait, l'immédiateté juridictionnelle n'est guère mieux assurée que l'immédiateté normative”*<sup>338</sup>. On peut par ailleurs souligner qu'en fin de compte, il relie, à la façon de Reuter (qu'il cite, au demeurant), l'activité juridictionnelle à l'activité normative : le rôle de l'individu en matière juridictionnelle implique, selon lui, que *“le particulier agit sur le terrain de l'organisation européenne comme un élément stimulant de l'ordre juridique...si la Cour exerce une fonction quasi-législative, la reconnaissance de recours individuels confère au particulier une certaine initiative "législative"”*<sup>339</sup>.

Même si la capacité processuelle de l'individu est plus certaine que sa capacité normative, on ne peut affirmer qu'elle lui confère, à elle seule, un statut de sujet international. Par ailleurs, cette participation à la "fonction" judiciaire internationale est faible et indirecte ; indirecte, parce qu'elle se situe dans un cadre régional. De plus, elle est également indirecte parce que non autonome : cette capacité dépend, dans la plupart des cas, des Etats. Comme le soulignait Weil, l'individu peut être occasionnellement plaignant ou défendeur, mais il n'est pas davantage impliqué dans l'organisation du système judiciaire international. Ce n'est donc qu'un indice, parmi d'autres à rechercher, de sa capacité à exprimer sa volonté en droit international.

L'individu normateur international n'est pas encore né, ou du moins pas encore reconnu, semble-t-il. Scelle affirmait que *“les individus sont seuls sujets de droit en droit*

<sup>335</sup> P. Reuter, “Principes de droit international public”, *RCADI* 1961-2, vol. 103, p. 499.

<sup>336</sup> J. de Soto, “L'individu comme sujet de droit des gens”, *op.cit.*, p. 708.

<sup>337</sup> Il étudie ainsi les recours en annulation, en exception d'illégalité, en carence, ainsi que le contentieux de pleine juridiction, ou encore les diverses formes d'intervention volontaire des individus tiers à un procès (notamment pp. 250s). Il étudie également la protection indirecte des individus par le truchement des tribunaux nationaux dans le cadre du recours préjudiciel, envers lequel il est très critique.

<sup>338</sup> M. Torrelli, *L'individu et le droit de la CEE*, *op.cit.*, p. 330.

<sup>339</sup> *Ibid.*

*international public*”<sup>340</sup>. On peut même estimer qu'il extrapolait parfois, affirmant que “*au surplus, la cause est aujourd'hui gagnée en doctrine et l'immense majorité des auteurs reconnaît dans les individus, comme tels, des sujets du droit des gens*”<sup>341</sup>. Or, même son disciple (de Soto) reconnaissait qu'il ne parvenait qu'à un maigre bilan de son étude de la personnalité internationale individuelle : “*voici terminée la revue annoncée. Elle est assez décevante, et il faut bien reconnaître que la personnalité internationale de l'individu reste encore estompée*”<sup>342</sup>. Seule la prise en compte de moyens d'action indirects, d'éléments de nature plus sociologique que véritablement juridique, permet d'entrevoir, pour l'individu, une personnalité internationale, telle que définie par les auteurs du présent chapitre.

L'individu, auteur de normes internationales ? On ne peut répondre par l'affirmative. Il n'est pas sujet de droit international, pour les auteurs volontaristes. C'est donc par une assimilation entre sujet de droit et auteur de droit que l'on parvient à la négation de l'individu comme personne juridique internationale. Or, cette assimilation peut sembler excessive.

## ***II. Raisons de la négation de l'individu sujet de droit international : une assimilation excessive entre sujet de droit et auteur de droit***

Les analyses de la personnalité juridique internationale révèlent de nombreuses analogies. Celles-ci conduisent parfois à des assimilations excessives entre deux notions qui se réalisent différemment selon l'ordre juridique ou l'entité considérée. Le raisonnement par analogie conclut, à partir d'une ressemblance partielle, à une ressemblance plus générale. Le résultat de l'analogie doit donc être de conformité, d'identité. Lorsqu'on compare ordre juridique interne et international, dans un esprit d'analogie, on tente de parvenir à la conclusion qu'ils sont similaires. La comparaison simple, en revanche, ne mène pas nécessairement à un résultat de conformité : selon le Petit Robert, c'est “le fait d'envisager ensemble deux ou plusieurs objets de pensée pour en chercher les différences ou les ressemblances”. Contrairement à l'analogie, la comparaison permet donc de prendre en compte des différences parfois cruciales. Ainsi, entre la personnalité juridique interne et son “équivalent” international, la comparaison peut être utile, dès lors qu'elle n'assimile pas des éléments de nature différente.

Deux types d'analogies conduisent à assimiler le sujet de droit à l'auteur de droit. D'une part, entre sujet interne et sujet international, surtout dans les positions scelliennes ; la notion de personnalité juridique étant issue du droit civil interne, il paraît logique qu'elle soit, sinon exactement transposée dans l'ordre international, du

<sup>340</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 42.

<sup>341</sup> G. Scelle, *Cours de droit international public, op.cit.*, p. 511.

<sup>342</sup> J. de Soto, “L'individu comme sujet de droit des gens”, *op.cit.*, p. 710.

moins comparée avec la personnalité juridique internationale. Il ne s'agit pas ici de critiquer la démarche analogique en tant que méthode. Il s'agit essentiellement de montrer à quelles erreurs elle peut conduire, en l'espèce. Ainsi, on peut estimer que certaines analogies entre personnalité interne et personnalité internationale sont erronées (A). D'autre part, entre les différents sujets internationaux : la personnalité juridique des sujets internationaux déjà reconnus est souvent prise comme modèle, point de départ unique d'une définition plus générale. Or, ce modèle unique peut être considéré, à certains égards, comme dépassé. Il ne tiendrait plus compte des évolutions contemporaines des sujets en droit international (B).

#### A. Analogies erronées entre sujet interne et sujet international

De façon générale, certaines analogies, contestables, tentent de démontrer que la personnalité internationale doit posséder les mêmes caractéristiques que la personnalité interne (1). Si l'on étudie ensuite les comparaisons effectuées entre les capacités internes et internationales, on peut également constater que l'analogie atteint rapidement ses limites (2).

##### 1. *Personnalité interne et personnalité internationale*

Pour beaucoup, le sujet international, pour être reconnu comme tel, doit posséder les mêmes caractéristiques que le sujet interne. C'est notamment la démarche de Scelle ; en effet, il part de l'affirmation très générale que les ordres juridiques internes et internationaux sont de structure identique. Par conséquent, leurs sujets aussi : la théorie de la personnalité internationale ne peut que reposer sur celle de la personnalité interne. Or, il semble que l'auteur adopte une prémisse partiellement erronée : elle consiste à affirmer que le sujet de droit, quel qu'il soit, participe aux fonctions de création du droit, qui sont les fonctions traditionnelles législative, exécutive et judiciaire. Cette opinion peut être contestée doublement.

D'une part, elle confond les personnes publiques et les personnes privées. Or, les compétences de celles-ci, dans un ordre juridique interne, ne sont pas les mêmes ; en effet, comme le soulignent J. Combacau et S. Sur, *“le modèle étatique est fondé sur une différenciation hiérarchique de deux sortes de personnes, les collectivités publiques et les particuliers ; les unes et les autres sont les sujets de l'ordre juridique étatique dans un premier sens, c'est-à-dire qu'ils ont une personnalité légale ; mais les secondes sont en outre sujettes dans un autre sens tout différent : elles sont "assujetties" aux premières, soumises à leur pouvoir”*<sup>343</sup>. *A contrario*, on peut relever que les personnes publiques ont le pouvoir de participer aux trois fonctions "publiques". La fonction législative est réservée à l'Etat. L'application de la loi, par l'exécutif ou par des mécanismes juridictionnels, ne laisse guère de place aux

<sup>343</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 20.

particuliers, personnes privées. Si l'on accepte la logique scellienne, il faut reconnaître que le législateur est aussi un individu, parlementaire ; le ministre, le juge, sont aussi des personnes physiques. Toutefois, ce n'est pas leur personnalité juridique qui leur confère le pouvoir normatif, mais leur fonction de personne publique. Au contraire, la personnalité juridique de droit interne, selon la définition connue du droit civil, confère essentiellement des droits, moraux ou intellectuels. Ce sont des droits privés, destinés à protéger l'individu dans son intégrité, sa dignité, physique et morale. Les capacités accolées à ces droits sont, elles, destinées à les exercer. Si elles permettent aux particuliers de prendre part à l'activité publique, ce n'est que d'une façon passive. L'individu sujet de droit interne peut ester en justice, mais non élaborer la loi définissant le crime. La pensée scellienne niant la personnalité de l'Etat, nie donc également toute distinction entre sphère publique et sphère privée, entre droit public et droit privé.

D'autre part, l'analogie qu'effectue Scelle entre les fonctions internes et les fonctions internationales peut également être contestée. On a déjà souligné que pour Scelle, il n'existe qu'un modèle d'ordre juridique. Qu'il soit interne ou international, le cycle de réalisation du droit y est identique. C'est ainsi que l'auteur explique que *“les fonctions publiques, non pas seulement dans l'Etat, mais dans toute société politique, sont essentiellement de trois ordres”*, et développe les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire<sup>344</sup>. Partant ainsi de la théorie de la séparation des pouvoirs, tout en y incluant des considérations sociologiques, il considère que *“cette technique est la même en droit international qu'en droit interne. Disons-le une fois pour toutes. Mais il convient de faire une réserve en ce qui concerne le degré de perfection de cette technique, qui dépend du degré d'intégration de l'organisation sociale”*<sup>345</sup>. La controverse est célèbre : d'un côté, certains estiment que l'ordre juridique international est similaire à l'ordre juridique interne : son caractère quelque peu désordonné, décentralisé, n'est dû qu'à un "retard" organique, institutionnel. La société internationale est primitive. Cela conduit l'auteur à affirmer que *“ce qui fait la faiblesse de l'ordre juridique international, c'est qu'on ait prétendu lui appliquer une technique différente de celle du droit interne ou de tout autre ordre juridique”*<sup>346</sup>. De l'autre côté, des auteurs comme Virally contestent cette "prétendue primitivité" : l'ordre juridique international est, par nature, différent. Il critique alors cette analogie entre ordre étatique et ordre international. Il semble la trouver incongrue, se choquant du fait que *l'“on a même voulu transposer au plan international certaines théories constitutionnelles particulières, comme la théorie des trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire”*<sup>347</sup>.

<sup>344</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens, op.cit.*, p. 18.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>346</sup> G. Scelle, *“Pouvoir étatique et droit des gens”*, *op.cit.*, p. 208.

<sup>347</sup> M. Virally, *“Sur la prétendue primitivité du droit international”*, *op.cit.*, p. 98.

On peut en effet souligner que la séparation des pouvoirs n'existe pas en droit international : l'élaboration des normes internationales, tout comme leur exécution ou leur contrôle, relèvent en général des mêmes entités. Celles-ci ne sont d'ailleurs pas engagées dans des rapports de subordination comme en droit interne, mais de coordination : le principe de l'égalité souveraine en est le pilier. De plus, pour la même raison, la loi interne s'imposant à tous ne trouve pas son équivalente en droit international : le traité n'est pas une loi <sup>348</sup>. Enfin, on sait que l'ordre international ne possède pas cette caractéristique essentielle de l'ordre juridique interne qu'est la contrainte, qui plus est centralisée.

Par conséquent, comment exiger du sujet de droit international qu'il participe à des fonctions publiques internationales qui n'existent pas sous la forme qu'on veut leur donner ? Scelle, par le biais de ses analogies, parvient à affirmer que l'individu est sujet de droit international ; pourtant, avec une telle conception de la personnalité, il devient extrêmement difficile de justifier que l'individu, personne privée agissant pour son propre compte, soit législateur international. Pour brillante que soit la théorie, ses conséquences quant à la position de l'individu sont contestables. Il ne convainc guère lorsqu'il affirme que seul l'individu possède une capacité législative internationale!

Au sein même de la notion de personnalité juridique, un autre type d'analogie est effectué, entre capacités internes et capacités internationales. Il ne convainc pas non plus.

## ***2. Capacités internes et capacités internationales***

Le sujet de droit interne possède certaines capacités : certains auteurs ont tendance à les transposer pour étudier la situation du sujet international. Les analyses de C. Dominicé, sans aller jusqu'à ce point, effectuent la comparaison entre capacités internes et internationales. L'auteur revendique une "double démarche intellectuelle", de comparaison et de relativisation : *“il nous paraît nécessaire... d'avoir un regard sur les traits généraux de ce que l'on peut constater dans les droits nationaux, tout en observant une maxime de prudence dès qu'il s'agit de faire état d'éventuelles analogies”* <sup>349</sup>. Il s'agit donc bien davantage de comparaison que d'analogie véritable. Toutefois, les parallèles sont annoncés. Sans procéder à une étude approfondie des capacités internes, qui ne font pas l'objet de ses développements, C. Dominicé relève qu'il *“est notoire par exemple que les personnes privées qui ont la qualité de sujet de droit en vertu d'un droit interne disposent de trois grandes capacités (i) de contracter (ii) d'acquérir des biens, et (iii) d'ester en justice”* <sup>350</sup>.

<sup>348</sup> Bien que certains aient tenté d'élaborer une distinction doctrinale entre traité-contrat et traité-loi, elle n'a plus cours aujourd'hui.

<sup>349</sup> C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *op.cit.*, p. 149.

<sup>350</sup> C. Dominicé, “L'émergence de l'individu en droit international public”, *op.cit.*, p. 121.

Cela peut mener, dans un premier temps, à constater qu'un sujet international peut détenir ces capacités. C. Dominicé prend ainsi l'exemple des accords de siège mentionnant en général ces trois capacités internes pour les organisations internationales. On peut aussi citer la principale source reconnaissant la personnalité interne des organisations internationales : l'article 104 de la Charte des Nations unies dispose que "l'Organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses membres, de la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et atteindre ses buts". Lorsqu'on étudie la personnalité juridique de ces organisations, on distingue désormais leur personnalité juridique internationale et leur personnalité juridique interne : elles peuvent être concomitamment sujet international et sujet interne, et ainsi posséder les trois grandes capacités attachées à l'ordre juridique interne dans lequel elles peuvent exercer une activité. Il importe donc de souligner que, dans ce cas, elles sont considérées en tant que sujet interne et non en tant que sujet international.

Cela peut mener, dans un second temps, à affirmer que si le sujet interne possède des capacités inhérentes à sa personnalité, il doit impérativement en être de même pour le sujet international. L'analogie n'est pas absolue car les capacités diffèrent, si ce n'est dans leur nombre, du moins dans leurs caractéristiques. C. Dominicé attache, à la personnalité internationale, également trois grandes capacités, de conclure des traités, d'établir des relations diplomatiques et d'ester en justice. Pour deux d'entre elles, on peut relever une certaine ressemblance. Ainsi, la capacité contractuelle du sujet interne devient capacité de conclure des traités en droit international ; de même, la capacité d'ester en justice devient capacité de participer aux mécanismes de la responsabilité internationale. L'analogie est en revanche inexistante sur la troisième : à la capacité d'acheter ou vendre des biens, on ne peut faire correspondre celle d'établir des relations diplomatiques.

Par ailleurs, deux autres assimilations peuvent être identifiées chez les auteurs ayant opté pour cette approche complète du sujet de droit. D'une part, en droit interne, tout sujet (capable) pose des actes juridiques et ainsi crée du droit. D'autre part, on peut également considérer que le droit civil adopte une conception cumulative des capacités internes. En effet, la capacité juridique générale est de principe. Le sujet ne possédant pas toutes les capacités sera alors qualifié d'"incapable", même s'il s'agit d'une incapacité partielle. Cela peut expliquer que certains internationalistes exigent du sujet international qu'il ait une compétence normative, et qu'il possède l'ensemble des capacités internationales catégorisées. Certes, on peut dire que le sujet interne crée du droit. Ce n'est pourtant pas à cet aspect normatif que le civiliste s'attache, contrairement à l'internationaliste. En outre, le pouvoir de créer du droit ne peut nullement s'exprimer de la même façon : la ressemblance entre capacité de contracter et capacité de conclure des traités n'est qu'apparente, puisque contrat et traité ne peuvent être assimilés.

De plus, la dichotomie interne entre capacité de jouissance et capacité d'exercice ne trouve pas d'écho en droit international, dont la distinction pertinente s'effectue entre capacité normative et processuelle. Enfin, on a souligné que la conception cumulative des capacités en droit international est contestable.

Outre les analogies entre droit interne et droit international, on peut également contester certaines analogies entre les sujets reconnus du droit international et les autres objets d'études, tels que les individus.

### **B. Analogies dépassées avec les sujets reconnus de droit international**

On a pu constater précédemment qu'une méthode déductive et apriorique de définition de la personnalité internationale comportait des inconvénients. Dans le cadre présent de réflexions analogiques, c'est une démarche inductive, "expérimentale", qui pèche : elle consiste à proposer une définition de la personnalité à partir d'un cas particulier et unique, déjà connu, et pris comme seul point de départ. Toute caractéristique différente d'une autre entité est éliminée. Ainsi, pour certains, l'étude du statut de l'individu sera amorcée en fonction de la personnalité internationale de l'Etat ; pour d'autres, l'analogie sera effectuée avec les organisations internationales (1). Fatalement, la position de l'individu, nettement inférieure à celle de ces sujets du droit international, sera donc cantonnée dans l'ordre interne. Toutefois, on peut considérer que cette définition analogique de la personnalité juridique internationale est faussée par son point de départ, et ne permet pas de parvenir à l'élaboration d'une théorie générale des sujets de droit international (2).

#### ***1. Individu, Etat et organisation internationale***

Il convient ici d'identifier la personnalité internationale de l'Etat (a) et celle de l'organisation internationale (b). Dans chacun de ces cas, l'individu ne peut soutenir la comparaison ; on lui dénie donc la qualité de sujet de droit international.

##### **a. La personnalité internationale de l'Etat**

Peu d'auteurs tentent de définir, de façon approfondie, la personnalité internationale de l'Etat : elle est évidente. L'Etat est le sujet originaire, primaire, de l'ordre juridique international. Il y possède toutes les facultés. Mais si l'on tente d'évaluer les contours de sa personnalité, on réalise que personnalité et souveraineté sont souvent indissociables. Le rapport effectué par la doctrine entre ces deux notions est souvent confus.

Ainsi, pour J. Combacau et S. Sur, c'est la personnalité juridique de l'Etat qui lui confère, en tant qu'attribut, la souveraineté. Ils conçoivent en effet la personnalité juridique comme une aptitude virtuelle et abstraite, qui va permettre à des normes de

"conférer ou reconnaître" au sujet des "attributs"<sup>351</sup>. La personnalité juridique conditionne la possibilité de se voir reconnaître des attributs. Ceux-ci sont donc, en quelque sorte, des conséquences ou suites logiques de la possession du statut de sujet. Or, pour ces deux auteurs, les attributs internationaux du sujet "Etat" sont d'une part la capacité d'agir internationalement, et d'autre part la souveraineté.

Ils définissent ainsi la personnalité juridique de l'Etat presque exactement comme celle de tout autre sujet de droit : c'est une "*aptitude vide d'un sujet passif à se voir destiner des normes*"<sup>352</sup> : elle n'a pas de contenu déterminé. Toutefois, elle n'est pas strictement identique à celle de n'importe quel autre sujet, car, "*la personnalité de l'Etat, comme de tout autre être autre qu'un individu, comporte deux aspects, l'existence corporative et la qualité de sujet*"<sup>353</sup>. "Etre corporatif" signifie que l'Etat est une personne morale, autonome par rapport aux éléments qui le composent ; "Sujet" signifie que l'Etat peut se voir attribuer "*des pouvoirs, des droits et des obligations*". J. Combacau et S. Sur définissent ensuite la souveraineté comme le plus haut degré "*de la puissance et de la liberté légales*". Sans contenu déterminé non plus, elle est "*le fait de n'être sujet (au sens d'assujetti) d'aucun sujet (au sens de personne juridique)*"<sup>354</sup>. En fin de compte, on pourrait dire que, pour eux, la souveraineté est le superlatif de la capacité d'agir internationale.

Le rapport théorique effectué ici entre personnalité juridique et souveraineté est un rapport de conséquence (la souveraineté découle de la personnalité), mais non réellement chronologique : la situation particulière de l'Etat fait que son statut (la personnalité) et ses attributs (capacité et souveraineté) lui sont reconnus en même temps, dès l'origine : il naît sujet capable et souverain.

La position de P.M. Dupuy paraît être l'inverse de celle de J. Combacau et S. Sur : "*la souveraineté donne à l'Etat la plénitude de la personnalité juridique dans l'ordre juridique international*"<sup>355</sup>. Il semble donc considérer que la personnalité juridique étatique découle de sa souveraineté. On retrouve ici la problématique, étudiée par R. Kolb, des rapports chrono-logiques entre deux notions fondamentales. Dans le premier cas, on estime que la souveraineté est antérieure à la personnalité, tandis que dans le second cas, elle lui est postérieure. On pourrait cependant, d'après le raisonnement de R. Kolb, affirmer que dans la situation de l'Etat, personnalité internationale et souveraineté sont apparues de façon simultanée. Quoiqu'il en soit, il est fort difficile de savoir quelles sont les facultés qui découlent de la personnalité, et celles inhérentes à la souveraineté.

<sup>351</sup> Voir J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, pp. 221-226.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>355</sup> P.M. Dupuy, "Cours général droit international public, l'unité du droit international", *op.cit.*, p. 100.

Pour P.M. Dupuy, les attributs de la souveraineté, sont d'une part, identité, plénitude et relativité : les souverainetés étatiques sont identiques, c'est-à-dire égales ; on retrouve ici le principe de l'égalité souveraine. L'Etat possède la plénitude de la personnalité juridique. Enfin, la souveraineté est relative, variant selon le degré de développement de l'ordre international. L'auteur estime ensuite que c'est la souveraineté qui confère à l'Etat le pouvoir de créer d'autres sujets de droit<sup>356</sup>. D'autre part, il identifie les caractéristiques de la personnalité que seul l'Etat possède, du fait même de son existence : “*capacité de produire des actes juridiques ; de se voir imputer des faits illicites internationaux ; de devenir membre et de participer pleinement à la vie des organisations internationales ; d'ester en justice devant juridictions et tribunaux arbitraux internationaux ; d'exercer la généralité des compétences territoriales et la plénitude des compétences personnelles ; d'apprécier librement (mais de bonne foi) l'existence, le sens et la portée des droits et obligations dont il est titulaire*”<sup>357</sup>. Parmi ces caractéristiques, on peut relever les capacités processuelle et normative définies par Combacau ; cependant, d'autres sont également incluses dans la personnalité, telles que des compétences territoriales et personnelles, souvent considérées comme des conséquences de la souveraineté. Ainsi, Virally considérait que la souveraineté possède “*deux attributs fondamentaux : le droit exclusif pour l'Etat d'exercer le pouvoir étatique sur son territoire ; le droit de se déterminer librement sur le plan juridique*”<sup>358</sup>.

Cette difficulté de dissocier clairement souveraineté et personnalité internationale étatique pose un problème réel pour la définition de cette dernière. En effet, jusqu'en 1949, seul l'Etat était reconnu unanimement comme sujet de droit international. La personnalité juridique internationale était donc définie par certains uniquement en fonction de l'Etat : c'est ici que la démarche analogique est effectuée, notamment par les auteurs soviétiques (et ce, même après 1949 et l'avis de la CIJ). Ils avaient ainsi tendance à exiger théoriquement de tout sujet international qu'il possède certaines qualités que, en fin de compte, seule la souveraineté pouvait révéler. On a vu, par exemple, que Tunkin inclut clairement la souveraineté et l'égalité souveraine dans la définition de la personnalité. Pour Feldman, est sujet international celui qui possède un statut international d'indépendance.

Par conséquent, l'individu ne peut être considéré comme sujet de droit international : il n'est pas une personne morale, corporative. Il ne possède ni compétences territoriales ni compétences personnelles. Il n'est pas souverain. Définir le sujet de droit international à partir de la seule personnalité étatique conduit ainsi nécessairement à l'exclusion de principe de tout autre entité.

<sup>356</sup> P.M. Dupuy, “Cours général droit international public, l'unité du droit international”, *op.cit.*, pp. 98-102.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>358</sup> M. Virally, “Panorama du droit international contemporain”, *RCADI* 1985, vol. 183, p. 80.

## b. La personnalité internationale de l'organisation internationale

Comme le souligne P.M. Dupuy, l'évolution conceptuelle de la personnalité juridique internationale a lieu avec la reconnaissance du statut des organisations internationales, par laquelle "*la possession de compétences internationales est enfin dissociée de la souveraineté*"<sup>359</sup>. Abondamment étudiée par la doctrine, la personnalité internationale des organisations internationales ne pose pas de réelle difficulté de définition. Il importe juste, éventuellement, de distinguer personnalité interne et personnalité internationale de ces organisations. Pour cette dernière, l'avis de la CIJ de 1949 a clairement posé les principaux critères.

Avant tout, l'organisation internationale est une personne morale : en tant qu'être "corporatif", la première caractéristique de sa personnalité réside dans son autonomie par rapport à ses créateurs, les Etats. Elle est ainsi dotée d'organes propres, et prend des décisions qui lui sont directement imputables. Elle dispose également d'un budget propre, d'une autonomie financière. En tant que sujet de droit, elle se voit conférer des droits, des obligations, et des capacités. Celles-ci sont en général déclinées en capacité normative de conclure des traités, ainsi qu'en capacité d'établir des relations diplomatiques : l'organisation internationale possède un droit de légation active et passive, et des privilèges et immunités. Enfin, elle possède aussi une capacité processuelle.

Elle se distingue clairement de la personnalité internationale étatique sur deux points essentiels, également développés par la CIJ en 1949. Il s'agit, d'une part, d'une personnalité fonctionnelle, régie par le principe de spécialité : l'organisation internationale étant créée pour remplir une mission déterminée, elle ne peut agir que dans le cadre de la mission qui lui est impartie. Le contenu de sa capacité d'agir, normative ou processuelle, est donc totalement encadré par cet aspect fonctionnel. D'autre part, l'organisation ne possède pas de compétences territoriales, sauf cas très exceptionnels, "révolutionnaires" d'après P.M. Dupuy. Celui-ci cite le cas de l'Autorité internationale des fonds marins, ainsi qu'une nouvelle évolution avec les compétences d'administration territoriale du Kosovo ou du Timor Oriental : "*ces deux situations demeurent cependant exceptionnelles et l'on ne devrait pas voir souvent se reproduire dans l'avenir des situations dans lesquelles une organisation internationale, en l'occurrence l'ONU, agit comme un véritable souverain territorial*"<sup>360</sup>. En revanche, Etat et organisation internationale ont en commun les trois types de capacités internationales qui ont été synthétisées : normative, diplomatique et processuelle.

Les auteurs définissant la personnalité internationale à partir d'un cas unique qu'ils généralisent sont nécessairement influencés par une situation particulière. Cela

---

<sup>359</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p. 168.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 174.

peut expliquer que Pilotti, par exemple, travaillant sur les Unions d'Etats, insiste sur la capacité de conclure des traités ; cela justifie que P. Pescatore, analysant la personnalité d'une organisation internationale, mette l'accent sur le fait que le sujet doit être "centre d'imputation de relations juridiques", et faire du "commerce juridique". Cela semble également influencer les positions de C. Dominicé. Celui-ci a, contrairement aux autres auteurs cités, étudié l'ensemble des entités potentiellement considérées comme sujets internationaux ; toutefois, il part d'une définition de la personnalité qui nous semble trop calquée sur une synthèse de la personnalité internationale des Etats et des organisations internationales. Exiger du sujet international qu'il ait la capacité d'agir sur un plan diplomatique, ou d'user de la force, implique qu'il ne peut s'agir que d'une personne morale représentant des intérêts collectifs. Dès lors, par rapport à l'organisation internationale, la position de l'individu est apparemment aussi faible que par rapport à l'Etat.

Ces analogies conduisent à exclure, trop rapidement peut-être, d'autres entités potentiellement sujets de droit international. En tant que méthode, l'analogie ne permet pas d'élaborer une véritable théorie générale des sujets de droit international, cohérente et adaptée à l'évolution du droit positif.

## *2. L'absence de réactualisation d'une théorie générale des sujets de droit international*

La conception actuelle de la personnalité juridique est toujours axée fondamentalement sur celle des Etats et des organisations internationales. Ce constat appelle deux remarques importantes.

D'une part, la personnalité de ces deux catégories de sujets internationaux comporte des différences essentielles. En effet, s'ils ont en commun leurs capacités de conclure des traités, d'ester en justice ou d'établir des relations diplomatiques, la définition de leur personnalité n'est pas univoque. Ainsi, d'un point de vue conceptuel, la personnalité étatique est originaire, alors que la personnalité de l'organisation internationale est dérivée. L'une est pleine et entière, l'autre est limitée par sa fonctionnalité.

D'autre part, on ne cesse de souligner le rôle croissant qu'occupent d'autres entités, appelées "acteurs du droit international". Les individus font ainsi sentir leur présence sur la scène internationale. De même, les mouvements collectifs prennent de l'ampleur, qu'elle soit positive ou négative : la nocivité de groupes criminels internationaux n'est plus à démontrer, et le droit international tente d'ailleurs d'y remédier. Les ONG se font entendre dans toutes les grandes manifestations internationales. La puissance des sociétés transnationales est un fait avéré que l'on tente de contrôler au niveau international. Les relations entre ces ensembles et l'ordre juridique international sont complexes et variées, mais elles existent.

De la première remarque, on peut déduire que rien n'empêche, au moins théoriquement, de concevoir d'autres formes de personnalités juridiques internationales. On a déjà reconnu que l'organisation internationale n'est pas un super-Etat ; on a séparé la notion de personnalité de celle de souveraineté. Quant à la seconde remarque, on peut estimer que face à la multiplication de ces acteurs internationaux, la théorie juridique n'a pas encore pu réagir, pour tenter de trouver un statut juridique adéquat. Ils demeurent dans cette "zone de pénombre" qu'A. Pellet discerne entre le droit et le non-droit.

Peut-être une théorie plus générale, ouvrant un espace libre pour d'autres personnes juridiques, est-elle introuvable. Peut-être faut-il considérer que l'individu, les personnes physiques et privées n'y ont pas leur place. Par conséquent, la définition du sujet de droit peut être effectuée uniquement par rapport aux caractéristiques de l'Etat et de l'organisation internationale. Cependant, ce serait se résigner que de considérer que les autres "acteurs" du droit international sont, et seront toujours, cantonnés à un statut d'objet qui paraît obsolète. On peut tenter de trouver une définition synthétique de la personnalité juridique internationale, qui inclurait l'ensemble des sujets potentiels du droit international, et non uniquement l'Etat ou l'organisation internationale. Théoriser à partir d'un cas unique de personne juridique n'est plus possible. Comme l'a clairement exposé la CIJ, les sujets de droit sont différents quant à leur nature et à l'étendue de leurs droits.

Quelles sont les caractéristiques de ces acteurs, qui ne leur permettent pas d'entrer dans la catégorie des sujets de droit international ? Dans un premier temps, on peut rappeler que les Etats et organisations internationales sont des personnes morales et publiques. La personnalité morale implique un critère d'autonomie (par rapport aux entités qui la composent) qui ne peut être appliqué aux personnes physiques. Le statut public implique, quant à lui, une finalité d'intérêt général que ne poursuivent pas nécessairement les autres "acteurs" internationaux. Enfin, et surtout, Etats et organisations internationales sont les auteurs du droit international. Il ne s'agit pas de renier cette qualité qui leur permet d'assurer l'efficacité et l'effectivité (même relatives) du droit international. Il s'agit de savoir si l'on doit exiger de tout sujet du droit international qu'il possède cette caractéristique.

Le point de départ amorcé par la CIJ en 1949 fut critiqué par ceux qui craignaient une explosion insensée de la catégorie des sujets. Il présentait toutefois des avantages indéniables : celui de reconnaître que tous les sujets ne disposent pas des mêmes droits et obligations, bien qu'on puisse leur appliquer le même premier critère de la titularité de droits et obligations. Celui, ensuite, de reconnaître qu'ils n'ont pas les mêmes capacités internationales, même si l'on peut accepter d'inclure dans la définition de la personnalité internationale un critère relatif à la capacité d'agir. Enfin, celui

d'affirmer que leur reconnaissance dépend des besoins de la communauté internationale.

Les analogies effectuées ici empêchent donc d'envisager une actualisation de la théorie générale des sujets internationaux. Parce que la personnalité juridique internationale de l'Etat contient tel ou tel attribut, toute entité souhaitant être reconnue comme sujet de droit international devra posséder exactement les mêmes caractéristiques. C'est figer le concept de personnalité juridique à partir de la seule personne juridique originaire. Jusqu'à présent, la doctrine conceptualise d'une part la théorie de la personnalité étatique, d'autre part la théorie de la personnalité des organisations internationales. Plusieurs approches sont proposées, sans qu'une synthèse soit réellement tentée. Il semble pourtant nécessaire de prendre en compte les évolutions contemporaines de la société internationale, même si le résultat doit en être juridiquement décevant.

## Conclusion section II

Compte tenu du caractère extensif de la personnalité définie ici, l'individu ne peut posséder les qualités du sujet-auteur de droit international. Les auteurs volontaristes sont très clairs : l'individu ne détient pas la faculté d'élaborer des normes internationales, et la seule détention d'une mesure de capacité processuelle est insuffisante. Dans un cas comme dans l'autre, l'Etat est à l'origine de toute norme ou procédure internationale. Pour les non-volontaristes, si la réponse est moins catégorique, elle reste généralement négative. Exception faite des positions scelliennes, on avoue le caractère indirect de l'implication de l'individu dans la normativité internationale, et on invoque des cas exceptionnels ou des arguments sociologiques pour tenter de lui reconnaître une position internationale.

Partant des contours de la personnalité telle qu'elle existe en droit interne, les auteurs vus ici s'attachent, bien que de façon non exclusive, à mettre en valeur la capacité du sujet de droit. Pour eux, la capacité contractuelle de droit interne doit être reflétée par un équivalent international, qui devient capacité normative, adaptation effectuée à la structure de l'ordre international. Cette définition du sujet nous paraît procéder d'assimilations contestables. Que sa méthode soit déductive ou inductive, le théoricien est fatalement influencé, non seulement par la définition de la personnalité en droit interne, mais aussi par les caractéristiques des sujets internationaux que sont l'Etat et l'organisation internationale. Ces deux sortes d'entités reconnues comme sujets internationaux ont en commun les trois caractéristiques particulières que sont les capacités normative, diplomatique et processuelle. Dès lors, la définition de la personnalité internationale prend comme point d'ancrage ces trois exigences. Cela ferme définitivement, semble-t-il, la catégorie des sujets internationaux, dès lors que ces critères découlent, en partie, de la nature de personne morale et publique des Etats et organisations internationales. Par conséquent, il n'y a de place, dans cette approche de la personnalité juridique internationale, pour aucune autre entité. Sans affirmer une absence totale de théorie générale des sujets internationaux, on peut néanmoins estimer qu'elle est dépassée.

Elargir la définition de la personnalité pour permettre la prise en compte d'autres personnes peut paraître dangereux pour certains, nécessaire pour d'autres. La reconnaissance de la personnalité des organisations internationales a ouvert la voie, et montré qu'une évolution était nécessaire. Elle le fut en 1949, et on a reconsidéré la théorie pour y inclure une nouvelle forme de sujet. Peut-être est-il à nouveau temps de la réactualiser dans ses fondements théoriques.

## Conclusion chapitre II

Cette seconde définition de la personnalité juridique internationale, maximale, conçoit le sujet comme un auteur du droit international. Au premier critère de la titularité de droits et obligations, s'ajoute une capacité juridique générale. Celle-ci peut être approchée dans un premier temps sans égard à l'ordre juridique sans lequel elle se situe : que cela soit en droit interne ou en droit international, elle signifie que le sujet doit exprimer juridiquement sa volonté par la création de normes. Paradoxalement, on a vu que cette exigence se retrouve tant chez les auteurs les plus volontaristes que chez certains objectivistes comme Scelle. Pour les uns comme pour les autres, la volonté est seule source de personnalité : volonté étatique pour les premiers, volonté individuelle pour les seconds. Toutefois, la comparaison s'arrête là et le rapprochement ne doit pas être exagéré.

Cette volonté normative s'exprime ensuite selon des caractéristiques propres au sujet de droit international. Ainsi, dans l'ordre juridique international, la capacité juridique générale comprend non seulement la faculté contractuelle de conclure des traités, mais aussi la capacité du sujet d'effectuer des réclamations internationales ou d'engager sa responsabilité. Ces deux dernières déclinaisons sont réunies dans le terme de capacité processuelle. En outre, une troisième capacité est parfois retenue : il s'agit de la capacité d'établir des relations diplomatiques, détenue par les Etats et les organisations internationales. Néanmoins, la pertinence de cette condition peut être remise en cause.

Il est difficile d'identifier au sein de cette partie de la doctrine un degré d'exigence unanime quant à ces différentes déclinaisons. La capacité juridique générale comprenant plusieurs facettes, il paraît logique, pour les volontaristes, de les exiger toutes. Si l'une manque, alors l'entité étudiée se verra refuser le statut de sujet de droit international. Toutefois, cela semble procéder d'un volontarisme excessif et certains autres auteurs proposent une approche alternative, davantage basée sur une hiérarchisation de ces caractéristiques.

Cette définition maximale est, *a priori*, destinée à être appliquée exclusivement aux Etats et aux organisations internationales. Malgré les affirmations des objectivistes, il est peu réaliste de considérer l'individu comme impliqué directement dans l'activité normative internationale. La doctrine reconnaît pourtant qu'il dispose d'une certaine capacité processuelle, bien que limitée. Toutefois, son caractère exceptionnel conduit la doctrine, même non-volontariste, à nier un statut véritablement international à l'individu.

L'individu n'est pas sujet de droit international. Cette négation provient ici d'une conception extrême de la notion de personnalité juridique internationale, dans laquelle

sujet de droit et auteur de droit sont assimilés. Or, cette définition est contestable. D'une part, elle procède d'un volontarisme excessif, représentant une partie minoritaire de la doctrine. L'assimilation entre sujet de droit et créateur de droit repose d'autre part sur des analogies également contestables. Les conditions de reconnaissance des autres sujets internationaux, également auteurs du droit international, leur sont propres. La CIJ a bien affirmé que tous les sujets internationaux n'étaient pas de nature identique. La capacité normative peut alors être considérée comme un indice confirmatif de la personnalité internationale, non comme un critère d'obtention du statut de sujet.

C'est à partir de cette réflexion qu'une troisième définition de la personnalité juridique internationale est proposée par la doctrine. Il s'agit d'une approche qu'on peut qualifier d'intermédiaire entre les deux précédentes. Elle ne se satisfait pas du seul critère de la titularité. Toutefois, elle n'exige pas non plus une pleine capacité juridique. Elle envisage alors le sujet de droit international, ni comme un simple destinataire de normes, ni comme un auteur de droit, mais plutôt comme un être actif, "acteur" de l'ordre juridique international.

### Chapitre III. Définition intermédiaire : le sujet, acteur de l'ordre juridique international

Comme le souligne J. Carbonnier, “*sous un autre angle de vision, procédural, mais traduisant encore mieux la force dynamique du droit, on dira que le sujet de droit est avant tout un sujet, un titulaire d'actions en justice. C'est peut-être la lance au poing que nous rencontrerons les plus authentiques sujets de droit*”<sup>361</sup>.

La définition du sujet de droit international repose, dans cette troisième approche, sur deux critères. Le premier est, traditionnellement, celui de la titularité de droits et obligations. Il fait l'objet d'une unanimité doctrinale, quelle que soit la définition choisie : ayant été détaillé au chapitre I, il ne sera pas davantage évoqué ici. Le second critère est celui de la capacité processuelle internationale, considérée comme seule nécessaire, parmi les capacités d'agir, pour identifier un sujet international (section I).

Dans l'application de cette définition de la personnalité au cas de l'individu, la doctrine adopte une attitude nuancée, pragmatique, moins catégorique que les deux précédentes. Loin de faire l'objet de controverses marquées, la réflexion mène à un résultat relativement consensuel : l'individu peut, selon cette doctrine, être sujet de droit international, mais de façon exceptionnelle, relative et dérivée (section II).

#### Section I. Le second critère déterminant de la personnalité : la capacité processuelle internationale

On peut considérer qu'une part largement majoritaire de la doctrine internationaliste s'accorde sur cette troisième définition de la personnalité. Elle estime que l'inclusion d'une capacité processuelle dans la définition du concept est nécessaire (I). La délimitation des contours et du contenu de cette capacité internationale reste toutefois délicate (II).

##### *I. Nécessité de l'inclusion de la capacité processuelle dans la définition de la personnalité*

Le sujet de droit doit être capable de faire sentir sa présence et sa volonté dans l'ordre juridique auquel il appartient. C'était déjà l'exigence de la partie doctrinale assimilant le sujet à l'auteur de droit. Toutefois, la doctrine se limite ici au seul critère processuel : il peut permettre, à lui seul, d'exprimer la double dimension, active et

<sup>361</sup> J. Carbonnier, “Sur les traces du non-sujet de droit”, *op.cit.*

passive, du sujet. Elle conçoit ainsi le sujet comme un être actif et responsable (A)<sup>362</sup>. Pour être véritablement sujet international, il est surtout nécessaire que l'entité considérée possède cette capacité processuelle au plan international (B).

#### A. L'exigence d'un sujet actif et responsable

De même façon qu'au chapitre précédent, on pourra expliquer que les auteurs considérés ici affirment leur conception, tout en réfutant celle des autres (1). Par ailleurs, parmi ceux qui conçoivent le sujet comme cet être actif, deux approches sont à distinguer : "l'acteur" international n'est pas le même pour tous (2).

##### 1. Réfutations des deux précédentes définitions de la personnalité juridique

La définition du sujet comme destinataire de normes est considérée comme insuffisante (a). A l'opposé, la conception du sujet comme auteur de droit semble trop exigeante (b).

##### a. L'insuffisance du sujet-destinataire

La définition de la personnalité précédemment étudiée contenait déjà une critique de la seule condition du destinataire<sup>363</sup>. Ici, la critique est identique, mais ses fondements sont différents. C'est essentiellement autour de la finalité de la personnalité que les réflexions s'organisent. En effet, les auteurs se situant ici ne conçoivent pas la personnalité comme pure virtualité : elle doit être utile, servir à celui qui la possède. En un mot, la personnalité doit être effective, et sa définition doit inclure cette exigence.

Ainsi, envisager le sujet de droit comme un simple destinataire de normes est insuffisant en raison d'un manque d'effectivité de la première condition. L'auteur qui exprime cette opinion avec le plus de clarté est P.M. Dupuy, qui estime que "*pour être*

---

<sup>362</sup> Le terme responsable, vague et susceptible de plusieurs interprétations, est pris ici dans sa diversité et sa généralité. Une personne est dite responsable lorsque d'une part, elle est titulaire d'obligations et répond de ses actes. Elle est autonome et assume ses actions. D'autre part, cette personne est responsable lorsqu'elle répond de ses fautes et les répare (et/ou subit une sanction). Historiquement, la notion de faute a été impliquée dans le concept de responsabilité lorsque la religion s'est emparée du mot. Pour une analyse de cette distinction, voir M. Villey, "Esquisse historique sur le mot responsable", *APD* vol. 22, *La responsabilité*, 1977, pp. 45-58. L'auteur explique les deux approches de la responsabilité, qui imprègnent encore le droit contemporain, qu'il soit national ou international. "Dieu juge les actes. De leur caractère plus ou moins coupable"... "L'acte fautif devient la cause de cette forme de responsabilité" (p. 53). Par ailleurs, le dictionnaire Salmon recense pas moins de sept définitions différentes du terme "responsabilité". Cela va du sens le plus général considérant le "fait qu'un sujet est comptable de son action", à l'"institution juridique en vertu de laquelle un Etat ou un individu auquel est imputable un délit international doit subir une sanction de caractère répressif" : *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 995.

<sup>363</sup> Voir *supra*, chapitre II, p. 92. La critique reposait sur le fait que le critère du destinataire implique une conception trop passive de la personnalité, et qu'il ne permet pas de distinguer entre sujet interne et sujet international : un sujet interne peut être destinataire de normes internationales sans pour autant devenir sujet international.

*considérée comme sujet actif d'un ordre juridique, une entité doit certes d'abord être investie par cet ordre de droits et d'obligations clairement définis. Mais cela ne saurait suffire. Il faut aussi pouvoir agir directement par le moyen de procédures appropriées, pour faire respecter l'exercice effectif des droits dont on bénéficie*"<sup>364</sup>. On peut souligner ici l'exigence d'un sujet "actif" : la titularité de droits et obligations ne suffit pas à révéler cet aspect. De plus, c'est dans un objectif d'effectivité qu'un second critère vient compléter le premier. Celui-ci, en effet, ne constitue qu'une aptitude virtuelle, qui ne satisfait pas totalement. D'autres auteurs avaient déjà auparavant initié la réflexion relative à l'exigence d'effectivité du droit. Ainsi, Reuter soutenait que plusieurs entités peuvent posséder une personnalité internationale. Toutefois, *"il faut pour cela – comme pour l'Etat d'ailleurs – qu'elles possèdent en fait une organisation qui leur permette d'exercer effectivement les droits et de satisfaire aux devoirs qui leur sont reconnus"*<sup>365</sup>. Là encore, quel que soit le sujet considéré, on attend de lui qu'il agisse en utilisant ses droits et assumant ses obligations. On peut également citer, par exemple, Eustathiades, dont la réflexion porte, cette fois-ci, sur le cas de l'individu. Il estime en effet que *"pour que l'individu puisse être considéré comme sujet immédiat du droit international, il ne suffit pas que des règles du droit international simplement intéressent l'individu et lui soient applicables. Il faut, s'il s'agit de droits individuels, que l'individu puisse les faire valoir par lui seul..."*<sup>366</sup>. Korowicz, à son tour, se situe dans cette position de réfutation : il considère que si le premier critère est indispensable, il faut lui adjoindre une certaine capacité d'action, sans laquelle l'entité étudiée n'est qu'un sujet "potentiel"<sup>367</sup>.

Cela mène à contester les auteurs qui, comme J. Combacau, soutiennent que la capacité de faire valoir un droit n'est qu'une conséquence de celui-ci. Ici, au contraire, elle devient une condition de la possession du droit : certains vont ainsi considérer qu'on n'est titulaire d'un droit subjectif que si l'on peut l'utiliser. C'est notamment le cas de L'huillier qui, en 1950, explique que *"des individus ne pourraient être considérés comme réellement titulaires de droits ou d'obligations d'ordre international que si une instance judiciaire ou administrative internationale avait été organisée pour assurer la réalisation des situations juridiques attribuées à ces individus par le droit international"*<sup>368</sup>.

On peut enfin souligner que les auteurs se situant dans cette optique sont, pour la plupart, convaincus que les personnes privées remplissent déjà la première condition de la personnalité : c'est pourquoi ils exigent davantage, car ce premier critère n'est plus suffisamment probant pour affirmer la réalité de la personnalité internationale. C'est

<sup>364</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 200.

<sup>365</sup> P. Reuter, "Principes de droit international public", *RCADI*, 1961-2, vol. 103, p. 500.

<sup>366</sup> C. Eustathiades, "Les sujets de droit international et la responsabilité internationale", *RCADI*, 1953-3, vol. 84, p. 413.

<sup>367</sup> M. Korowicz, "The Problem of International Personality of Individuals", *AJIL* 1956, vol. 50, p. 535 : *"the subjects of international law may be defined as persons to whom international law attributes rights and duties directly ... But if we do not endow the individual with even a partial, limited capacity for action before international judicial or political bodies, we may speak of him as of a potential subject of international law..."*.

<sup>368</sup> J. L'huillier, *Éléments de droit international public*, Paris, Rousseau, 1950, p. 90.

ainsi que le manuel de P. Daillier et A. Pellet conclut que *“il ne suffit pas d'observer une croissance rapide des normes dont les personnes privées sont destinataires directs et indirects, phénomène en soi indiscutable à l'époque contemporaine, pour en déduire un progrès décisif dans leur personnalité juridique internationale”*<sup>369</sup>. Pour autant, ces auteurs ne vont pas jusqu'à exiger une capacité normative du sujet de droit.

#### b. L'exigence excessive du sujet-auteur

Il a été souligné précédemment que la capacité normative d'un sujet de droit pouvait être considérée comme indépendante de sa personnalité juridique : au niveau international, les sujets et les "membres" de la société internationale (ou "auteurs" du droit international) ne sont pas nécessairement les mêmes personnes. Ici encore, cela est confirmé, notamment par Eustathiades, qui déclare qu' *“il faut distinguer nettement les personnes capables de créer d'un commun accord les règles du droit international et obligées d'autre part par ces mêmes règles, des personnes qui sont aussi soumises directement à de telles normes, mais sans avoir le droit de participer à leur formation”*<sup>370</sup>. L'auteur contemporain ayant le plus vigoureusement assimilé sujet et auteur de droit international est, comme on a pu le constater, P. Weil. Or, il est également fortement contesté, notamment par G. Cohen-Jonathan, dont la conception du sujet de droit s'inscrit nettement dans la troisième définition. Il expose ainsi sa perplexité, à l'occasion de débats relatifs aux droits de l'homme : *“nous ne voyons pas pourquoi certains auteurs, comme le professeur Weil dans son cours précité à l'Académie de La Haye, ajoutent une condition supplémentaire : selon lui, pour être considéré comme sujet de droit, l'individu devrait élaborer le droit international des droits de l'homme. A cela il faut répondre qu'on peut être sujet de droit sans être législateur, ce qui existe déjà dans tous les systèmes juridiques internes”*<sup>371</sup>. La critique a déjà été expliquée. Elle procède d'une analogie avec la personnalité de l'Etat, également contestée. On peut aussi évoquer Sørensen, qui, en 1960, illustre bien cette négation du sujet-auteur ; il remarque que *“un autre trait caractéristique de l'Etat d'après le droit international classique est sa capacité de s'engager vis-à-vis d'autres Etats par des dispositions d'ordre contractuel. ...Cependant, cette faculté n'est pas une condition indispensable pour jouir de la personnalité internationale”* ; et l'auteur de conclure clairement : *“en d'autres termes, il peut y avoir personnalité juridique sans capacité contractuelle”*<sup>372</sup>.

Plus récemment, P.M. Dupuy s'est aussi placé dans cette optique. Il prend parti clairement pour la troisième définition de la personnalité. D'une part, il estime qu'un

<sup>369</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 651.

<sup>370</sup> C. Eustathiades, “Les sujets de droit international et la responsabilité internationale”, *op.cit.*, p. 403. On peut remarquer que, bien que ne le citant pas expressément, l'auteur reprend les affirmations que Verdross avait énoncées dans son cours à l'Académie en 1929, p. 347.

<sup>371</sup> G. Cohen-Jonathan, conclusions du Colloque SFDI de Strasbourg, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone 1998, p. 336.

<sup>372</sup> M. Sørensen, “Principes de droit international public”, *RCADI* 1960, vol. 101, p. 129.

“certain nombre d'attributs juridiques sont attachés à la possession de la personnalité, mais tous ne sont pas nécessaires pour qu'elle apparaisse”<sup>373</sup>. Dès lors, il développe une conception alternative des conditions de capacité incluses dans la personnalité internationale, qui n'imposent pas nécessairement l'aspect normatif. En effet, il affirme que l’*“on doit constater, au demeurant, que les critères de personnalité rencontrés jusqu'ici ne sont pas forcément cumulatifs. Ils peuvent être simplement alternatifs”*<sup>374</sup>. D'autre part, il explicite les deux critères entrant dans la composition de la personnalité internationale, montrant que titularité et capacité sont nécessaires. Ainsi, il convient, avec lui, de *“distinguer deux types d'attributs distincts de la personnalité juridique internationale : la "titularité" ou, pour le dire plus correctement, l'aptitude à la possession de droits et d'obligations ; la capacité, qui désigne une ou plusieurs aptitudes juridiques”*<sup>375</sup>. Bien qu'il les nomme "attributs", il s'agit bien ici des deux conditions déterminant l'obtention du statut de sujet de droit international, et non de conséquences.

L'exigence du sujet-auteur est également jugée excessive par E. Roucouas, qui avance une nouvelle raison pour la réfuter, propre à la situation de l'individu. Constatant que, dans une partie de la doctrine internationaliste, *“l'on exige de l'individu plus que ce que le droit interne exige de lui”*, il dénonce cette attitude : *“une réponse cynique aux thèses qui fondent l'exclusion de l'individu sur sa non-participation à l'élaboration, à l'application et à la modification du droit international serait que la participation du citoyen est une caractéristique de la démocratie et que la démocratie, aujourd'hui comme avant, s'étend bien lentement dans le monde ; or, ce fait n'a jamais empêché l'attribution, en droit interne, de la qualité de sujet de droit aux êtres humains et aux entreprises, sans souci pour le régime politique de chaque pays séparément”*<sup>376</sup>.

Pour l'ensemble de ces auteurs, le sujet de droit international n'est donc ni un simple destinataire, ni un législateur. C'est une approche intermédiaire qu'ils privilégient : ils caractérisent le sujet comme acteur international. Toutefois, deux conceptions de ce nouveau "sujet" doivent être distinguées.

## **2. Deux approches doctrinales de "l'acteur" international**

Alors qu'une approche de l'acteur international demeure dans le champ de la théorie juridique, une autre est empreinte de considérations plutôt sociologiques ou politiques. La première est caractéristique de la doctrine européenne, la seconde étant représentée par des auteurs en grande majorité américains. Ces derniers conçoivent le

<sup>373</sup> P.M. Dupuy, “Cours général de droit international public, l'unité du droit international”, *RCADI* vol. 297, 2002, p. 100.

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 113. L'auteur explique, plus loin, la diversité des capacités auxquelles il fait référence et précise qu’*“on doit essentiellement en distinguer trois, déjà mentionnées : la capacité contractuelle, celle d'être responsable et celle d'ester en justice ou, plus largement, d'agir en défense de ses droits”* : p.114. Il convient de préciser ici que pour P.M. Dupuy, il n'est pas nécessaire de détenir la capacité contractuelle (ou normative) pour être sujet de droit.

<sup>376</sup> E. Roucouas, “Facteurs privés et droit international public”, *RCADI* 2002, vol. 299, p. 57.

terme "acteur" comme une alternative au terme "sujet" : il s'agit d'une approche sociologique d'un "acteur-participant" (a). En revanche, dans l'approche européenne, "acteur" est un terme utilisé en tant que synonyme de sujet ; tout comme les deux positions doctrinales précédemment étudiées présentaient le sujet-destinataire ou le sujet-auteur, la doctrine se situant dans cette troisième position présente le "sujet-acteur" (b).

#### a. Approche anglo-saxonne : l'acteur-participant

Une grande partie des auteurs anglo-saxons peut être incluse dans ce troisième chapitre. Ils ont en commun le point de départ de leurs réflexions, considérant que le débat théorique autour du couple "objet-sujet" ne présente plus d'intérêt depuis longtemps. En effet, dès les années 1930, la doctrine américaine a commencé à contester non seulement le positivisme classique, mais également la dichotomie objet-sujet. Elle tente alors d'esquisser une approche intermédiaire, notamment pour l'adapter à la situation des personnes privées. Ainsi, Borchard critique les développements conceptuels autour de la personnalité juridique, qu'il qualifie de "discussions métaphysiques" : *"whether the individual is or not a subject of international law is a matter of concepts, and hardly justifies the metaphysical discussion the question has engendered. He is at least the beneficiary of international law, and sometimes bears the liabilities and disabilities which it imposes"*<sup>377</sup>. Il prône ainsi, pour l'étude de la situation internationale de l'individu, et des sujets de droit en général, une attitude pragmatique qui va caractériser l'ensemble de la doctrine américaine. Plus tard, en 1963, O'Connell persiste dans la critique des juristes positivistes, pour qui droit et considérations morales ou sociologiques doivent être dissociés. En effet, il remarque que l'affirmation fréquente selon laquelle l'individu est la fin ultime du droit international est qualifiée de proposition philosophique. Cependant il s'interroge : *"est-il exact de prétendre que la fin de l'action du droit est un problème philosophique dont le juriste doit se désintéresser ?"*...*"Envisagé comme fin de la communauté, l'individu est un membre de cette communauté et un membre a un statut : il n'est pas un objet"*<sup>378</sup>. Cela mène l'auteur australien à contester la dichotomie, qu'il impute aux positivistes, entre objet et sujet de droit. Il estime que *"si on la considère avec attention, la dichotomie objet-sujet est fallacieuse"*<sup>379</sup>. Cette contestation de l'alternative est également développée largement par Manner. Sa principale étude doctrinale sur la personnalité juridique présente une liste de critiques du positivisme qui considère l'individu comme un objet de droit ; ainsi, ce courant doctrinal est *"not only odd, but illogical or unrealistic, and immoral"*

<sup>377</sup> E. Borchard, "The Access of Individuals to International Courts", *AJIL* 1930, vol. 24, p. 364.

<sup>378</sup> D.P. O'Connell, "La personnalité en droit international", *RGDIP* 1963, p. 37.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 10.

*because it treats an entity which is in fact a person...as a mere thing in international law*”<sup>380</sup>. Selon lui, l'individu est le véritable, l'ultime sujet du droit international, bien qu'indirectement. Il estime que la théorie de l'individu-objet est notamment anti-démocratique, ne correspond pas à la pratique, et qu'elle repose sur des prémisses erronées. Ensuite, il expose toutes les contestations doctrinales opposées au positivisme, pour finir par réfuter la distinction entre objet et sujet, en évoquant le cas de l'individu : “*it could be, therefore, and there are strong indications to support this view, that it regarded the individual to be neither a subject nor an object of this law, but the possessor of a status intermediate between these positions*”<sup>381</sup>. Il ne s'agit pas d'une contestation uniquement destinée à soutenir le cas individuel : il généralise sa critique, soutenant que “*thus, neither logic nor experience validates the subject-object dichotomy usually applied to the entities governed by law*”<sup>382</sup>. On peut également remarquer que la pensée de Manner sera reprise pour une large part par l'étude de P.K. Menon, en 1992 : à son tour, cet auteur va présenter l'historique de l'opposition doctrinale entre positivisme et objectivisme. Son objectif est d'affirmer sa préférence pour le courant qui, tout en reconnaissant que l'Etat est le principal sujet de droit international, accepte qu'exceptionnellement, la capacité légale des individus de protéger leurs propres intérêts au niveau international soit reconnue. En évitant l'usage du terme de "sujet" pour l'individu, il finit par déclarer que “*there are many practical and moral reasons for recognizing the right of an individual to the direct assertion before international bodies...*”<sup>383</sup>.

Dès lors que ces auteurs refusent le débat théorique, deux attitudes s'ensuivent. Certains vont délaissier cet aspect théorique de définition des termes objet et sujet. Ils prennent alors parti, en pratique, sur le cas d'une entité particulière, mais sans développer auparavant une position de principe. En l'absence d'une définition approfondie de la personnalité juridique, on ignore donc quel est leur point de départ. Toutefois, ils ne cherchent pas à éviter l'usage des termes contestés. Ce sont les représentants du célèbre pragmatisme anglo-saxon. D'autres auteurs, en revanche, tentent une conception théorique différente, et développent parfois une approche nouvelle du droit et de ses acteurs, qui mêle science juridique et science politique.

La première attitude peut être identifiée chez des auteurs tels que Jessup ou Jennings. Ainsi, Jessup, sans définir sa conception du sujet de droit international, utilise le terme. Toutefois, il préfère insister sur les intérêts politiques que présente la reconnaissance de ce statut à d'autres que l'Etat, afin de mieux les contrôler : “*the recognition of the international legal personality of corporate or other bodies, whether private,*

<sup>380</sup> G. Manner, “The Object Theory of the Individual in International Law”, *AJIL* 1952, vol. 46, p. 430.

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 445. Dans le même registre, on peut également citer les écrits de W. Cowles, “The Impact of International Law on Individuals”, *Proceedings of the American Society of International Law*, 1952, pp. 71-85.

<sup>382</sup> G. Manner, “The Object Theory of the Individual in International Law”, *op.cit.*, p. 447.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 319.

*governmental or intergovernmental, would tend to bring their interrelationships under normal international legal control, exercised by appropriate international organizations...*"<sup>384</sup>. Toutefois, d'un point de vue théorique, il énonçait, deux ans avant l'avis de la CIJ de 1949, que *"the fact that such individuals, groups or bodies have legal personality and are subjects of international law does not necessary imply that they have equal rights and duties"*<sup>385</sup>. Jennings, quant à lui, intervient postérieurement à cet avis de la CIJ. En 1967, il nie à son tour l'intérêt de la théorie, affirmant que *"a discussion about legal personality conducted in terms of broad generalizations and theoretical dogma has outlived any relevance to real issues that it might once have had"*<sup>386</sup>. Il s'appuie alors sur l'avis de 1949 pour soutenir une approche pratique des entités étudiées par leurs fonctions et compétences dans l'ordre juridique international. Pour le cas des individus, il se contente de souligner que le droit international les concerne chaque jour davantage, et qu'il n'est plus un droit strictement interétatique.

Ainsi, de nombreux auteurs américains ne versent pas dans la théorie de la personnalité juridique. Pragmatiquement, ils démontrent que la personne privée (qu'il s'agisse d'individus ou de personnes morales telles que les sociétés) possède un certain pouvoir d'action dans l'ordre juridique international. Elle peut, parfois, faire valoir des revendications, ou assumer des responsabilités.

La seconde attitude est nettement caractérisée par l'école de New Haven, fondée par McDougal. Il affirme d'abord son objectif : *"to outline workable formulations of the world social power, of the world power process, of the major characteristics of a policy-oriented international law, and of the postulated goal values of an international law of human dignity"*<sup>387</sup>. Pour cela, il construit une présentation théorique de sa vision du droit international, "a policy-oriented international law", qui prend en compte un nombre d'acteurs plus étendus que les sujets traditionnellement étudiés dans les manuels juridiques de l'époque. Il nomme ces acteurs les "participants" du droit international, et étudie ainsi non seulement les Etats et les organisations internationales, mais aussi les partis politiques ("Transnational Political Parties"), les groupes de pression transnationaux en qui l'on peut reconnaître les lobbies, les associations privées transnationales (qui sont les ONG d'aujourd'hui), ainsi que les individus (individual human beings). Concevant

<sup>384</sup> P. Jessup, "The Subjects of a Modern Law of Nations", *Michigan Law Review*, 1947-4, Vol. 45, p. 389.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 393.

<sup>386</sup> R.Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law", *RCADI* 1967-2, p. 346. On peut aussi citer H. Aufricht comme l'un des auteurs n'ayant pas cherché à éviter l'alternative entre objet et sujet : il tranche pour la seconde optique, en ce qui concerne l'individu, sans toutefois, lui non plus, définir précisément ce qu'il entend par sujet de droit : H. Aufricht, "Personality in International law", *American Political Science Review*, 1943-2, vol. 37, pp. 217-243.

<sup>387</sup> M.S. McDougal, "International Law, Power and Policy : a Contemporary Conception", *RCADI* 1953-1, vol. 82, p. 165. Son cours se présente en quatre parties : d'abord, "the Inadequacies of Contemporary Theory about International Law", puis "a Proposed Framework of Inquiry : International Law Located in the Contexts of World Social and Power Processes", puis "The Nation-State as Participant in the World Power Process", et enfin "Participants in the World Power Process other than Nation-States".

le droit international comme un processus et non comme un corps de règles, il propose une grille scientifique d'analyse du "world decision-making process", tableaux et schémas à l'appui. Ce processus débute par l'identification des participants au sein de chacune des six catégories citées, puis étudie les "arènes d'interaction", lieux dans lesquels lesdits participants se retrouvent et inter-agissent. Ensuite, il procède à l'analyse des bases de leur pouvoir, c'est-à-dire des valeurs ("values") sur lesquelles ils s'appuient<sup>388</sup>. Il voit enfin les pratiques de chaque catégorie d'acteurs ainsi que les effets de ces pratiques sur le processus.

Appliquée notamment à l'individu, cette grille d'analyse le conduit à classer dans sa dernière catégorie tout être humain, "*including all his demands, identifications and expectations*?"<sup>389</sup>. Il constate que leurs espaces d'intervention impliquent tous ceux des groupes précédents, qu'ils soient gouvernementaux ou non. De même, les huit valeurs qu'il a citées sont toutes évoquées, mais leur hiérarchisation varie d'un individu à l'autre. Dans leurs pratiques, il inclut aussi bien les pratiques de groupe que leurs actes isolés ("unorganized use"). Il conclut par les effets produits par l'individu, considérant que toutes les branches du droit international le concernent plus intensément et qu'il s'émancipe du contrôle de son Etat. Il appelle enfin à ouvrir davantage les possibilités de recours internationaux pour les particuliers<sup>390</sup>.

Dans cette approche différente du droit, on peut notamment constater la volonté de "catégoriser" l'individu dans une autre situation que celle proposée traditionnellement, au regard de sa présence active dans l'ordre juridique international.

---

<sup>388</sup> Dans la rubrique des valeurs, il en catégorise huit principales : "*power, respect, enlightenment, wealth, well-being, skill, rectitude, and loyalties*" : cours précité, pp. 191-192. Pour chaque catégorie de participants, il démontre quelles sont, à son sens, leurs valeurs et comment ils les mettent en œuvre selon le degré d'importance de celles-ci.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>390</sup> "*The promotion of an international law of human dignity in the contemporary inter-dependant world must require both the conferring of new direct access by the individual to arenas of formal authority in international governmental organizations for vindicating and securing his interests, and the imposing of new duties and sanctions directly upon individuals, ...to make them responsible participants in the world power process*": M.S. McDougal, "International Law, Power and Policy : a Contemporary Conception", *op.cit.*, p. 255. C'est nous qui soulignons. Il est intéressant de noter que, si le langage employé par l'auteur est différent du langage juridique habituel, on retrouve ici les deux exigences des autres auteurs de ce chapitre en matière de personnalité juridique. En effet, cette troisième approche de la personnalité, associant titularité et capacité processuelle, implique le fait de détenir des droits et de pouvoir les revendiquer, ainsi que le fait de supporter des obligations et de rendre compte de leur violation.

Avec McDougal, on passe de la science juridique à la science politique <sup>391</sup>. Ses schémas de compréhension du processus juridique sont ainsi une présentation particulière des acteurs internationaux, des lieux et des forces en présence sur la scène internationale. Jamais l'auteur n'utilise le terme de personnalité juridique ou de sujet de droit, mais chaque acteur trouve sa place dans l'ordre juridique international tel qu'il le présente.

Plus récemment, R. Higgins a réactualisé cette position. Devant la traditionnelle opposition objet-sujet, elle affirme sa croyance en une autre voie <sup>392</sup>. Elle s'inspire, pour ce faire, de la pensée de McDougal, concevant elle aussi le droit comme un "processus dynamique de décision", distinct du simple processus de décision politique. Elle revient sur ce processus impliquant plusieurs types de "participants", dont le but est de "promouvoir plusieurs valeurs", telles que pouvoir, santé, justice. R. Higgins explique ensuite le rôle de ces acteurs, ainsi que la place que l'individu peut y prendre : *"the participants will promote their claims by a variety of techniques, ranging from force to diplomacy and public persuasion. ... Now, in this model, there are no "subjects" and "objects", but only participants. Individuals are participants, along with governments, international institutions and private groups"* <sup>393</sup>. Alors que les Etats sont intéressés, concernés, par des sujets tels que les frontières ou les traités, les individus le sont par leur protection physique, matérielle, économique. Le discours de la future juge à la CIJ devient alors un plaidoyer pour l'ouverture d'un recours individuel à la Cour. Citant Norgaard, qui estimait que le non-accès des individus à la CIJ était immuable, elle affirme que rien, dans la nature du droit international, ne permet de conclure de la sorte <sup>394</sup>.

On ne sait plus (ou pas encore) clairement qui est ce faux-sujet, mais véritable acteur : doit-il disposer d'une capacité normative, comme pourrait le montrer son implication dans un processus international de décision ? On ne peut l'affirmer, car la juridicité de cette participation pourrait être contestée. En outre, c'est la faculté de faire

---

<sup>391</sup> Un autre courant de la doctrine américaine est également représentant du pragmatisme anglo-saxon : il s'agit du réalisme sociologique développé notamment par T. Franck. L'approche du droit privilégiée par l'auteur procède à partir des valeurs du droit, que sont légitimité, équité, démocratie. Toutefois, elle n'inclut pas de développements sur la personnalité juridique internationale, ni même sur la place de l'individu dans l'ordre juridique international. Son cours professé à La Haye en 1993, par exemple, évoque le thème de la démocratie en droit international, ce qui pourrait laisser penser que le rôle du citoyen peut être abordé. Or, il ne s'agit pour T. Franck que d'étudier le fonctionnement des élections libres en droit interne comparé. On ne peut donc en tirer aucune conséquence par rapport à notre sujet. T. Franck, "Fairness in the International Legal and Institutional System", "General Course on Public International Law", *RCADI* 1993, pp. 9-498.

<sup>392</sup> *"But I believe there is, however, room for another view : that it is not particularly helpful, either intellectually or operationally, to rely on the subject-object dichotomy that runs through so much of the writings"* : R. Higgins, "Conceptual Thinking about the Individual in International Law", *British Journal of International Studies*, 1978-4, p. 5.

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 4 : *"Professor Norgaard, ... assumes that there is something fixed and immutable in the non-access of individuals to the International Court. Yet there is nothing in the nature of international law which so dictates"*.

valoir ses intérêts, de pouvoir réclamer internationalement, qui semble revenir comme un leitmotiv dans les considérations autour de l'individu, acteur international. Bien que la pensée américaine puisse ainsi être considérée dans cette troisième approche de la personnalité, on lui préférera la démarche européenne.

#### b. Approche européenne : le sujet-acteur

Les approches anglo-saxonnes ainsi présentées évitent les développements théoriques, et refusent la notion de sujet de droit international. La conception américaine de la personnalité internationale est purement pragmatique, presque fonctionnelle : en fonction du rôle de chaque "acteur" du droit international, on lui reconnaîtra une certaine légitimité à être régi par le droit international... La critique qui lui est adressée est clairement représentée par les positions de P.M. Dupuy. Son propos porte davantage sur la société civile internationale que sur l'individu, mais il peut être étendu. Ainsi, il remarque que *“s'en tenir à parler d'acteur du droit international pour désigner une entité non étatique invoquant l'existence et l'application de normes internationales paraît une facilité. Efficace pour désigner un phénomène social de plus en plus prégnant, l'emploi inconsideré par la doctrine américaine du terme d'acteur sans définir autrement son statut juridique contourne en réalité un problème juridique majeur : celui posé par la distorsion actuelle entre l'accroissement du rôle des organisations non gouvernementales pour la formation, l'invocation ou le contrôle de l'application de certaines normes juridiques internationales et le constat persistant de leur absence de personnalité juridique internationale véritable. Les organisations non gouvernementales agissent en fait mais sont incapables en droit”*<sup>395</sup>. Dès lors, il va tenter de proposer une approche plus rigoureuse juridiquement, même si toutes les incertitudes ne peuvent être résolues. Ainsi, l'approche européenne qu'il représente ne tente pas d'éviter les notions d'objet ou de sujet de droit, pas plus qu'elle ne propose une alternative à la dichotomie : il s'agit, dans ce cadre, de définir autrement la notion de sujet de droit.

Le terme d'acteur n'est plus présenté comme une alternative au terme de sujet, mais comme un synonyme. Emprunté au domaine des relations internationales, c'est un terme générique qui ne satisfait guère, mais que l'on veut doter d'un sens juridique<sup>396</sup>. Employé par défaut, il se conçoit en opposition par rapport aux termes précédents de destinataire ou d'auteur du droit international. Sa signification est un

<sup>395</sup> P.M. Dupuy, “Cours général de droit international public, l'unité du droit international”, *op.cit.*, p. 426. Cette critique est reprise par l'auteur à l'occasion d'un article portant spécifiquement sur la société civile internationale : voir P.M. Dupuy, “Le concept de société civile internationale, identification et genèse”, in Colloque CEDIN Paris X, *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, 2003, p. 17.

<sup>396</sup> De façon anecdotique, on peut remarquer que dans plusieurs manuels, dont celui de droit international public de P. Daillier et A. Pellet, l'index contient le terme "acteur", et opère un simple renvoi à l'entrée "sujet". Toutefois, A. Pellet lui-même affirme bien que *“les sujets du droit international (ou les acteurs des relations internationales – et ces deux expressions ne sont pas synonymes)...”* : A. Pellet, “Le droit international à l'aube du XXIème siècle”, *op.cit.*, p. 100.

intermédiaire entre les deux autres. Le sujet-acteur est alors celui qui agit juridiquement ; toutefois, contrairement aux volontaristes qui exigent une compétence normative, la capacité d'agir qui caractérise le sujet est conçue ici dans le sens le plus courant que la doctrine lui confère : celui d'une capacité de faire valoir des droits et d'assumer des obligations <sup>397</sup>. Il en va ainsi lorsque P.M. Dupuy affirme que “*la capacité d'agir est le critère déterminant de la personnalité juridique*” <sup>398</sup>. On peut également citer, par exemple, F. Sudre, dont la réflexion se veut plus circonstanciée, puisqu'elle porte sur l'individu dans le cadre des droits de l'homme. Pour lui aussi, le sujet de droit international doit être actif : le seul critère de la titularité, s'il est indispensable, ne suffit pas. Il l'exprime clairement, en affirmant que “*pour que l'individu soit un sujet actif de l'ordre international, il faut non seulement qu'il soit titulaire de droits et obligations créés par le droit international mais encore que lui soit reconnue l'aptitude à agir au plan du droit international*” <sup>399</sup>. La encore, cette capacité est entendue dans un sens processuel. Tout comme P.M. Dupuy, F. Sudre soutient que “*la capacité d'agir est LE critère déterminant de la personnalité juridique. L'individu doit pouvoir agir directement, par le moyen de procédures adaptées, pour se prévaloir des droits dont il bénéficie et en faire respecter l'exercice effectif*” <sup>400</sup>. Un auteur grec synthétise ainsi cette approche, par une définition générale : “*le sujet de droit dans un système donné est la personne titulaire de droits et d'obligations, qui peut faire valoir ses droits et ses obligations par des moyens appropriés, y compris par le recours devant le juge*” <sup>401</sup>.

On peut remarquer que cette approche du sujet de droit, qu'elle soit américaine ou européenne, est souvent contextualisée. En effet, les auteurs qui la développent opèrent dans le cadre de réflexions sur les entités non étatiques, et par conséquent sur l'individu. Ils tentent une approche adaptée à d'autres entités que les sujets traditionnels. Cela peut s'expliquer par le fait qu'on cherche rarement à prouver la capacité processuelle de l'Etat ou des organisations internationales : par conséquent, les études théoriques portant sur cette capacité d'agir vont souvent prendre l'individu comme exemple, voire comme fin de leur propos. Pourtant, l'approche peut aussi être considérée comme valable pour Etats et organisations internationales. L'objectif de cette définition est en effet d'insister sur le caractère actif et responsable des sujets, quels qu'ils soient.

Par conséquent, l'approche européenne du sujet de droit est caractérisée par deux critères ; le premier étant toujours celui de la titularité de droits subjectifs, c'est sur le second qu'elle se distingue : il s'agit d'un critère strictement juridique, relatif à une

<sup>397</sup> Il pourrait alors être plus adéquat de parler d'"acteur – responsable", en effectuant un parallèle avec l'"acteur – participant" de la doctrine américaine. Toutefois, on préfère garder ici le terme de sujet dans l'appellation. En outre, le mot "responsable" recouvre bien des significations et sera développé *infra*, II.

<sup>398</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p. 200.

<sup>399</sup> F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF 1997, p. 68.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>401</sup> E. Roucouas, “Facteurs privés et droit international public”, *RCADI*, 2002, vol. 299, p. 41.

certaine capacité d'agir, qu'on qualifie de processuelle. Il convient alors de définir ce que les auteurs concernés impliquent dans cette nouvelle condition de la personnalité. En effet, pour le sujet de droit international, sa capacité processuelle doit être internationale.

## **B. L'exigence d'une capacité processuelle internationale**

La doctrine semble considérer que la possession d'une capacité d'agir interne n'est pas pertinente pour le statut de sujet international (1). C'est donc d'une capacité purement internationale dont il doit être doté (2).

### ***1. La non pertinence d'une capacité interne***

Il peut arriver qu'une entité possédant des droits subjectifs au sein d'un ordre juridique dispose d'une capacité d'agir dans un autre ordre juridique<sup>402</sup>. Plus précisément, une entité peut détenir des droits internationaux auxquels s'ajoute une capacité interne : elle fait ainsi valoir ses droits et assume ses obligations, mais hors du cadre de l'ordre juridique international. Ainsi en est-il de la situation des organisations internationales. Comme on a pu le constater, ces organisations possèdent, en général, des capacités d'agir au sein des Etats, y compris la faculté processuelle d'ester en justice. Pourtant, cela ne découle pas de leur statut de sujet international, pas plus que cela n'implique la possession de la personnalité internationale. Cela ne constitue que la reconnaissance d'une personnalité interne de l'organisation. De plus, seule une capacité internationale permet d'affirmer leur qualité de sujet de droit international. Cela signifie donc qu'elles ont une double personnalité, interne et internationale ; la dernière implique la titularité de droits et obligations subjectifs internationaux, ainsi que la capacité d'agir internationale, quelle que soit la forme que prend celle-ci. Cette double

---

<sup>402</sup> On peut évoquer, par exemple, la Convention (de droit international privé) de la Haye No. 7, relative à la "reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères", du 1<sup>er</sup> juin 1956. Deux articles codifient la reconnaissance d'une personnalité (impliquant des capacités) à des entités étrangères. L'Article 1 dispose que "La personnalité juridique... sera reconnue de plein droit dans tous les Etats contractants pourvu qu'elle comporte, outre la capacité d'ester en justice, au moins la capacité de posséder des biens et de passer des contrats et d'autres actes juridiques". L'article 5, quant à lui, précise que "La reconnaissance de la personnalité juridique implique la capacité qui lui est attachée par la loi. ...La personnalité emportera, en tous cas, la capacité d'ester en justice". Trois remarques peuvent être effectuées ici : d'une part, ces articles montrent que la capacité (et surtout la capacité processuelle) fait partie intégrante de la personnalité, ce qui confirme l'option choisie par les auteurs du présent chapitre quant à la définition de la personnalité. D'autre part, le premier article illustre la conception cumulative du droit quant aux trois grandes capacités internes, puisque ne sont reconnues sujets que les entités les possédant toutes. Enfin, et surtout, elle implique que les capacités des entités mentionnées emportent la reconnaissance de leur statut de personne juridique, mais uniquement au sein de l'ordre juridique dans lequel elles exercent leur capacité. Cela n'implique aucune conséquence quant à leur éventuelle personnalité dans un autre ordre juridique, qui leur conférerait uniquement des droits subjectifs.

personnalité caractérise également l'Etat. Cette situation peut-elle être aussi celle des individus ?

Dans l'hypothèse où on leur reconnaît la titularité de droits internationaux (hypothèse exclue par la doctrine dualiste), c'est dans l'ordre interne qu'ils les font valoir, le plus souvent. L'invocation de normes internationales par les particuliers devant des juridictions internes n'est plus un phénomène nouveau, même s'il laisse encore place à des interprétations diverses. Cela suffit-il à leur reconnaître une personnalité internationale ? La réponse est largement négative, pour la partie doctrinale considérée ici, qui refuse de tirer des conséquences d'une capacité interne pour la personnalité internationale. En effet, dans une approche qui implique étroitement la capacité et la titularité, il semble nécessaire que les deux critères soient situés sur le même plan : ils doivent provenir du même ordre juridique. Or, puisque la capacité d'agir (au sens processuel) est le critère déterminant la personnalité internationale, elle doit elle-même être internationale. Tout comme Korowicz soutenait que l'être dénué de capacité internationale n'était qu'un "sujet potentiel", Reuter remarque que *“on ne saurait sous-estimer l'intérêt de l'examen des voies et moyens accordés aux particuliers pour assurer la réalisation de leurs droits et l'exécution de leurs devoirs. Tant que ces voies et moyens ne se situent pas directement sur le plan du droit international, la personnalité internationale de l'individu est extrêmement imparfaite, voire même nominale”*<sup>403</sup>. Il s'agit donc avant tout de rendre effective la personnalité, et non pas de nier l'importance de cette capacité interne, fondamentale pour l'individu. Toutefois, elle ne peut que prouver l'existence de droits à défendre et d'obligations à assumer. Ainsi, en ce qui concerne les obligations, Eustathiades s'est déclaré clairement opposé à la conception doctrinale qui *“considère que la mise en jeu de la responsabilité individuelle par des procédures de droit interne suffit pour admettre l'individu comme sujet du droit international”*<sup>404</sup>.

Qu'il s'agisse de la capacité de faire valoir des droits ou d'assumer des obligations, elle semble donc devoir se situer directement dans l'ordre juridique international.

## ***2. La nécessité d'une capacité purement internationale***

Kelsen, le premier, a expliqué pourquoi la capacité internationale était, selon lui, indispensable à la constitution d'une personnalité juridique internationale. En effet, elle possède une importance déterminante dans sa construction théorique des "droits réflexes". On a pu constater que par le biais de cette théorie, il était facile de nier tout

<sup>403</sup> P. Reuter, "Principes de droit international public", *op.cit.*, p. 503.

<sup>404</sup> C. Eustathiades, "Les sujets de droit international et la responsabilité internationale", *op.cit.*, p. 495. Pourtant, il semble que l'on puisse admettre qu'une juridiction interne mette en œuvre la responsabilité internationale d'un individu : le développement contemporain de la "compétence universelle" l'illustre. La question de savoir s'il s'agit réellement d'une responsabilité *internationale* est étudiée *infra*, partie III, lors de l'étude du droit positif en la matière.

droit subjectif aux individus, en considérant que celui-ci n'est que le "miroir" d'une obligation étatique. Or, d'après Kelsen, le droit-réflexe se transforme en véritable droit subjectif, dès lors qu'une action en justice lui est associée : *“en vérité, ainsi qu'on l'a montré précédemment, l'essence du droit subjectif qui est plus que le simple réflexe d'une obligation juridique consiste en ce qu'une norme juridique confère à un individu le pouvoir juridique de faire valoir par une action en justice l'inexécution d'une obligation juridique”*<sup>405</sup>. Par conséquent, ne peut être considéré sujet de droit que celui qui peut effectivement faire valoir ce droit. On ne peut être plus clair, lorsqu'il soutient que *“un droit subjectif est le pouvoir juridique de faire valoir au moyen d'une action en justice la violation d'un droit-réflexe”*<sup>406</sup>. L'affirmation est valable également pour le droit international, et pour la situation de l'individu. Il ne peut être considéré comme sujet de droit international que s'il possède une capacité processuelle internationale. Kelsen peut ainsi être inclus dans cette partie de la doctrine, bien qu'il ait déjà été évoqué à l'occasion des chapitres précédents. En effet, il soutient clairement que *“les individus détiennent des droits internationaux seulement s'il existe une cour internationale auprès de laquelle ils peuvent comparaître à titre de plaignants”*<sup>407</sup>.

Cette position doctrinale fut abondamment reprise par la suite. L'ensemble des auteurs cités dans ce chapitre s'accorde sur ce point. On peut souligner qu'un autre auteur a, lui aussi, effectué le lien entre la capacité internationale et la dichotomie "objet – sujet" : Berezowski, confirmant la pensée kelsénienne sur ce point, affirme que *“l'élément opposant le sujet du droit international à son objet se réalise dans la possibilité de défendre ses droits subjectifs devant une instance internationale”*<sup>408</sup>. Par conséquent, on peut estimer que l'exigence d'une capacité processuelle internationale du sujet possède deux avantages non négligeables : d'une part, elle permet de confirmer la titularité de droits subjectifs ; si on fait valoir un droit, c'est donc, en général, qu'on en est effectivement titulaire. D'autre part, elle permet de distinguer plus facilement l'objet de droit du sujet de droit.

C'est ainsi qu'on peut conclure, avec G. Cohen-Jonathan, que *“la définition de départ nous paraît claire : un individu peut être considéré comme un sujet de droit international, certes de manière limitée et relative, si ses droits et obligations sont définis par le droit international et s'il peut immédiatement s'en prévaloir ou en être directement responsable devant un organe international*

<sup>405</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, 1962, p. 141.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>407</sup> H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 304.

<sup>408</sup> C. Berezowski, “Les problèmes de la subjectivité internationale”, in *Mélanges J. Andraszy*, Martinus Nijhoff, la Haye 1968, p. 34. Il s'agit d'une reprise, pour une large part, de réflexions émises lors d'un cours professé 30 ans plus tôt : “Les sujets non souverains du droit international”, *RCADI*, 1938-3, vol. 65, pp. 5-83.

*indépendant*?"<sup>409</sup>. Toutefois, si l'exigence d'une capacité processuelle internationale est clarifiée, d'autres questions apparaissent. Ainsi, la doctrine insiste sur la possibilité de faire valoir des droits et d'assumer des obligations : de quelle façon un sujet de droit international remplit-il cette fonction ? Faut-il, comme le soutient G. Cohen-Jonathan, un "organe international indépendant" ? Quelles sont les procédures "adaptées", "appropriées", évoquées par E. Roucouas, F. Sudre, ou P.M. Dupuy ? C'est l'enjeu essentiel de la délimitation de la capacité processuelle internationale.

## ***II. Délimitation de la capacité processuelle internationale***

Les exigences doctrinales autour de la capacité processuelle doivent être précisées sur deux points essentiels. D'une part, quelles sont les procédures révélant l'existence de cette capacité internationale ? Il existe un lien évident entre capacité processuelle et responsabilité internationale : la capacité de faire valoir un droit peut signifier qu'on engage la responsabilité internationale d'un autre sujet. De même, assumer une obligation peut signifier l'endossement d'une responsabilité internationale. Faut-il pour autant exiger l'intervention d'une juridiction internationale ? (A). D'autre part, cette capacité, soi-disant active, comporte deux volets distincts. Le premier est un aspect passif, lorsque le sujet assume son obligation. Le second est réellement actif, puisque dans ce cas, le sujet va engager, actionner, une procédure destinée à faire respecter son droit. Il s'agit d'une capacité à double visage, dont les conditions d'existence et de mise en œuvre doivent également être précisées (B).

### **A. Nature des procédures composant la capacité processuelle internationale**

Deux hypothèses doctrinales permettent d'identifier une capacité processuelle internationale. Dans un premier cas, on va considérer qu'est sujet de droit celui qui peut agir devant une véritable juridiction internationale. Dans une seconde hypothèse, on peut envisager d'autres moyens, pour le sujet, de "faire valoir" ses droits et "assumer" ses obligations. La nécessité de l'intervention du contrôle d'une juridiction internationale peut alors être discutée (1). Face à cette alternative, la doctrine n'a pas effectué de choix très clair, ne parvenant pas à une position déterminée (2).

---

<sup>409</sup> G. Cohen-Jonathan, conclusions du Colloque SFDI de Strasbourg, *op.cit.*, p. 335. Une remarque sur cette définition peut être effectuée, quant au premier critère : les droits et obligations doivent être "définis" par le droit international. Cette définition permet d'éviter les termes "titulaire" et "destinataire", dont on a vu qu'ils comportaient des implications quant à l'approche matérielle ou formelle du droit. Cela permet donc également d'éviter les interminables débats autour de l'intégration des normes internationales en droit interne : dès lors qu'une norme internationale "définit" des droits et obligations, peu importe la façon dont elle est intégrée en droit interne et dont elle atteint ainsi l'individu.

### 1. De la nécessité de l'intervention d'une juridiction internationale

Dans cette troisième approche de la personnalité juridique, le sujet de droit est celui qui agit pour "faire valoir" des droits subjectifs et "assumer" ses obligations. Que signifient juridiquement ces deux expressions ? Certains auteurs ont fait référence à des procédures devant des organes internationaux, ce qui nécessite d'identifier la nature de ces procédures. D'autres auteurs exigent, quant à eux, une implication du sujet dans les mécanismes de la responsabilité internationale. Quelles sont précisément les modalités de cette implication ? D'un point de vue théorique, quels sont les liens entre la violation d'un droit, la responsabilité et le contrôle juridictionnel ? (a). Selon que l'on considère que ce lien est systématique ou non, on peut être amené à distinguer entre une capacité purement juridictionnelle et une capacité processuelle conçue dans un sens plus large. Les "procédures adaptées" varient alors, entre contentieux et non contentieux (b).

a. Faire valoir un droit : relation entre violation d'un droit, responsabilité, et juridiction.

Faire valoir un (ou des) droit(s), selon le Petit Robert, signifie notamment le "rendre plus actif, plus efficace" ; c'est aussi "les exercer, les défendre". L'action du sujet de droit, en ce sens, est intimement liée à la notion de sanction du droit. Or, il existe deux façons de concevoir la sanction du droit. Définie généralement comme "*la conséquence que le droit attache au non-respect de ses exigences*", elle possède plusieurs formes<sup>410</sup>. Si la conséquence du non-respect du droit peut être une punition, "*en droit, qui dit sanction dit aussi mise en œuvre de la règle juridique, ainsi que des prérogatives consacrées et protégées, ce qui recouvre toute la sphère de l'application, contentieuse ou non, du droit ou des droits*"<sup>411</sup>. Faire valoir un droit peut donc prendre deux voies fort différentes, l'une empruntant le chemin du dialogue et de la conciliation, l'autre recourant à la contrainte. Dans les deux cas, le sujet titulaire du droit subjectif demande l'application de celui-ci, soit qu'il n'ait pas été appliqué, soit qu'il ait été mal appliqué, soit qu'il ait été bafoué. L'expression est également indissociable de la notion de contrôle du droit. "Faire valoir" un droit implique alors la faculté de déclencher un contrôle de l'application du droit, que ce contrôle soit celui d'un juge ou d'une autre autorité, qu'il débouche sur une sanction au sens punitif ou au sens réparatoire de rétablissement de la légalité.

Le lien entre la capacité de faire valoir un droit, la possibilité d'obliger le titulaire de l'obligation correspondante à l'assumer (en engageant sa responsabilité), et la saisine d'un organe de contrôle est alors clairement établi. Toutefois, en droit international, ce lien ne possède pas les mêmes caractéristiques, sinon la même nature, que dans les

<sup>410</sup> F. Terré, *Introduction au droit*, Paris, Précis Dalloz, 1996, p. 272.

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. 493. C'est l'auteur qui souligne.

systèmes juridiques internes. Il n'est pas systématique. Il existe, en droit international comme en droit interne, une voie contentieuse et une voie non contentieuse du contrôle de l'application du droit. Le contrôle contentieux implique les recours aux juridictions arbitrales ou judiciaires. Le contrôle non contentieux, quant à lui, intervient souvent avant qu'il y ait litige, et comprend *“l'ensemble des procédures par lesquelles sont vérifiées et qualifiées juridiquement les comportements des Etats hors du cadre d'intervention entre deux ou plusieurs d'entre eux d'une procédure de règlement pacifique des différends. Il vise à assurer le respect de la mise en œuvre d'obligations précises antérieurement consenties...”*<sup>412</sup>. Toutefois, la distinction entre droit international et droit interne s'effectue sur les modes de contrôle contentieux.

En droit international, la sanction contentieuse du droit passe par l'institution de la responsabilité internationale<sup>413</sup>. La violation d'une obligation internationale engage la

---

<sup>412</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p.475.

<sup>413</sup> Le système juridique international ne pratique pas la distinction du droit interne entre contentieux de la légalité et contentieux de la responsabilité. Le droit interne distingue ainsi le contentieux objectif du contentieux subjectif. De façon générale, on différencie la sanction du droit objectif, c'est-à-dire de la règle de droit, et la sanction des droits subjectifs, c'est-à-dire des prérogatives individuelles. Le contentieux est ainsi dit "objectif" lorsque l'on ne poursuit pas la réalisation d'un droit subjectif, mais l'application de la loi dans l'intérêt de la société. Cela est valable en droit pénal, notamment, où l'action de la victime doit être distinguée de l'action publique (objective) du ministère public. En droit administratif français, par exemple, le recours pour excès de pouvoir est un recours dit "objectif", dans lequel l'auteur du recours possède un intérêt à l'application des règles de droit objectif, et attaque un acte plus qu'une personne. En revanche, le recours en responsabilité administrative met en cause le respect d'un droit subjectif. Il s'agit, bien sûr, d'une présentation extrêmement simplifiée, destinée à souligner que l'institution de la responsabilité internationale remplit, en quelque sorte, les deux fonctions, mais de façon inégale. Entre fonction de préservation des prérogatives des souverainetés étatiques et poursuite du respect d'un "ordre public" international, la responsabilité internationale évolue. On peut ainsi résumer, avec B. Stern, que *“...si la naissance de l'obligation de réparer est toujours subordonnée à l'existence d'un dommage distinct de la seule violation du droit, alors la responsabilité internationale se borne à jouer un rôle de garantie de la souveraineté et de l'égalité des Etats. Par contre s'il est admis que dans certains cas, la seule violation du droit constitue en elle-même un dommage susceptible d'indemnisation, que nous qualifierons de préjudice juridique, ...la responsabilité jouera alors un rôle de garantie de l'ordre juridique international...Il est évident qu'admettre une telle réparation du préjudice juridique revient à introduire en droit international, sous couvert de mise en cause de la responsabilité internationale, une sorte de contentieux de la légalité”* : B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p. 20.

Par ailleurs, il faut rappeler que si la codification de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite fut *a priori* achevée en 2001 (par une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU et non par un traité), il n'existe pas encore véritablement de responsabilité pour activités compatibles avec le droit international. Malgré un début de réflexion de la part de la CDI, ce type de responsabilité a été exclu de la codification de 2001.

responsabilité de l'auteur du fait illicite international dès l'intervention de celui-ci<sup>414</sup>. Or, le lien entre la mise en œuvre de la responsabilité et l'intervention d'une juridiction n'est pas systématique, contrairement à ce qui existe en droit interne. Les fondements de l'ordre juridique international, composé de souverainetés égales, en font un ordre de coordination non hiérarchisé. Comme on le sait, la séparation des pouvoirs est une illusion en droit international, et la fonction judiciaire faiblement assurée par des juridictions. De plus, les juges internationaux tiennent leur pouvoir du consentement des parties à un différend et non d'une délégation d'une autorité supra-étatique. L'absence de tiers de contrôle implique que la mise en œuvre de la responsabilité internationale est souvent une relation binaire entre la personne lésée et la personne responsable. P.M. Dupuy remarque ainsi que la responsabilité internationale “*échappe en effet largement au juge international et intervient le plus souvent en pratique hors du cadre contentieux*”<sup>415</sup>. Il est confirmé en cela par J. Combacau et S. Sur, qui soulignent que “*sa mise en œuvre passe plus rarement par le canal du juge*”<sup>416</sup>. Les Etats décident eux-mêmes de qualifier un fait d'internationalement illicite, et des réponses qu'il convient d'y apporter, sans recourir à un juge. Le lien entre responsabilité internationale et intervention d'une juridiction n'est donc pas inaltérable.

Tel est en tout cas le mode de fonctionnement de la responsabilité internationale étatique<sup>417</sup>. Cela n'inclut donc pas les règles relatives aux obligations internationales d'autres sujets de droit international. Or, si l'on considère les exigences doctrinales lorsqu'elles se portent sur l'éventuelle personnalité d'autres entités que l'Etat, il ressort qu'un tel lien est très fréquemment invoqué. Comme on l'a vu, la capacité processuelle internationale, telle que conçue par la doctrine étudiée ici, implique en effet une procédure internationale : la question des procédures destinées à mettre en œuvre la responsabilité d'un sujet de droit se pose donc quand même. Ainsi, à propos de l'individu, Eustathiades affirme qu'il “*faut, s'il s'agit de droits individuels, que*

---

<sup>414</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la déclaration qui codifie la responsabilité a exclu la notion de dommage des conditions d'engagement de la responsabilité : “*tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale*”. Il n'intervient alors qu'indirectement, lorsqu'on se place du point de vue de l'Etat lésé qui va mettre en œuvre la responsabilité de l'auteur du fait illicite. La distinction fondamentale entre engagement et mise en œuvre de la responsabilité constitue la trame directrice de la déclaration. Pour une synthèse et un avis critique sur l'évolution de la responsabilité internationale, voir P.M. Dupuy, “*Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats : un bilan*”, *RGDIP* 2003-2, pp. 305-347, et B. Stern, “*Et si on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats*”, *AFDI* 2001, pp. 3-34, Résolution de l'Assemblée Générale du 12 décembre 2001 annexée pp. 35-45.

<sup>415</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p. 435.

<sup>416</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 513.

<sup>417</sup> Le projet d'articles rédigé par la CDI a ainsi nettement exclu toute autre personne : ainsi, l'article 57 exclut les organisations internationales, et l'article 58 dispose que “*les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un Etat*”.

*l'individu puisse les faire valoir par lui seul devant une juridiction ou devant un autre organe international, et, s'il s'agit de devoirs, que leurs violations puissent entraîner la responsabilité individuelle sur le plan international*"<sup>418</sup>. On peut ainsi constater le manque de réponse claire quant à la procédure adéquate : l'auteur cite en effet le terme de juridiction, mais aussi celui, plus vague, de "autre organe international". De plus, pour le sujet devant assumer une obligation, il exige une responsabilité "sur le plan international", sans préciser de quelle façon elle peut ou doit être mise en œuvre. Ainsi, ses exigences posent un problème : situées dans le cadre exclusif de l'étude de la position de l'individu, elles ne correspondent pas nécessairement à la théorie de la responsabilité internationale, telle que codifiée par la CDI. Dès lors, l'implication du sujet de droit dans les mécanismes de "la" responsabilité internationale nécessite aussi de savoir de quelle responsabilité internationale il est question. Peut-il coexister, en droit international, plusieurs systèmes de responsabilité?

Il convient ici de rappeler la célèbre affirmation de la CPJI, qui soutenait que *“c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit international, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer”*<sup>419</sup>. Cette obligation secondaire de réparer peut donc, soit être imposée par un juge, soit être mise en œuvre par d'autres moyens non juridictionnels, non contentieux. Il faut peut-être, alors, opérer une distinction selon que le sujet exerce une action purement juridictionnelle et contentieuse, ou si sa capacité processuelle implique d'autres moyens.

b. Conséquences : la capacité processuelle est-elle nécessairement contentieuse ?

Au niveau international, la voie contentieuse comprend le recours soit à un tribunal judiciaire, soit à un tribunal arbitral<sup>420</sup>. Elle fait intervenir un tiers, qui tranche un litige et établit une responsabilité sur un fondement strictement juridique et par une solution obligatoire. Dans un cas comme dans l'autre, on peut considérer que le

<sup>418</sup> C. Eustathiades, "Les sujets de droit international et la responsabilité internationale", *op.cit.*, p. 413.

<sup>419</sup> CPJI, *Usine de Chorçom*, Rec.série A, no.13, p. 29. Mais il s'agit de la conception classique de la responsabilité, dont le contenu même est l'obligation de réparer. Or, aujourd'hui, cette obligation est perçue plutôt comme une conséquence parmi d'autres. C'est ce que résume le dictionnaire Salmon, p. 977 : *“contrairement à la conception de la CDI, qui voit dans la réparation une des conséquences parmi d'autres (comme les contre-mesures, par exemple) de la responsabilité, dans la conception traditionnelle, encore soutenue aujourd'hui, l'obligation de réparer constitue le contenu même de la responsabilité”*.

<sup>420</sup> On préfère utiliser le terme "contentieux" plutôt que "juridictionnel", car ce dernier possède un double sens : au sens large, la juridiction est "l'organe doté du pouvoir de juger". Mais l'on utilise également le terme de "juridiction" pour l'opposer à celui d'organe arbitral : "L'arbitre international laisse aux parties la définition du litige et le choix des arbitres...La juridiction est par nature institutionnelle, c'est-à-dire que le tribunal préexiste à l'instance et que les juges sont organiquement institués. L'arbitre, ou les arbitres, au contraire, sont institués par les parties", in *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 626. Toutefois, lorsqu'il est fait référence à une "juridiction internationale", il peut s'agir soit d'un organe dit "judiciaire" (dans le sens d'organe juridictionnel préconstitué), soit d'un organe arbitral.

consentement des parties est une condition préalable à l'engagement de la procédure, quel que soit le moment auquel il est donné <sup>421</sup>. Avec cette voie contentieuse, on se situe dans la conception purement sanctionnatrice du droit, celle où le juge joue un rôle déterminant. Par le recours à l'un de ces modes contentieux, la capacité processuelle du sujet est évidente : il fait valoir un droit qu'il détient.

Parallèlement, il existe d'autres types de procédures internationales, non contentieuses : des moyens d'action diplomatique ou politique peuvent également être utilisés pour faire valoir un droit. Ainsi, le sujet peut intervenir auprès d'un organe non juridictionnel, pour lui adresser, par exemple, une communication : c'est l'exemple du droit de pétition, couramment cité dans les études relatives à la personnalité internationale de l'individu, et qu'on peut définir comme “*droit ou faculté reconnu à des personnes physiques ou morales de s'adresser, individuellement ou collectivement, à des entités publiques, sur un sujet d'intérêt général ou sur une question particulière*” <sup>422</sup>. Il permet d'évoquer la violation d'un droit devant un organe, le plus souvent de nature politique, qui établit un rapport sur la situation étudiée <sup>423</sup>. Ce rapport est transmis aux auteurs du manquement, sans comporter de décision obligatoire ; il ne s'agit que de remarques, dont la force réside davantage dans la pression politique que dans la sanction juridique. Par ailleurs, il faut préciser que “*le droit d'adresser une pétition, soumis à peu d'exigences de forme, n'implique pas nécessairement celui de recevoir une réponse déterminée*” <sup>424</sup>. Ainsi, si ces requêtes invoquent bien un droit matériel, elles ne mettent pas forcément en œuvre un droit à réparation, ce qui mène nombre d'auteurs à leur nier toute pertinence quant à la possession du statut de sujet de celui qui les effectuent. En revanche, on peut souligner une évolution empirique non négligeable en la matière : ce type de contrôle non contentieux, outre le fait qu'il connaît un essor remarquable dans plusieurs domaines

---

<sup>421</sup> Le consentement n'a pas la même importance dans les deux types de procédure, et demeure le fondement de l'arbitrage. Toutefois, l'évolution de l'arbitrage commercial international montre, en la matière, les symptômes d'une certaine juridictionnalisation. Les observateurs insistent sur cette tendance récente : on peut ainsi résumer avec B. Stern que “*l'aspect consensuel a considérablement reculé ces dernières années, donnant de plus en plus à ce type d'arbitrage le visage d'une procédure obligatoire de règlement des différends*” : B. Stern, “L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur”, *Revue de l'arbitrage*, 2002-2, p. 337. C'est le développement jurisprudentiel de “l'arbitration without privity” qui initie ce mouvement. La jurisprudence reconnaît désormais un droit à la personne privée d'obliger l'Etat à l'arbitrage, en se fondant non pas sur un quelconque compromis, mais sur le traité bilatéral d'investissement passé entre son Etat de nationalité et l'Etat d'accueil. Voir par exemple W. Ben Hamida, “L'arbitrage Etat-investisseur : regards sur les traités et projets récents”, *JDI* 2004-2, pp. 419-441 (l'auteur traduit “arbitration without privity” par “arbitrage transnational unilatéral”).

<sup>422</sup> *Dictionnaire de droit international, op.cit.*, p. 826.

<sup>423</sup> Voir, par exemple, D. Ruzié, “Du droit de pétition individuelle en matière de droits de l'homme : à propos de la résolution 1503 (XLVIII) du CES ONU”, *RDH*, 1971, pp. 89-101.

<sup>424</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 826.

du droit international, développe une tendance à la rationalisation, voire presque à la juridictionnalisation, selon P.M. Dupuy<sup>425</sup>.

Outre les actions devant des organes non juridictionnels, on peut également envisager les interventions qui permettent à une entité de s'exprimer au cours d'une instance internationale, sans y être partie. On peut alors distinguer le "droit d'agir" et le "droit d'intervenir". C'est ce qu'effectue notamment C. Santulli lors de son étude de la capacité internationale<sup>426</sup>. Toutefois, dans le droit d'agir, il n'implique que l'action contentieuse, citant les TAM, le CIRDI, et divers arbitrages. Puis il définit le droit d'intervenir comme celui qui permet à un tiers à un procès de participer à son déroulement, de se faire entendre, sans que la décision n'ait de conséquence juridique pour lui. Il semble que deux formes d'intervention (différentes, d'un point de vue théorique) coexistent : l'intervention *stricto sensu* et l'*amicus curiae*. "Tandis que l'intervenant soutient une des parties à la cause parce qu'il y trouve un intérêt de type patrimonial ou idéologique – ou bien parce que, même sans soutenir aucune des parties, il veut assurer la défense de ses intérêts propres auxquels la décision pourrait porter atteinte –, l'ami de la Cour présente un point de vue désintéressé, dans le seul souci d'aider le juge dans l'accomplissement de sa tâche"<sup>427</sup>. Quelle que soit la distinction, il faut en retenir ici la réapparition du terme d'"intérêt" : la personne qui intervient à l'instance ne ferait valoir qu'un intérêt et non un droit subjectif. Pourtant, d'après C. Santulli, "la demande [d'intervention] est un acte juridique unilatéral de l'individu, son acceptation prouve la capacité processuelle internationale de l'individu"<sup>428</sup>. Or, si ce type d'intervention n'est destiné ni à faire valoir un droit, ni à assumer une obligation, il paraît difficile de l'impliquer dans la capacité processuelle, telle que définie précédemment. La pertinence de ce mode d'action pour l'étude d'une personnalité juridique peut être discutée, et ne fait guère l'unanimité. En effet, elle ne contribue pas au déclenchement d'une procédure de contrôle de l'application du droit – d'un droit

<sup>425</sup> Il souligne que "sans qu'on puisse parler à leur égard d'un processus naturel de juridictionnalisation, il faut constater qu'en bien des cas, l'organe compétent, doté de permanence et composé d'experts indépendants et qualifiés, tend à rationaliser les conditions matérielles et procédurales du contrôle qu'il opère et se réfère volontiers à ses propres précédents, ce qui n'est pas sans rappeler la constitution progressive d'une sorte de jurisprudence", in P.M. Dupuy, *Droit international public*, 5<sup>ème</sup> édition, *op.cit.*, p. 479.

<sup>426</sup> Voir C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op.cit.*, p. 333s.

<sup>427</sup> O. de Schutter, "Sur l'émergence de la société civile internationale en droit international : le rôle des associations devant la CEDH", *JEDI*, 1996, vol.7, no.3, pp. 372-410. Le dictionnaire Salmon, qui ne distingue pas les cas, définit l'intervention dans une instance juridictionnelle comme un "incident de procédure par lequel une personne juridique souhaite prendre part à une instance arbitrale ou judiciaire engagée entre deux autres personnes juridiques parties à cette instance". *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p. 612. Sur l'*amicus curiae*, voir par exemple H. Ascensio, "L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales", *RGDIP*, 2001-4, pp. 897-930.

<sup>428</sup> C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op.cit.*, p. 337. La nature de l'intérêt qui est en cause dans le cadre de l'intervention peut en effet prêter à confusion. Ainsi, l'intervention étatique devant la CIJ est prévue par l'article 62 du statut de la Cour, qui fait référence à un "intérêt d'ordre juridique" : celui-là pourrait alors être compris dans le sens de droit subjectif. Toutefois, il est difficile, sans étude pratique approfondie, d'étendre cette possibilité à toutes les hypothèses d'intervention, notamment celles présentées par les personnes physiques.

subjectif – ce qui semble caractériser la capacité processuelle, conçue dans une acception large.

Seules les actions contentieuses ainsi que, éventuellement, les droits de pétition et communication, peuvent alors entrer dans cette capacité. Dans le premier cas, il s'agit alors d'une capacité processuelle purement juridictionnelle ; dans le second, c'est une capacité processuelle non contentieuse. Or, la doctrine ne s'accorde pas sur une définition de cette capacité et, par conséquent, sur les procédures "appropriées" qui la composent. Si on adopte une approche strictement juridique de la sanction du droit, l'on se cantonnera à la procédure contentieuse. Si, en revanche, on accepte une approche ouverte aux aspects sociologiques du droit, les actions non contentieuses pourront également être prises en compte.

## 2. *Le non-choix de la doctrine*

L'étude de la doctrine révèle son partage entre les deux tendances. Les premiers exigent que les droits subjectifs impliquent la possibilité d'engager une responsabilité, ce devant une juridiction internationale. C'est ainsi la position de Kelsen pour qui on a pu constater que, sans "cour internationale", point de salut. Si aucun juge international ne sanctionne la violation d'un droit, c'est qu'il ne s'agit pas d'un droit subjectif. D'autres auteurs ont également nié l'inclusion du droit de pétition dans la capacité processuelle du sujet de droit. Ainsi, Norgaard reconnaît que ce droit peut être important en pratique pour l'individu, sans toutefois lui conférer la personnalité internationale. Il explique que *“individuals endowed with the right to send petition have another and more secured position in international law than have individuals merely possessing rights without any possibility of making complaints on the international level. On the other hand, it could be questioned whether the difference in the status of individuals who can send petitions to an international organ, and that of individuals who can bring a case before a international court, is so significant that it justifies to classify individuals as two different groups – as subject of petitions and subjects of proceedings respectively – of which only the last group is recognized as subjects of international law. This question must be answered in the affirmative”*<sup>429</sup>. Il est donc clairement affirmé que seule la personne dotée de la capacité juridictionnelle, possédant un droit de réclamation, est considérée comme sujet de droit. C'est aussi la position de Berezowski, pour qui *“on peut donc comprendre par sujets du droit international tous ceux qui sont destinataires de ce droit et possèdent leur propre compétence devant une juridiction internationale”*<sup>430</sup>. Plus récemment, F. Sudre, faisant le lien entre personnalité internationale et droits de l'homme, adopte quasiment la même attitude. En effet, il étudie trois catégories d'actions en la matière : les communications, les pétitions simples, les recours contentieux, ces derniers étant les

<sup>429</sup> Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1968, p. 170.

<sup>430</sup> C. Berezowski, “Les problèmes de la subjectivité internationale”, *op.cit.*, p. 35.

procédures ouvertes aux particuliers dans les cadres américain et européen ; or, il soutient que “*seuls ces recours contentieux mis en place dans le cadre régional correspondent à un réel droit d'action de l'individu, lui permettant de faire respecter l'exercice effectif de ses droits et éventuellement, d'obtenir réparation si la violation de l'un d'entre eux est établie*”<sup>431</sup>.

A l'opposé, une autre partie de la doctrine reconnaît la pertinence des moyens non juridictionnels de faire valoir un droit. Pour P. Reuter, par exemple, si les moyens d'action de la personne doivent se situer sur le plan international, ils peuvent toutefois inclure diverses modalités. Ainsi, en matière de droits de l'homme, “*ceux-ci ne confèrent vraiment à l'individu une personnalité internationale que lorsqu'ils sont aménagés sur le plan international avec droit de réclamation, de pétition ou de sanction devant des organismes internationaux, juridictionnels ou non*”<sup>432</sup>. La précision est nette : le droit de pétition est impliqué dans la capacité processuelle, et les organes concernés ne sont pas nécessairement de nature juridictionnelle. Pour d'autres, l'affirmation est plus vague, mais elle considère néanmoins plusieurs types d'organes internationaux. On a déjà cité L'huillier, pour qui la capacité s'exerce devant une “instance judiciaire ou administrative internationale”, sans qu'il précise exactement les procédures qu'il envisage. On peut également souligner l'acceptation par Korowicz du principe d'un recours (contentieux ou non) “*before international judicial or political bodies*”<sup>433</sup>; Eustathiades, lui aussi, accepte que l'on puisse faire valoir un droit devant une juridiction ou un “autre organe international”. De plus, on peut souligner qu'en pratique, les sujets reconnus du droit international usent la plupart du temps de moyens non juridictionnels pour faire valoir leurs droits. Pourtant, ces moyens sont considérés comme révélateurs de leur personnalité juridique. Ainsi, les actions diplomatiques de l'Etat font partie des mécanismes de la responsabilité internationale. De même, les organisations internationales disposent d'une capacité contentieuse nettement limitée, notamment par le statut de la CIJ, qui ne leur ouvre qu'une voie consultative. Celle-ci paraît toutefois suffisamment pertinente pour leur reconnaître une capacité processuelle, d'autant plus qu'elle s'ajoute à bien d'autres procédures. C'est ce que semble indiquer P.M. Dupuy, au moins pour la situation individuelle : “*on aurait tort de croire que les personnes privées ne se voient reconnaître de possibilités de recours que dans le cadre proprement juridictionnel...*”, et l'auteur de citer le droit de pétition ouvert au Comité des droits de l'homme<sup>434</sup>.

Chacune de ces deux conceptions de la capacité processuelle comporte des inconvénients non négligeables. Ainsi, si l'on exige un lien systématique entre violation

<sup>431</sup> F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 73.

<sup>432</sup> P. Reuter, “Principes de droit international public”, *op.cit.*, p. 503.

<sup>433</sup> M. Korowicz, “The Problem of International Personality of Individuals”, *op.cit.*, p. 531.

<sup>434</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, *op.cit.*, p. 229.

d'un droit, responsabilité et juridiction internationale, le sujet de droit se trouve nécessairement dans une situation de dépendance par rapport à l'existence même d'une juridiction. Cela pourrait signifier qu'en l'absence de juridiction internationale, on conclurait à l'absence de capacité processuelle, et donc à l'absence de personnalité juridique. Il peut sembler excessif de faire reposer entièrement la théorie de la personnalité juridique internationale sur une considération structurelle. La société internationale n'est pas, au contraire des ordres internes, une société des juges. La norme internationale n'est pas juridique parce que sanctionnée par un juge, mais peut au contraire être sanctionnée parce qu'elle est juridique. Toutefois, si l'on considère que la personnalité juridique est une possibilité mutuelle, pour un ordre juridique et un sujet de droit, d'établir un lien, la capacité processuelle devrait également s'entendre dans ce sens : elle est non seulement capacité du sujet à engager une action, mais également capacité de l'ordre juridique à lui offrir les possibilités de recours. La reconnaissance de certains sujets de droit peut donc dépendre du degré d'organisation, d'institutionnalisation de l'ordre juridique international. Comme l'affirmait la CIJ en 1949, les sujets ne sont pas tous identiques... *“et leur nature dépend des besoins de la communauté”*<sup>435</sup>. Il est donc justement de notre propos d'étudier si l'individu peut s'inscrire en tant que sujet dans la structure de l'ordre international.

A l'opposé du reproche relatif à une "lacune" institutionnelle de l'ordre international, la seconde approche de la capacité processuelle peut sembler, au contraire, manquer de "juridicité". On se rappelle de la phrase énoncée par la CIJ dans l'affaire de la Barcelona Traction : *“la responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé...”*. Or, l'exercice du droit de pétition ou de communication n'aboutit pas nécessairement à l'engagement d'une responsabilité. Par conséquent, on pourrait se demander si la personne usant de cette capacité fait réellement valoir un droit, ou s'il ne s'agit pas simplement d'un intérêt. Toutefois, ne s'agit-il pas d'une forme de réclamation, même indirecte ? La norme secondaire, "habilitative", est, certes, imparfaite. La procédure qu'elle implique n'est pas juridictionnelle. Cela n'empêche pas nécessairement la norme primaire, "de conduite", de conférer un droit matériel à un sujet.

On peut donc conclure que le seul accord auquel semble parvenir la doctrine, mais il est bien incertain, réside dans l'exigence d'une procédure devant un "organe international". Qu'il soit de nature juridictionnelle, politique, voire diplomatique, s'il permet de faire valoir l'application d'un droit, il révèle alors une certaine capacité processuelle. Il peut sembler que c'est davantage la capacité de déclencher un contrôle de l'application du droit qui est déterminante pour l'obtention de la personnalité

<sup>435</sup> CIJ, “Réparation des dommages subis au service des Nations Unies”, *op.cit.*, p. 178.

juridique, que la capacité juridictionnelle et contentieuse d'ester en justice et de s'y voir attraire. De plus, les procédures les plus souples peuvent aussi conduire à l'obtention d'une réparation pour violation d'un droit. C'est ce qu'implique G. Cohen-Jonathan, lorsqu'il évoque l'organe international indépendant : en effet, il comprend dans ce type d'organes ceux qui, institués par des conventions, sont attachés au contrôle du respect de celles-ci, tel que le Comité des droits de l'homme pour les Pactes de 1966 <sup>436</sup>.

Seule l'étude de la pratique peut permettre, ensuite, de révéler des indices concordants pour induire la possession d'une véritable capacité processuelle internationale. L'aspect quantitatif de la notion peut alors jouer un rôle, notamment parce qu'il s'agit d'une capacité à double visage. En effet, elle est soit capacité d'exiger d'autrui un certain comportement "responsable", soit capacité de se voir exiger ce même comportement. Comment s'articulent ces deux versants de la capacité ? L'addition des deux aspects est-elle nécessaire pour reconnaître à une entité la possession du statut de sujet ? Est-il donc plus important de pouvoir engager sa responsabilité, ou de pouvoir mettre en œuvre la responsabilité d'autrui, démarche qui appelle davantage de conséquences en termes de contrôle et de sanction ?

## **B. Une capacité à double visage**

Comment la doctrine appréhende-t-elle cette double capacité ? Il semble qu'elle ne considère pas forcément le sujet-victime et le sujet-responsable sur un pied d'égalité (1). Par ailleurs, on peut se demander si les deux versants de cette capacité sont nécessaires pour considérer une entité comme sujet de droit international (2).

### ***1. Sujet-victime et sujet-responsable***

Il semble que les exigences doctrinales quant à une procédure proprement internationale ne soient pas identiques, selon que l'entité considérée se trouve dans la situation de victime plaignante ou de responsable défendeur. En effet, les développements relatifs aux procédures internationales se situent pour la grande majorité dans des analyses de la capacité active de faire valoir ses droits. On vient de voir qu'une procédure internationale est exigée, qu'elle soit juridictionnelle ou non. C'est ici que l'exigence d'un sujet actif dans l'ordre international prend toute sa signification : c'est lui qui prend l'initiative d'une procédure internationale. En revanche, dès lors qu'on envisage le sujet comme celui qui assume ses obligations, l'exigence d'une procédure internationale, devant un organe international, se fait beaucoup plus discrète. Ainsi, P.M. Dupuy distingue, parmi les différentes capacités

---

<sup>436</sup> Voir G. Cohen-Jonathan, "La responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme", in Colloque SFDI du Mans, *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, pp. 101-135, notamment p. 104.

d'agir, celle de "se voir imputer des faits illicites internationaux" et celle "d'ester en justice devant des juridictions et tribunaux arbitraux internationaux"<sup>437</sup>. On peut remarquer que pour la première, l'auteur n'évoque pas de procédure. Seule l'imputabilité importe. En revanche, pour la seconde, c'est l'unique aspect processuel qui est indiqué et non le fait de faire respecter un droit. La formule est sensiblement identique à celle qu'avait choisi Eustathiades, pour qui le droit se fait valoir devant une juridiction, alors que l'obligation engage la responsabilité, sans recours obligatoire à un juge international.

Ainsi, le lien entre la responsabilité et l'organe qui la met en œuvre est bien plus fort pour l'aspect actif de cette capacité processuelle : c'est seulement lorsque le sujet agit pour faire valoir ses droits que l'on exige une "procédure". L'implication du sujet dans le fonctionnement de la responsabilité dépend donc de quel côté on observe la situation : du côté de la personne responsable, l'engagement de la responsabilité se fait dès la commission du fait illicite, puisque la condition relative au dommage a été supprimée. La responsabilité n'exige ainsi que l'existence d'un fait générateur, dans lequel on prend en compte deux éléments : un élément objectif, qui est la commission d'un acte illicite, et surtout un élément subjectif, qui est l'imputation : ne peut violer une norme internationale que celui qui est destinataire de cette norme, donc titulaire de l'obligation qu'elle lui impose. En revanche, du point de vue de la personne lésée, l'engagement de la responsabilité n'aura lieu qu'à partir du moment où elle subit un préjudice qui lui ouvre droit à réparation. Il faut alors distinguer entre le temps de l'engagement et celui de la mise en œuvre. Pour le sujet-responsable, le seul engagement de sa responsabilité, par le biais de l'imputabilité, suffit à prouver l'existence d'obligations dont il est titulaire. La capacité processuelle d'assumer ses obligations débute dès ce moment, avant même toute mise en œuvre par une "procédure appropriée". En revanche, pour le sujet-victime, la capacité de faire valoir ses droits ne s'apprécie véritablement qu'au moment de la mise en œuvre. Dans sa position, le préjudice reprend toute son importance. Comme le souligne P.M. Dupuy, "*sans dommage, pas d'atteinte à un droit subjectif, et sans atteinte à un droit, pas d'intérêt juridique à l'action en responsabilité, même non contentieuse*"<sup>438</sup>.

Comme on l'a vu, la mise en œuvre de la responsabilité étatique ne nécessite pas toujours de recours au juge, les Etats appréciant eux-mêmes la légalité de leurs

<sup>437</sup> P.M. Dupuy, "Cours général de droit international public, l'unité du droit international", *op.cit.*, p. 100.

<sup>438</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p. 450. Cela a conduit B. Stern à proposer le recours à la notion de préjudice juridique (voir *supra*, note 414). Cette notion est en revanche rejetée par A. Pellet, qui considère que le détour par cette explication est superflu et n'ajoute rien à la théorie, in "Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats", *AFDI*, 1996, pp. 12-13. Voir aussi A. Pellet, "Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, suite –et fin ?", *AFDI*, 2002, pp. 2-23.

comportements et les conséquences de leur responsabilité<sup>439</sup>. Toutefois, ce type de mise en œuvre ne peut s'appliquer qu'aux Etats, les autres "acteurs" (prétendant à la personnalité juridique) du droit international ne possédant pas les mêmes prérogatives. On voit mal un individu infliger des contre-mesures à un Etat. Quelle peut alors être la place des autres sujets de droit international au sein de cette théorie ? Comment concevoir une théorie générale des sujets sans harmoniser les principes de leur responsabilité ? Il existe en effet des différences très importantes entre la responsabilité des Etats et celle des individus, qui peuvent sembler rédhibitoires pour une étude plus générale de la responsabilité internationale. Ainsi, on considère généralement que la responsabilité étatique serait plutôt de nature civile, alors que celle des individus est essentiellement de nature pénale. Cette double affirmation doit être nuancée<sup>440</sup>. Toutefois, elle est révélatrice de différences réelles, notamment dans leur finalité : la responsabilité civile poursuit un but réparatoire, tandis que la responsabilité pénale est punitive. Ainsi, *“la responsabilité civile met l'accent sur les droits de la victime et la réparation du préjudice.... La responsabilité pénale, au contraire, porte sur le sujet responsable pour punir le trouble qu'il a causé à l'ordre social”*<sup>441</sup>. Les modalités de mise en œuvre de la responsabilité, dans une problématique pénale, sont particulières : alors que l'action civile n'est ouverte qu'à celui dont le droit subjectif a été atteint, l'action pénale fait intervenir un tiers. C'est en effet le ministère public qui déclenche la procédure et exerce les poursuites à l'encontre du responsable<sup>442</sup>. Transposée en droit international, cette problématique pénale explique que, pour l'individu, l'intervention d'une juridiction est obligatoire. C'est ainsi que Sørensen soulignait que *“dans une matière comme la responsabilité pénale, le fond et la juridiction sont inséparables. Sans juridiction pénale, aucune responsabilité individuelle n'est*

<sup>439</sup> Comme le résume B. Stern, ces conséquences sont plus diversifiées qu'auparavant : *“en bref, jadis synonyme d'obligation de réparer, la responsabilité internationale est aujourd'hui multiforme et comporterait, dans le cas général, cinq aspects différents : maintien de l'obligation de respecter la règle violée (article 29), cessation de la violation (article 30.1), assurances et garanties de non-répétition (article 30.2), réparation (article 31), autorisation donnée à l'Etat lésé d'adopter des contre-mesures (article 49)”*, in B. Stern, *“Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ?”*, *op.cit.*, p. 9.

<sup>440</sup> D'une part, il peut être envisagé une responsabilité civile des individus, notamment dans le cadre des contrats ; elle est alors mise en œuvre généralement par le biais de l'arbitrage. D'autre part, affirmer que la responsabilité internationale étatique est de même nature que la responsabilité civile interne n'est pas totalement exact. Si P.M. Dupuy estime bien qu'elle est une *“sorte de responsabilité civile transposée dans l'ordre interétatique”* (in *droit international public*, p. 434), en revanche A. Pellet affirme que *“la responsabilité des Etats n'est, en droit international, ni civile ni pénale ; elle présente des caractères propres qui interdisent toute comparaison avec le droit interne”*, in *“Le droit international à l'aube du XXIème siècle”*, *Cursos de Derecho Internacional*, 1997-1, p. 46. Ce type de responsabilité est également comparé avec la responsabilité administrative interne : *“comme la responsabilité administrative, la responsabilité internationale est publique, puisqu'elle s'applique d'abord à l'Etat”*, in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.*, p. 1345.

<sup>441</sup> D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.*, p. 1344.

<sup>442</sup> On distingue ainsi l'action publique de l'action de la victime, qui peut exercer son droit à réparation. Toutefois, la victime peut obliger le ministère public à poursuivre : par le biais de la constitution de partie civile (saisine du juge d'instruction) ou de la citation directe (saisine d'une juridiction de jugement en cas de passivité ou de refus de poursuivre du ministère public), elle a le pouvoir de déclencher l'action publique, mais non de l'exercer.

*réalisée*”<sup>443</sup>. Alors que la responsabilité étatique est une relation binaire entre le sujet responsable et le sujet lésé, la responsabilité pénale internationale des individus est une relation à trois, qui fait intervenir le juge. Cela conduit généralement la doctrine à considérer que “*la question de la responsabilité internationale des individus se pose toujours en termes trop particuliers pour être rapprochée, sans artifice, de la situation des Etats et des organisations internationales*”<sup>444</sup>. De même, certains excluent l'analyse de la situation individuelle de l'étude de la responsabilité internationale, comme J. Combacau et S. Sur : “*on laisse de côté la question de la responsabilité pénale des individus, qui s'inscrit dans une autre logique*”<sup>445</sup>. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne peut exister. De même qu'il n'existe pas un modèle unique de justice internationale, de juge international, de justiciable international, mais des modèles variés, il n'existe pas forcément une responsabilité mais plusieurs. Indépendantes l'une de l'autre, la responsabilité étatique et la responsabilité individuelle fonctionnent différemment. Rien n'empêche cependant d'établir des points de comparaison, parce que “*la responsabilité se situe toujours à un carrefour ;...entre le dommage, la faute et le risque ; entre la logique de la causalité et celle de l'imputabilité ; entre les obligations du responsable et les droits des victimes ; entre la punition assurée par la collectivité et la justice privée*”<sup>446</sup>.

Une autre différence fondamentale entre responsabilité étatique et responsabilité individuelle peut être relevée dans les modalités de leur mise en œuvre juridictionnelle. Lorsqu'un Etat engage la responsabilité d'un autre Etat, il peut s'adresser à une juridiction internationale. En revanche, la responsabilité internationale individuelle peut être mise en œuvre par deux voies différentes, l'une internationale, l'autre interne. Le développement des juridictions pénales internationales montre la voie internationale. La seconde fait appel à la théorie de la compétence universelle. Celle-ci confère une compétence aux juridictions internes pour juger les individus responsables de crimes internationaux. Non définie en 1960 par le dictionnaire Basdevant, elle figure au dictionnaire Salmon comme “*aptitude reconnue aux tribunaux de tout Etat à juger des faits commis à l'étranger, quels que soient le lieu de l'infraction et la nationalité de l'auteur ou de la victime...L'objectif de cette compétence est d'assurer une répression sans faille pour certaines infractions particulièrement graves*”<sup>447</sup>. Or, la CDI a nettement affirmé la non-

<sup>443</sup> M. Sørensen, “Principes de droit international public”, *op.cit.*, p. 142.

<sup>444</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, *op.cit.*, p. 763.

<sup>445</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op.cit.*, p. 198.

<sup>446</sup> D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.*, p. 1341.

<sup>447</sup> *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p. 212. Il est précisé qu'au regard du droit international général, la compétence universelle existe en matière de piraterie, de crime contre l'humanité, et de génocide. Le droit international conventionnel, quant à lui, la prévoit pour les crimes d'apartheid et de torture.

pertinence du droit interne pour qualifier un fait d'internationalement illicite<sup>448</sup>. Cela pourrait-il signifier qu'un juge interne ne peut apprécier le caractère internationalement illicite d'une infraction ? Dans ce cas, il ne pourrait mettre en œuvre une responsabilité internationale. Pourtant, la mise en œuvre interne de la responsabilité pénale internationale de l'individu existe. Comment expliquer cela ? Deux hypothèses peuvent être soulevées. Soit l'on affirme l'autonomie de la responsabilité étatique et de la responsabilité individuelle, auquel cas le principe codifié par la CDI ne s'applique pas dans le second cas. L'hypothèse de compétence universelle ne pose alors pas de problème théorique. Soit, au contraire, l'on considère que ce qui est mis en œuvre par le juge interne n'est pas une responsabilité internationale, mais une responsabilité interne, puisque le délit international est aussi un délit interne. En effet, la compétence universelle repose sur le principe *aut dedere, aut judicare*. Si l'Etat choisit non d'extrader, mais de juger la personne, alors la répression interne pose une condition : la conduite doit être considérée comme un délit par la législation interne<sup>449</sup>. Certains pourraient soutenir qu'il s'agit d'une "responsabilité interne d'origine internationale"...

Quoi qu'il en soit, le principe contenu dans l'article 3 du texte de la CDI est avant tout destiné à une application internationale, qui n'a pas nécessairement de conséquences sur les compétences des juridictions internes. Toutefois, la pertinence de ce type de capacité processuelle passive, lorsqu'elle est assumée au niveau interne, peut être fortement relativisée. Il ne s'agit pas d'une capacité processuelle totalement internationale : capacité au délit international certainement, elle n'est pas capacité internationale d'assumer les conséquences de ses actes. Qu'il s'agisse d'un Etat ou d'un individu, c'est avant tout la règle d'imputabilité qui importe : pour reconnaître un sujet de droit international, ses actes contraires à une norme internationale doivent pouvoir lui être imputés, de sorte à engager sa responsabilité sur un plan strictement juridique.

---

<sup>448</sup> Article 3 de la déclaration sur la "responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite" : *"la qualification du fait de l'Etat comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne"*. On peut toutefois estimer que, d'un point de vue théorique, et selon les commentaires de cet article, il reflète simplement un principe tout à fait traditionnel du droit international : celui qui interdit d'invoquer le droit interne pour se soustraire à une obligation internationale. Il a déjà été codifié, par exemple dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, à l'article 27. Il n'aurait donc pas de signification particulière quant aux procédures de mise en œuvre de la responsabilité étatique, au demeurant peu précisées dans le texte.

<sup>449</sup> Voir V. A. Honrubia, "La responsabilité internationale de l'individu", *RCADI* 1999, vol. 280, surtout pp. 361-364. Après avoir affirmé que la répression interne est la *"voie normale d'application de la responsabilité internationale de l'individu"*, elle explique la condition que l'on vient d'évoquer. Elle remarque ensuite qu'*"il se produit une double qualification – interne et internationale – qui peut ne pas coïncider"*, lorsque la qualification interne du délit est plus restrictive que la qualification internationale. Des exemples relatifs à l'introduction en droit interne des résolutions du Conseil de Sécurité créant les tribunaux pénaux internationaux sont étudiés par B. Stern, "La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda", notamment pp. 297-298.

C'est ainsi qu'on peut remarquer une différence entre la situation de sujet-victime et de sujet-responsable dans la théorie de la personnalité juridique internationale. Pour le sujet victime, c'est la mise en œuvre de son droit, devant une juridiction internationale, qui importe, démontrant ainsi sa capacité active au niveau international. En revanche, pour le sujet responsable, c'est l'imputabilité qui détermine sa capacité passive d'assumer une obligation internationale, et non la procédure de mise en œuvre de cette responsabilité. On assiste donc à une internationalisation normative plus qu'institutionnelle de la responsabilité individuelle. Cela peut ainsi expliquer que l'étude de la responsabilité pénale soit le plus souvent effectuée dans des développements relatifs aux obligations individuelles, et ainsi rattachée au premier critère de la personnalité, celui de la titularité de droits et d'obligations<sup>450</sup>. Parallèlement, l'étude de ses droits est surtout vue sous l'angle de la capacité, second critère de la personnalité juridique internationale.

Ces distinctions entre les deux versants de la capacité processuelle, tantôt active, tantôt passive, soulèvent une nouvelle question : une entité doit-elle posséder cette double capacité pour être véritablement reconnue sujet de droit international ? Une seule capacité peut-elle produire le même effet ?

## *2. Des conditions cumulatives ou alternatives ?*

La capacité processuelle comprend donc, d'une part, la capacité active de faire valoir ses droits, d'autre part la capacité passive d'assumer ses obligations. Doivent-elles se cumuler pour l'obtention de la personnalité juridique ?

Il semble qu'une majorité d'auteurs considère que l'une des deux capacités suffit à considérer celui qui la détient comme sujet de droit. C'est ainsi le cas d'Eustathiades, qui répond clairement à la question : il déclare que *“pour savoir, en effet, si nous sommes en présence d'un sujet du droit international, on doit établir l'un des deux faits suivants : d'une part, si un être individuel ou collectif possède la capacité d'être titulaire de droits et de s'en prévaloir "par voie de réclamation internationale" ... ; d'autre part, ...des devoirs et la capacité de commettre un délit international, c'est-à-dire s'il assume une responsabilité de nature internationale pour violation de ces devoirs”*<sup>451</sup>. Cette conception alternative de la capacité processuelle est également présente de façon très nette chez Sørensen, qui soutient que *“comme sujet de droit nous considérons celui qui encourt la responsabilité pour une conduite incompatible avec la norme, et celui qui a qualité de porter plainte contre toute violation de la norme. Le plus souvent, ces deux qualités sont réunies dans la même personne ou entité. Il paraît utile, cependant, de considérer celui qui possède*

<sup>450</sup> C'est notamment le cas du manuel de J. Combacau et S. Sur, qui inclut la responsabilité pénale individuelle dans la capacité "substantielle" de s'engager, tandis que le droit de réclamer le respect d'un droit est vu à travers la capacité processuelle. Voir pp. 313-319.

<sup>451</sup> C. Eustathiades, *“Les sujets de droit international et la responsabilité internationale”*, *op.cit.*, p. 414. C'est nous qui soulignons.

*une des qualités seulement comme ayant également la personnalité juridique*"<sup>452</sup>. La même attitude peut être discernée chez P. Reuter.

Pour d'autres, la réponse est moins clairement discernable. Ainsi, G. Cohen-Jonathan implique les deux capacités dans ses exigences, sans que l'on sache s'il développe pour autant une conception cumulative. Toutefois, on a pu constater que P.M. Dupuy, par exemple, privilégie une approche alternative des critères de la personnalité juridique internationale, ce qui peut être applicable aux conditions relatives à la capacité. De même, certains auteurs, sans affirmer une conception alternative, mettent l'accent sur une seule condition, considérée comme plus pertinente que d'autres.

On peut ainsi tenter une hiérarchisation entre ces deux capacités, car il semble que l'une soit plus importante que l'autre. En effet, nombre d'auteurs insistent sur la capacité de faire valoir ses droits, qui seule révèle véritablement l'action du sujet dans l'ordre juridique international. C'est ainsi le cas de Korowicz, qui insiste sur la capacité de réclamation internationale, ou encore de Berezowski, pour qui c'est la "compétence" devant une juridiction internationale qui est déterminante. Il semble que ce soit également l'optique de F. Sudre, dont il faut souligner toutefois qu'il se situe dans une étude réservée aux droits de l'homme, et donc à la capacité de les faire valoir.

Cela signifie-t-il que la capacité active de faire valoir ses droits est d'une plus grande pertinence, pour l'acquisition de la personnalité, que la capacité passive d'assumer ses obligations? Toutes deux comportent des inconvénients, si on les considère de façon isolée. Ainsi, on peut reprocher à la capacité passive de ne pas être assez révélatrice de la volonté du sujet. Sa capacité demeure "passive", en ce que le sujet déclaré responsable subit cette responsabilité. Cela est surtout vrai pour l'individu, alors que l'Etat, en général, ne peut en principe être engagé dans une procédure internationale sans l'avoir accepté auparavant. Dans la situation de l'individu, par exemple, on ne peut affirmer qu'il s'engage consciemment à assumer ses obligations, ni qu'il consent expressément à être jugé. Par ailleurs, la situation de la compétence universelle, outre le fait qu'elle n'est pas toujours reconnue par la doctrine et la pratique<sup>453</sup>, est problématique sur un plan théorique. Dans le cadre de la responsabilité étatique, l'imputabilité suffit à établir qu'il est bien titulaire d'une obligation primaire internationale ainsi que d'une obligation secondaire (ou habilitative) de réparation.

---

<sup>452</sup> M. Sørensen, "Principes de droit international public", *op.cit.*, p. 127.

<sup>453</sup> C'est ainsi que P.M. Dupuy résume que la formule "à crime universel, compétence de même nature" n'est pas encore entrée dans les mentalités des juges, in *Droit international public*, *op.cit.*, p. 485. L'exercice d'une compétence universelle se heurte notamment à une règle bien établie en droit international, relative aux immunités de certaines personnes. C'est ainsi que la CIJ, dans son arrêt Yerodia du 14 février 2002, a reconnu la responsabilité de l'Etat belge pour avoir laissé ses juridictions exercer une compétence universelle, en violation du principe de l'immunité de juridiction du ministre des affaires étrangères congolais.

Dans le cadre de la responsabilité pénale individuelle, il en va autrement : l'imputabilité ne suffit pas à établir sa personnalité juridique internationale. En effet, si la mise en œuvre de sa responsabilité est interne, on peut avoir des doutes quant à sa possession des deux conditions de la personnalité internationale. D'une part, cette mise en œuvre prouve bien qu'il est titulaire d'une obligation, mais s'agit-il réellement d'une obligation (exclusivement) internationale? Par ailleurs, sa capacité d'assumer n'est pas non plus exercée internationalement. Ainsi, pourquoi considérerait-on la mise en œuvre interne de la responsabilité internationale comme pertinente pour la personnalité internationale, alors qu'on le nie pour la capacité active? En effet, faire valoir ses droits internationaux devant un tribunal interne n'est pas (en général) pris en compte par la doctrine.

Toutefois, la responsabilité pénale internationale est jugée suffisante par certains pour reconnaître l'existence d'un sujet de droit international. Ainsi, Eustathiades professait, en 1953, que *“si la capacité de l'individu au délit international était prouvée, elle permettrait par elle seule d'en déduire que l'individu est sujet du droit international, alors même qu'il ne serait point titulaire de droits pouvant être invoqués directement par lui sur le plan international”*<sup>454</sup>. Récemment, P.M. Dupuy confirmait ce point de vue, remarquant que *“le fait qu'il soit désormais possible d'établir et de mettre en œuvre la responsabilité internationale d'un individu, soit dans le cadre spatio-temporel encore restreint des tribunaux pénaux ad hoc, soit, sur une base élargie, devant la Cour pénale internationale, renforce très considérablement le statut de l'individu en tant que sujet de droit international...”*<sup>455</sup>. Ainsi, la seule capacité au délit international (et sa poursuite devant un organe international) peut être pertinente.

Cependant, la capacité processuelle active est la plus fréquemment prise en compte pour apprécier l'existence d'une personne internationale. D'une part, elle exprime la volonté du sujet, puisqu'il déclenche lui-même une procédure. Par la reconnaissance de son intérêt à agir, on admet qu'il possède bien un droit subjectif primaire, mais aussi la capacité secondaire de le faire respecter<sup>456</sup>. Parce qu'elle est davantage liée à une procédure internationale (que son opposé passif), et donc à l'existence d'un organe de contrôle, la capacité active revêt plus un caractère de sanction au sens juridique du terme. Se situant nécessairement dans l'ordre juridique international, elle démontre plus facilement la possession de la personnalité internationale. Toutefois, on souligne parfois qu'elle comporte des inconvénients ou des incertitudes, surtout par rapport à la situation individuelle. Ainsi, certains considèrent que ce ne sont que des droits procéduriers, qui n'impliquent pas de droit à

<sup>454</sup> C. Eustathiades, “Les sujets de droit international et la responsabilité internationale”, *op.cit.*, p. 426.

<sup>455</sup> P.M. Dupuy, “Cours général droit international public, l'unité du droit international”, *op.cit.*, p. 111.

<sup>456</sup> L'intérêt à agir est défini comme *“intérêt juridique qui fonde l'action en justice d'un sujet de droit et en commande la recevabilité. Pour faire la preuve de cet intérêt, le demandeur doit montrer que l'action ou l'abstention du défendeur a eu pour effet de porter atteinte à un droit ou à un intérêt juridiquement protégé dont le demandeur était titulaire”* in *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 596.

l'exécution d'une décision internationale ; de même, ces procédures internationales sont, pour la plupart, des procédures de contrôle, non judiciaires, n'aboutissant pas à un jugement véritable. Enfin, ces droits de réclamation sont accordés par traités, donc de nature précaire et limitée à un domaine particulier, ce qui interdit d'en tirer des conclusions quant au droit international général <sup>457</sup>.

En définitive, il semble qu'aucune réponse réellement significative ne puisse être apportée à la question posée. Tout comme on peut souligner avec A. Pellet qu'il “*n'y a jamais eu symétrie entre les droits et les devoirs des personnes privées au plan international*” <sup>458</sup>, les capacités de faire valoir les premiers et d'assumer les seconds ne sont pas non plus symétriques. Les deux capacités présentent des intérêts certains pour la théorie de la personnalité internationale. Si, en pratique, on peut constater que la doctrine ne se satisfait pas d'une seule voie d'action d'un "acteur" international, c'est probablement qu'un faisceau d'indices concordants permet bien mieux de déterminer si une entité est sujet de droit international. On ne se situe alors plus dans une approche alternative de la capacité processuelle, mais plutôt dans une approche fonctionnelle, comme le soutient P.M. Dupuy : tout dépend de la fonction en vue de laquelle la personnalité est reconnue à un sujet. Quelle serait donc la fonction d'une personnalité juridique individuelle, si l'on acceptait son existence ? Elle pourrait être simplement de lui permettre de défendre ses droits lorsqu'un autre sujet les bafoue. Elle pourrait encore résider dans la responsabilisation d'individus criminels.

---

<sup>457</sup> Voir ainsi, pour une liste de critiques, A. Cassese, “Les individus”, in M. Bedjaoui, *Droit international - Bilan et perspectives*, T. 1, Paris, Pedone, 1991, pp. 119-127.

<sup>458</sup> A. Pellet, “Le droit international à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle”, *op.cit.*, p. 87.

## Conclusion section I

Dans cette troisième approche de la personnalité internationale, deux conditions sont exigées par la doctrine pour reconnaître un sujet. D'une part, la titularité de droits et obligations subjectifs internationaux, condition commune à toutes les définitions du sujet de droit international. D'autre part, une capacité processuelle internationale, critère propre à la partie doctrinale étudiée ici. Définition intermédiaire entre les deux précédentes, elle exige du sujet un comportement actif sur la scène internationale. Le sujet est ainsi conçu comme un "acteur-responsable" international, dans un sens juridique bien précis : c'est un être qui agit processuellement d'une part, et dont la capacité s'exerce au niveau international d'autre part. La capacité processuelle, telle qu'elle est envisagée ici, comprend la possibilité pour une personne de faire valoir les droits et d'assumer les obligations dont elle est titulaire, par des procédures appropriées. On a pu constater que l'identification de la nature de ces procédures n'était pas chose aisée : elles peuvent être de nature juridictionnelle ou non, dès lors qu'elles révèlent une capacité de responsabilisation d'un sujet international. Par ailleurs, c'est une capacité qui doit être exercée, au moins pour sa partie active, devant un organe international ; une incertitude demeure quant à la possibilité pour un sujet d'engager sa responsabilité, qui serait internationale, devant un organe interne. La raison en est qu'il s'agit d'une capacité à double visage, capacité dite "passive" de subir la responsabilité et capacité "active" de réclamer l'engagement de la responsabilité d'autrui. Pour ces deux aspects de la capacité processuelle, les exigences doctrinales en matière de procédure ne sont pas nécessairement les mêmes. Dès lors qu'il y a imputabilité d'un acte internationalement illicite, la mise en œuvre de la responsabilité pourrait, dans le cas de l'individu, être interne. Toutefois, on rejettera cette hypothèse pour lui préférer la cohérence d'une imputabilité suivie d'une application internationale de la responsabilité. Cette situation paraît en effet posséder une qualité probatoire plus forte pour démontrer la possession d'une personnalité internationale.

Enfin, il semble que la doctrine penche vers une conception alternative de ces conditions relatives à la capacité : peut être sujet de droit international, celui qui ne possède que l'un des deux visages de la capacité processuelle internationale. Toutefois, en pratique, elle semble exiger davantage qu'une seule voie d'action, et un faisceau d'indices concordants paraît nécessaire. En effet, dès lors qu'on implique la capacité dans la définition de la personnalité juridique, la question des contours de celle-ci se pose nécessairement, à un moment donné, en termes quantitatifs.

Les auteurs ayant choisi cette définition l'appliquent quasiment tous à la position de l'individu dans l'ordre international. Leurs analyses sont en effet parfois consacrées à l'étude exclusive de son cas. Parmi ces auteurs figurent des spécialistes en

matière de droits de l'homme, tels que G. Cohen-Jonathan ou F. Sudre, mais aussi des "généralistes", de Reuter à P.M. Dupuy. On ne peut affirmer pour autant qu'il s'agit d'une approche de la personnalité juridique exclusivement adaptée pour l'individu, même si elle est souvent contextualisée. Elle peut également s'adapter aux autres sujets-acteurs du droit international.

Toutefois, des trois définitions, c'est *a priori* celle qui s'applique le mieux à une étude du cas individuel. Cela explique que lorsque les auteurs procèdent à cette étude, ils parviennent à un résultat qu'on peut qualifier de "consensuel". En effet, au contraire des deux situations précédentes, ici la doctrine adopte une attitude quasi-unanime. A la question "l'individu est-il sujet de droit international ?", les auteurs apportent tous une réponse similaire, sans être totalement identique. Elle consiste à affirmer que oui, l'individu est sujet de droit international, affirmation aussitôt assortie d'un "mais" : c'est un sujet exceptionnel, dérivé, secondaire, mineur, relatif etc. Ce résultat de compromis est donc en demi-teinte, beaucoup moins catégorique que les précédents.

## **Section II. Une application doctrinale consensuelle : l'individu, sujet exceptionnel et dérivé**

Si la doctrine reconnaît l'individu comme sujet de droit international, elle insiste toutefois sur le fait que sa personnalité est fort différente de celle des autres sujets que sont les Etats et les organisations internationales. Les Etats, sujets primaires du droit international, possèdent une pleine personnalité dont se distingue déjà celle des organisations internationales, sujets secondaires. Dès lors, dans ce tableau, la doctrine identifie ici une troisième forme de personnalité internationale, faisant de l'individu une sorte de sujet du "troisième type" (I). En outre, cette position est celle d'une relative majorité au sein de la doctrine contemporaine. Les auteurs cités appartiennent tous, en effet, à la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle ; pour la plupart, ils sont représentatifs d'une évolution récente dans l'appréciation de la notion de personnalité internationale : celle d'un développement des positions intermédiaires sur ce thème, dans les choix théoriques comme dans les études pratiques (II).

### ***I. L'individu, sujet du « troisième type » ?***

Il convient de voir comment les auteurs appliquent leurs exigences théoriques au cas de l'individu. Leur regard sur la façon dont l'individu remplit (ou non) les deux conditions de la personnalité internationale (A) conduit les auteurs à affirmer la spécificité de la personnalité individuelle (B).

#### **A. L'individu et les deux conditions de la personnalité internationale**

On peut constater, au sein de la doctrine représentée ici, une affirmation générale de la possession de droits et obligations internationaux par l'individu. Toutefois, cette étude de la première condition de la personnalité est en général rapide, et l'affirmation souvent implicite (1). L'accent est donc mis sur la question de savoir si l'individu possède une capacité processuelle internationale. Les réponses sont alors hésitantes (2).

##### ***1. Une reconnaissance implicite de la première condition***

Les difficultés théoriques relatives au premier critère de la personnalité ont été développées au premier chapitre : lorsqu'il s'agit d'étudier si une entité possède des droits et obligations internationaux, est destinataire de normes internationales, il faut déterminer s'il existe un lien direct entre cette entité et l'ordre juridique qui crée les normes en question. Or, comme on a pu le constater, des oppositions radicales quant à l'appréciation du lien entre individu et ordre juridique international existent, qui sont dues à des considérations théoriques autour des "rapports de système". Monisme et

dualisme perdurent au sein de la doctrine, bien que sous une forme actualisée et nuancée.

Dans la partie de la doctrine qui nous concerne directement ici, l'application du premier critère à l'individu fait l'objet d'une quasi-unanimité. Et pour cause : ce sont des auteurs de tendance moniste auxquels on a affaire, qui reconnaissent qu'une norme internationale peut atteindre directement l'individu dans l'ordre juridique interne pour lui conférer des droits subjectifs. Ainsi, Reuter se situe dans une optique moniste : il soutient notamment que *“la réception ne transforme pas la nature de la norme internationale”*<sup>459</sup>. Il estime par ailleurs que *“les principaux sujets de droit international sont les Etats, les organisations internationales et les individus...”* mais aussi que *“insurgés, belligérants, nations, minorités, peuples peuvent être aussi titulaires d'une personnalité internationale”*<sup>460</sup>. Dès lors, les développements sur le premier critère sont rapides, voire inexistant. On pourrait presque considérer qu'il est présumé rempli, pour l'individu. La doctrine américaine, notamment, ne se penche guère sur cette première condition, privilégiant l'étude de la seconde. W. Bishop, par exemple, répond par l'affirmative aux questions qu'il se pose quant à la titularité de situations subjectives et à la capacité concomitante<sup>461</sup>. Considérant les personnes privées, il estime que *“it is clear that rights of individuals and corporations can be created by treaty, whether or not the individual has any international forum in which he may press his own claim for violations of these rights”*<sup>462</sup>. Plus loin, il énoncera aussi une timide capacité processuelle de l'individu.

Pour les auteurs les plus récents, le droit international positif semble montrer que cela va de soi. Tout comme le manuel de P. Daillier et A. Pellet considère que les personnes privées sont destinataires de normes internationales, et qu'il s'agit d'un *“phénomène en soi indiscutable à l'époque contemporaine”*<sup>463</sup>, G. Cohen-Jonathan assure que *“dans la plupart des instruments conventionnels, les titulaires des droits garantis sont avant tout les individus eux-mêmes. Le traité leur confère des droits internationalement définis”*<sup>464</sup>. F. Sudre, quant à lui, se veut plus démonstratif. Ainsi, il nuance le propos, estimant que la norme internationale n'atteint pas forcément l'individu dans l'ordre interne : *“la norme internationale n'atteint l'individu que si elle est individualisée”*<sup>465</sup>. Toutefois, il s'appuie sur l'avis consultatif de la CPJI dans l'affaire des tribunaux de Dantzig, pour en déduire que la

<sup>459</sup> P. Reuter, “Principes de droit international public”, *op.cit.*, p. 493.

<sup>460</sup> *Ibid.*, pp. 500-501.

<sup>461</sup> Si W. Bishop n'a pas été cité dans l'étude de la doctrine américaine, cela tient au fait qu'il se situe dans les deux attitudes décrites. Ainsi, il se déclare proche de la pensée de McDougal, qu'il considère comme *“our most stimulating innovator in international law science of the present time”*. Pourtant, sa propre pensée reste assez classique, notamment lorsqu'il étudie la personnalité juridique, à laquelle il attribue les critères traditionnels de titularité et de capacité. Voir W. Bishop, “General Course on Public International Law”, RCADI 1965-2, notamment pp. 161-162 et 251 s.

<sup>462</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>463</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, *op.cit.*, p. 651.

<sup>464</sup> G. Cohen-Jonathan, “Conclusions” du Colloque SFDI de Strasbourg, *op.cit.*, p. 104.

<sup>465</sup> F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 67.

Cour a reconnu un principe général, selon lequel les Etats peuvent souhaiter conférer des droits conventionnels aux individus <sup>466</sup>. Le lien direct entre individu et ordre international est donc, là encore, présumé.

S'il existe une possibilité théorique que l'individu soit destinataire de normes internationales, encore faut-il le démontrer par l'analyse de la pratique. Cela conduit certains à être plus circonspects quant à la réalité du droit positif, qui ne permet pas nécessairement de dégager une situation générale. C'est ainsi que P.M. Dupuy exprime sa réticence à adopter une attitude tranchée sur la question : *“dans le droit international contemporain, l'individu est ainsi à la fois titulaire de droits et d'obligations....Il s'agit dès lors d'une situation non encore pleinement stabilisée, insatisfaisante tant d'un point de vue logique ou théorique que matériel. Elle désigne cependant les termes d'une évolution perpétuellement en cours, dont il serait aussi abusif de surestimer la portée que de négliger les virtualités”* <sup>467</sup>. L'auteur préfère donc rester mesuré, d'autant plus que ce seul critère ne suffit pas à conférer la personnalité internationale à l'individu. Le second critère est ainsi le plus déterminant pour la position internationale de l'individu, et fait l'objet de développements plus importants.

## **2. Une reconnaissance hésitante de la seconde condition**

On peut souligner que, pour l'étude de cette seconde condition, les querelles d'écoles doctrinales et de principes laissent la place à une véritable analyse du droit positif. Le droit international aménage-t-il des possibilités d'action pour l'individu devant des organes internationaux ? L'individu peut-il violer le droit international et en répondre internationalement ? Ces procédures lui confèrent-elles une personnalité internationale ? De nombreuses pages ont été écrites sur la question, qui s'est posée de façon accrue depuis la naissance du droit international contemporain, en 1945. Dans la première moitié du siècle, quelques procédures exceptionnelles avaient été aménagées, qui permettaient à l'individu de posséder un certain droit de revendication au niveau

---

<sup>466</sup> CPJI, avis consultatif du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Recueil Série B, No. 15 : *“on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux”*. C'était aussi la position de Korowicz qui, en 1956, affirmait *“it is a well-established principle of international law that states may, by common agreement, recognize the international personality of individuals not only in their duties and responsibilities, but also in their capacity for international procedural action”*, in *“The problem of International Personality of Individuals”*, *op.cit.*, p. 561. Pour une interprétation contraire de l'arrêt de la CPJI, voir C. Santulli, qui soutient que *“ces règles ne sont pas les "règles" d'un traité, mais les règles internes adoptées "par les Parties" en exécution du traité qui avait un tel "objet"”*, in C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op.cit.*, p. 101 s.

<sup>467</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, 6<sup>ème</sup> édition, *op.cit.*, p. 209.

international<sup>468</sup>. Toutefois, les développements les plus significatifs pour une capacité processuelle individuelle sont récents. Ils se sont produits d'abord en matière pénale, avec les tribunaux militaires internationaux (TMI) de Nuremberg et de Tokyo. C'est ensuite en matière de droits de l'homme que le droit international a connu un essor très important : les conventions internationales en la matière ont souvent aménagé des mécanismes de contrôle et de surveillance dans lesquels l'individu possède plusieurs moyens d'action.

Plusieurs types de procédures internationales impliquent l'individu, en position soit de victime, soit de responsable. Dans le premier cas, les exemples les plus couramment étudiés sont les procédures ouvertes devant les deux cours européenne et inter-américaine des droits de l'homme, ou encore devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU. Toutefois, les procédures n'existent pas qu'en matière de droits de l'homme ; l'importance croissante du droit international économique en la matière est à noter. C'est ainsi que Seidl-Hohenveldern estime que *“le droit économique, entre autres, a contribué à dépasser cette notion étroite en ouvrant la subjectivité internationale aussi à des individus et à des entreprises. Tout traité qui concède des droits à un individu ne fait pas de celui-ci un sujet. Ce n'est le cas que si le traité concède à cet individu un droit de porter directement un recours devant un organe international, sans l'intercession de son Etat d'origine”*<sup>469</sup>. On peut ainsi citer le recours ouvert aux personnes privées, physiques ou morales, par le CIRDI. La multiplication contemporaine de ces procédures conduit alors G. Cohen-Jonathan, par exemple, à en tirer des conclusions positives pour les particuliers : *“il leur est souvent accordé la possibilité de faire valoir eux-mêmes la défense de leurs droits devant un organe international indépendant, ce qui leur octroie enfin, dans ces conditions, la qualité même limitée de sujet du droit international”*<sup>470</sup>. P.M. Dupuy en fait de même, soulignant que *“la personnalité de l'individu en droit international ne s'est pleinement affirmée qu'à partir du moment où des systèmes conventionnels ont*

<sup>468</sup> Pour une étude approfondie de ces procédures internationales, voir la thèse de S. Segal, *L'individu en droit international positif*, Librairie du recueil Sirey, 1932, 180 p. Dans cet ouvrage, trois parties sont consacrées à l'étude, d'une part de l'individu face aux juridictions internationales, d'autre part des procédures non juridictionnelles telle que le droit de pétition dans le cadre des mandats coloniaux, enfin de la protection des minorités (notamment dans le cadre de la SdN). D'un point de vue juridictionnel, il a existé pour l'individu des possibilités d'arbitrage international, mises en œuvre relativement fréquemment dès 1855. Les Tribunaux arbitraux mixtes (TAM) sont les plus couramment cités en exemple de recours individuels. Deux cours ont également été prévues, qui auraient ouvert un droit de recours individuel : la Cour des prises (en 1907) n'a jamais vu le jour, et la Cour de Justice Centre-Américaine fut un échec en raison d'une trop grande politisation. L'auteur souligne également que plusieurs projets ont existé qui proposaient l'ouverture d'un droit de recours individuel auprès de la CPJI, mais qui n'ont jamais été suivis d'effet. Ces différentes illustrations, si elles présentent un intérêt historique, n'ont ainsi qu'un caractère essentiellement virtuel, et ne seront pas développées ici. Voir *infra*, Partie III, Titre II, Chapitre II.

<sup>469</sup> I. Seidl-Hohenveldern, “International Economic Law. General Course on Public International Law”, *RCADI* 1986-3, vol. 198, pp. 31s. La traduction est de R. Kolb, *Les cours généraux de l'Académie de La Haye*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 747.

<sup>470</sup> G. Cohen-Jonathan, “Conclusions” du Colloque SFDI de Strasbourg, *op.cit.*, p. 104.

développé les "règles secondaires d'adjudication" (Hart) leur permettant de faire valoir leurs droits, y compris devant des instances non juridictionnelles"<sup>471</sup>.

Toutefois, si la réponse est positive, les conclusions qu'il convient d'en tirer par rapport à une personnalité internationale de l'individu sont timides. Au regard des procédures existantes, qui confèrent un droit actif de réclamation à l'individu, les auteurs n'en déduisent qu'une personnalité "limitée", exceptionnelle. En 1960, Sørensen adoptait une telle attitude, soulignant que "*il est toujours exceptionnel qu'un individu puisse saisir un organe international d'une plainte à l'occasion d'un acte contraire au droit international*"<sup>472</sup>. La situation n'aurait-elle pas évolué au XXI<sup>ème</sup> siècle ? La prudence est, en tout cas, toujours de mise. Elle peut toutefois s'expliquer, par le fait que l'ensemble des procédures citées sont issues de traités. Aucune règle coutumière de droit international n'accorde un *locus standi*, un droit général de réclamation internationale, à l'individu. On souligne ainsi fréquemment que le principe qui régit, en droit international général, l'action processuelle de l'individu, reste celui de la protection diplomatique. Selon ce mécanisme, l'individu désireux d'engager la responsabilité internationale d'un autre sujet international doit faire endosser sa réclamation par son Etat de nationalité. C'est alors le droit de l'Etat qui est mis en œuvre, et non celui de l'individu. Par conséquent, l'individu reste, en principe, dans une situation de dépendance envers l'Etat, et ne peut avoir de contact direct avec l'ordre juridique international. On a beau souligner fréquemment, en doctrine, les incohérences logiques de la "fiction de la protection diplomatique", elle demeure ancrée dans le droit positif et les esprits.

Lorsque l'individu se trouve en position, non plus de victime, mais de responsable, un principe équivalent est rappelé, qui effectue un retour sur son statut d'objet en droit international. Ainsi, lorsqu'il étudie les principes généraux relatifs à la responsabilité internationale, P.M. Dupuy semble considérer que "*au regard du droit international, en effet, une personne physique ou morale de droit interne ne peut elle-même accomplir de fait dommageable réalisant la violation d'une obligation internationale puisqu'elle n'est pas sujet de ce droit. Cette personne n'est pas considérée comme le destinataire de ses normes. On voit ainsi quelle est la fonction cardinale de l'imputation. Elle ne consiste pas seulement à désigner la personne qui "répond" du dommage subi par les tiers, elle fonde aussi le caractère **internationalement** illicite de l'acte en l'attribuant à un sujet de droit international*"<sup>473</sup>. Pourtant, par la suite, il souligne lui-même les développements récents qui vont à l'encontre de cette affirmation. Des procédures internationales existent bel et bien pour mettre en œuvre la responsabilité individuelle. Les TMI de l'après-guerre avaient déjà conduit nombre de commentateurs

<sup>471</sup> P.M. Dupuy, "Cours général de droit international public, l'unité du droit international", *op.cit.*, p. 110.

<sup>472</sup> M. Sørensen, "Principes de droit international public", *op.cit.*, p. 143.

<sup>473</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, *op.cit.*, p. 446.

à "saluer" l'avènement de l'individu, sujet de droit international. Il semble, en effet, que cet aspect de la capacité processuelle internationale de l'individu soit parfois considéré comme plus abouti que le précédent, et plus déterminant pour l'acquisition d'une personnalité internationale. Deux raisons peuvent justifier ce fait. D'une part, le droit international pénal est un droit coutumier, qui ne subit donc pas les mêmes critiques que les droits "procéduriers" de l'homme, de nature conventionnelle. C'est ce que semble impliquer P.M. Dupuy, lorsqu'il affirme que *"pour autant, on ne doit pas négliger l'apport substantiel de l'essor récent du droit international pénal (depuis le début des années 1990) à la confirmation de l'individu comme un sujet de droit international, au delà même de tout cadre conventionnel, donc, en droit international coutumier"*<sup>474</sup>. D'autre part, la seconde raison tient au développement institutionnel récent de l'ordre juridique international. La mise en œuvre internationale de la responsabilité pénale individuelle n'est ainsi plus une véritable exception, comme on pouvait l'affirmer il y a cinquante ans. La création des TPI, puis celle de la CPI, renforcent l'idée d'une personnalité individuelle dans la conscience doctrinale. Il s'agit là en effet de procédures réellement juridictionnelles, à vocation universelle pour la dernière née, et qui plus est, en vertu d'un droit international général. Ce sont là trois raisons déterminantes, semble-t-il.

Ainsi, les débuts d'une responsabilité pénale internationale de l'individu remontent à une époque récente ; c'est une responsabilité balbutiante, dont les fondements théoriques ne sont pas encore véritablement analysés ni stabilisés. Toutefois, que ce soit sous un angle actif ou passif, la réponse quant à une capacité processuelle internationale de l'individu semble, dans l'ensemble, positive. Pourtant, la doctrine n'affirme que discrètement une véritable personnalité internationale de l'individu, qui est encore loin de faire l'unanimité, même au sein de la partie doctrinale ayant choisi cette troisième approche. La réticence à reconnaître un autre sujet de droit international, placé à côté des Etats et des organisations internationales, est forte. Elle s'accompagne, en outre, d'une insistance certaine quant à la spécificité de cette personnalité juridique.

## **B. La spécificité de la personnalité internationale individuelle**

Par comparaison avec la personnalité juridique internationale des Etats et des organisations internationales, celle des individus, quoique reconnue ici dans son principe, est placée bien en deçà par la doctrine. Il s'agit, d'une part, d'une personnalité que l'on peut considérer comme dérivée et subsidiaire (1). D'autre part, d'après la doctrine la plus récente, il s'agirait d'une personnalité fonctionnelle et relative (2).

---

<sup>474</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p. 208.

### 1. Une personnalité dérivée et subsidiaire

Souligner à nouveau que seul l'Etat possède une pleine personnalité internationale peut sembler redondant. Toutefois, il est nécessaire d'insister sur ce fait, en ce qu'il détermine la capacité étatique de créer d'autres sujets de droit. La conséquence est donc claire : toute autre personnalité internationale dérive de la personnalité étatique. Tel est le cas pour les organisations internationales ; il n'en va pas autrement pour les individus : leur personnalité (en admettant qu'elle existe) est accordée, encadrée et maîtrisée par les Etats.

Ceux-ci choisissent de conférer des droits et obligations subjectifs internationaux aux particuliers. La CPJI en a tiré les conséquences lors de son avis consultatif sur la compétence de tribunaux de Dantzig de 1928, en exigeant, pour l'identification de ces droits internationaux, que l'on procède à une recherche de la "volonté des Parties" à un traité. En matière coutumière, l'*opinio iuris* remplit cette fonction. L'Etat, sujet de droit international, contrôle la personnalité individuelle dans son aspect quantitatif, celui de la capacité processuelle. L'individu ne peut, en effet, disposer d'aucune voie d'action internationale qui n'ait été décidée par l'Etat. Par conséquent, l'individu se trouve dans une double situation de dépendance quant à la possession d'une personnalité internationale. De par son lien de nationalité, dans un premier temps : le droit international considère l'individu avant tout en sa qualité de ressortissant d'un Etat. La mise en œuvre de ses droits et obligations passe par l'entremise de celui-ci ; de même, on a vu que la protection diplomatique reste un principe fondamental, qui oblige l'individu à passer par l'intermédiaire de l'Etat dont il possède la nationalité, afin de faire valoir un droit <sup>475</sup>. Dans un second temps, l'individu est placé dans une situation de forte dépendance par rapport à la structure institutionnelle de l'ordre juridique international, également déterminée par les Etats. Ce sont eux qui créent les juridictions, les organes, les procédures internationales par lesquels l'individu peut être considéré comme "acteur" juridique international. C'est ainsi que Sørensen, parmi bien d'autres, souligne, après avoir admis notamment la responsabilité internationale de l'individu, que "*si ces constatations justifient la conclusion que l'individu est sujet de droit international, il faut ajouter que ce n'est que dans le cadre de limites rigoureusement tracées*" <sup>476</sup>.

Une conséquence de cette dépendance (peut-être la plus importante) est que la personnalité juridique internationale individuelle peut être considérée comme subsidiaire. Bien que le terme soit rarement utilisé en doctrine, son emploi semble

<sup>475</sup> Outre que la fiction de la protection diplomatique est parfois contestée, un bémol peut être apporté à la dépendance de l'individu envers l'Etat : en matière de droits de l'homme, les conventions internationales le considèrent indépendamment de sa nationalité.

<sup>476</sup> M. Sørensen, "Principes de droit international public", *op.cit.*, p. 142.

justifié. En effet, l'individu est avant tout sujet de droit interne. Il s'agit d'une règle établie en droit civil que toute personne "naît" sujet de droit. Leur éventuelle personnalité internationale ne fait que se superposer à la première : elle s'y ajoute et n'intervient que dans un second temps. Au contraire, les organisations internationales sont sujets de droit international avant d'être sujets internes. L'ordre juridique international est celui qui les voit naître. Ce n'est que plus rarement qu'elles exercent une activité dans un ordre juridique étatique. Pourtant, elles possèdent bien cette double personnalité, à la fois interne et internationale. Il peut donc, théoriquement, en aller de même pour l'individu. Ainsi, sa personnalité interne est primaire, originaire, alors que sa personnalité internationale ne serait que secondaire. C'est pourquoi la doctrine minimise la réalité de cette dernière : c'est dans le degré d'affranchissement de l'individu envers cette dépendance étatique qu'elle est affirmée. Cela ne peut qu'évoquer le cas des organisations internationales, pour lesquelles l'autonomie juridique envers les membres étatiques créateurs est un indice déterminant.

Quelle est alors l'utilité de concevoir une telle personnalité internationale, si l'individu est déjà sujet de droit interne ? Le principe de subsidiarité signifie, en droit communautaire, l'exercice secondaire de compétences exercées au niveau supra-étatique lorsque l'Etat ne les assure pas ; la personnalité internationale individuelle pourrait être conçue de la sorte : elle vient combler un manque, lorsque la personnalité interne ne joue plus son rôle, qu'elle est inutile, inefficace ou inadéquate. C'est alors, peut-être, ce qui permet à la doctrine de parler de personnalité "fonctionnelle".

## ***2. Une personnalité fonctionnelle et relative***

Depuis l'avis de la CIJ de 1949, il a été possible de reconnaître l'existence d'une personnalité internationale fonctionnelle, distincte de celle de l'Etat. Si l'avis portait sur l'identification de l'organisation internationale comme sujet de droit international, il peut néanmoins fournir des critères généraux pour un ensemble de sujets dits "dérivés". Certains auteurs estiment donc que la personnalité internationale de l'individu est également fonctionnelle. Ainsi, P.M. Dupuy soutient que, quel que soit le sujet considéré, "*l'étendue de la personnalité juridique peut varier en fonction d'un critère fonctionnel... Ainsi, de même que la fonction crée l'organe, elle dessine les contours de la personnalité juridique ; elle désigne le nombre et la nature des capacités possédées par l'entité considérée*"<sup>477</sup>. Cette dernière partie de l'affirmation semble donc bien signifier que la fonction même de toute personnalité juridique est d'attribuer des capacités destinées à permettre au sujet d'exercer ses droits subjectifs. Sa fonction varie donc selon la nature des droits ou des

---

<sup>477</sup> P.M. Dupuy, "Cours général de droit international public, l'unité du droit international", *op.cit.*, p. 108.

obligations dont le sujet est titulaire. Tout sujet de droit devrait ainsi posséder au moins une capacité.

Quelle serait alors la fonction de la personnalité internationale individuelle ? On peut penser que celle-ci est attribuée pour deux raisons principales. D'une part, elle est conférée essentiellement dans un but de protection de la vie et de la dignité humaine, que ce soit dans l'ordre interne ou international. Cela justifie l'importance des normes en matière de droits de l'homme ou de droit humanitaire destinées à l'individu. Le droit pénal international, par ailleurs, a aussi pour objectif, non seulement de réprimer, mais aussi de dissuader les atteintes graves contre "l'humanité". D'autre part, la personnalité internationale sert éventuellement à permettre à l'individu d'exercer une activité économique, marchande, en relation avec d'autres sujets internationaux. Le droit international économique est ainsi l'une des branches du droit international qui concerne le plus directement les personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales. On peut d'ailleurs rappeler que c'est en matière de commerce qu'un droit international de la protection des étrangers a commencé historiquement à se développer.

La position de P.M. Dupuy quant à la fonctionnalité de la personnalité juridique n'est pas isolée : G. Cohen-Jonathan soutient également cette thèse, et remarque que *“bien entendu il ne s'agit pas de conférer à l'individu une capacité juridique générale comparable à celle de l'Etat, mais une capacité fonctionnelle et limitée, affectée à des fins déterminées. Parmi ces fins se trouvent, au-delà des contrats d'Etat, la défense par l'individu de ses libertés ou la sanction de ses obligations devant un organe international”*<sup>478</sup>. Il faut reconnaître que cette position, qui étend les conclusions de l'avis de 1949 aux individus, ne fait pas l'unanimité<sup>479</sup>. Cependant, le droit international semble évoluer dans le sens d'une plus grande prise en compte de l'être humain, ne serait-ce que par les nombreuses déclinaisons de la notion de développement durable, en matière de droit social international, ou de droit de

<sup>478</sup> G. Cohen-Jonathan, "Conclusions" du Colloque SFDI de Strasbourg, *op.cit.*, p. 335. C'est nous qui soulignons.

<sup>479</sup> C'est pourquoi l'on reste ici dans les limites des auteurs appartenant à cette troisième position. Il existe en effet une autre tendance doctrinale qui considère que la personnalité internationale individuelle ne peut être fonctionnelle. C'est ainsi le cas d'A. Pellet. Evoquant la personnalité internationale de l'individu, qu'il accepte, il affirme cependant que *“cette personnalité s'apparente à celle des organisations internationales dans la mesure où elle est dérivée de la volonté de l'Etat (...) Elle en diffère cependant à deux points de vue : d'une part, il n'est pas possible de la qualifier de fonctionnelle : les particuliers ne sont pas investis d'une mission internationale et leur capacité d'agir internationalement est limitée à celle qui est précisément prévue par les instruments l'organisant”*, in A. Pellet, “Le droit international à l'aube du XXIème siècle”, in *Cursos de Derecho Internacional*, 1997-1, p. 94. Si l'on comprend par "mission" la poursuite d'un d'intérêt général, public, certes on ne peut qu'affirmer que l'individu ne poursuit qu'un intérêt privé, même s'il est parfois collectif. Toutefois, n'est-il pas possible d'accepter la théorie selon laquelle l'individu lui-même participe à une mission internationale de protection des droits de ses semblables ? En outre, l'auteur affirme lui-même que la capacité internationale de l'individu est limitée : n'est-ce pas une limite tenant, justement, à ce caractère fonctionnel, tout comme les organisations internationales sont soumises au principe de spécialité ?

l'environnement. Qu'elle constitue un phénomène de mode ou "durable", la question ne peut être résolue sans entrer dans une démarche futuriste ; elle implique peut-être, là aussi, une plus grande responsabilisation (mise en œuvre au niveau international) de chacun. Par ailleurs, il ne faut pas oublier le sens de l'affirmation de la CIJ, selon laquelle les sujets ne sont pas tous identiques et "*leur nature dépend des besoins de la communauté internationale*"<sup>480</sup>. C'est alors avec la prise en compte de la relativité de ces besoins que peut être appréhendée la notion de personnalité internationale individuelle.

On peut ainsi conclure de ces regards doctrinaux récents que la personnalité individuelle, selon cette troisième conception, est non seulement fonctionnelle mais aussi relative. Elle est relative, de par son champ d'application : il est fréquemment souligné que la personnalité individuelle est exceptionnelle car elle ne peut exister que dans certaines branches du droit international, telles que celles citées précédemment : droits de l'homme, droit pénal, droit économique, n'en sont pas moins des parties considérables du droit international. L'exclusion de normes destinées aux individus en matière de droit de la responsabilité internationale (sauf pénale, bien sûr), ou de droit des relations diplomatiques, ou encore du droit des traités, trois domaines étatiques par excellence (d'origine coutumière qui plus est), conduit certains à nier une personnalité individuelle en vertu du droit international général. Sudre lui-même demeure prudent, affirmant que "*les individus peuvent être des sujets du droit international et européen des droits de l'homme, mais qu'ils sont toujours des sujets mineurs*"<sup>481</sup>. On pourrait aussi affirmer le caractère relatif de cette personnalité, en raison de son opposabilité limitée, au contraire du caractère "objectif" de la personnalité des organisations internationales<sup>482</sup>. Dérivant de la volonté étatique, elle ne peut guère s'imposer à eux sans leur consentement.

Les auteurs soutenant cette dernière conception de la personnalité juridique internationale, notamment dans son application au cas de l'individu, paraissent représenter un courant doctrinal qui se développe. Certes, il demeure des dissensions doctrinales quant à l'exigence ou non d'une capacité dans la personnalité internationale, ainsi que sur la question de savoir quelles capacités on doit inclure. Néanmoins, cette dernière position, intermédiaire, semble rallier de nombreux avis. En outre, il faut souligner qu'il s'agit d'auteurs récents pour la plupart. Une évolution doctrinale

<sup>480</sup> CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *op.cit.*, p. 178.

<sup>481</sup> F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 69.

<sup>482</sup> Sur ce point, A. Pellet exprime en revanche l'opinion inverse et considère la personnalité individuelle comme "objective" : le second point de distinction, selon lui, entre personnalité individuelle et personnalité de l'organisation internationale, porte sur ce caractère objectif : *d'autre part, il apparaît, à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle, que, comme celle des organisations internationales, la personnalité juridique internationale des individus est "objective" aussi en ce sens qu'elle s'impose aux Etats, même contre leur volonté, mais pour des raisons en partie différentes* : A. Pellet, "Le droit international à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle", *op.cit.*, p. 94.

majoritairement en faveur de positions intermédiaires peut alors être discernée. Toutefois, elle est largement inachevée.

## ***II. Le développement des positions intermédiaires : une évolution doctrinale inachevée***

On assiste ainsi à un mouvement doctrinal qui tend vers une définition intermédiaire de la personnalité juridique internationale, ainsi qu'à une appréciation mesurée de la personnalité individuelle. Cette évolution doctrinale prend de l'ampleur et concerne bon nombre d'auteurs contemporains. Toutefois, face aux deux autres positions doctrinales qui envisagent le sujet de droit comme destinataire ou comme auteur de normes, cette troisième approche contient des incertitudes persistantes. Le concept de sujet de droit qu'elle développe ne connaît pas de contours nettement définis (A). Cela comporte nécessairement des conséquences quant à l'appréciation de la position internationale de l'individu, par le biais de ce concept : bien que les réponses soient mesurées et, dans l'ensemble, plutôt positives, elles contiennent aussi des incertitudes persistantes quant aux critères d'une éventuelle personnalité internationale individuelle (B).

### **A. Des incertitudes persistantes quant au concept de sujet de droit international**

D'un point de vue théorique, le choix d'une définition intermédiaire peut s'expliquer par plusieurs raisons, qui sont fonction des regards portés sur l'évolution récente de la société internationale et des règles qui la régissent. On peut expliquer les tenants et les aboutissants de cette définition afin de la situer dans un mouvement doctrinal qui évolue (1). L'évolution paraît inachevée et le choix reste à conceptualiser davantage. Un blocage nous semble provenir de l'emploi du terme de "sujet-acteur" dont la signification est bien trop vague. Introuvable dans les dictionnaires et lexiques juridiques, un terme générique représentatif de cette troisième définition peut alors être recherché ailleurs. C'est ainsi qu'après avoir parcouru divers domaines scientifiques (qu'il s'agisse de sciences exactes ou sociales et humaines), on peut proposer d'inclure dans le champ juridique un terme qui lui est pour l'instant largement étranger : il s'agit de l'opérateur juridique, expression qu'il conviendra bien sûr d'expliquer en détails (2).

#### ***1. Les tenants et aboutissants du choix d'une définition intermédiaire***

La doctrine internationaliste récente semble marquée par un double mouvement. D'un côté, les *a priori* dogmatiques qui pouvaient marquer les écoles doctrinales classiques semblent, sinon disparaître, du moins s'atténuer fortement ; on ne défend plus de "valeurs" idéologiques, au profit d'une attitude qui se veut strictement positiviste, dans le sens d'une simple description du droit existant (a). En

parallèle se développent donc des attitudes pragmatiques dont le but est, peut-être, de contribuer à renforcer l'efficacité d'un droit international encore décrié en tant que science juridique (b). Ces deux mouvements peuvent ainsi s'observer en matière de personnalité juridique internationale.

a. Les tenants : la fin des dogmatismes, l'ère du pragmatisme ?

Il ne s'agit là que d'une interrogation, sur une évolution qui semble réelle mais non encore véritablement aboutie. La théorie juridique, comme les présupposés idéologiques qui la sous-tendent, semble se teinter de plus en plus de nuances. Cela est illustré, à propos des sujets de droit, par les discours relatifs aux rapports de systèmes, ou au rôle de l'Etat dans l'ordre international et à la conception de la souveraineté.

Quant aux rapports de système, monisme et dualisme ne font plus recette. On préfère étudier l'applicabilité directe, l'effet direct, et les différentes modalités pratiques d'intégration des normes internationales en droit interne. Pendant que P. Daillier s'interroge sur la pérennité du débat entre monisme et dualisme, S. Laghmani affirme que *“tous ces éléments posent les rapports entre droit international et droits internes en termes nouveaux. Analyser ces rapports en termes de système n'a plus d'intérêt heuristique. La présence voire l'omniprésence du droit international en droit interne s'accommode aussi bien du monisme que du dualisme”*<sup>483</sup>. Ici et là, les manuels soulignent qu'en pratique, le droit international est indifférent à la question. Les auteurs semblent prendre conscience et déplorer un décalage trop important entre les mots et les conduites, entre les principes doctrinaux et le droit international positif. La technique prend alors le pas sur la théorie.

On assiste ainsi à une internationalisation du droit interne, à un développement quantitatif de ce que certains nomment les "normes internes d'origine internationale". Parallèlement, un mouvement d'externalisation d'un droit interne qui se veut extraterritorial se fait sentir : les ordres juridiques, internes et international, se mêlent. Cela conduit la doctrine à porter un regard différent sur la souveraineté étatique. Ainsi, d'un côté on annonce, probablement à tort, la mort de l'Etat et de sa souveraineté. Quoiqu'il en soit dans les faits, cela démontre une certaine réalité : la puissance étatique n'est plus absolue, devant davantage composer avec celle des autres acteurs, étatiques ou non étatiques. Les positions soviétiques, ou encore les revendications du Tiers-monde, usant de la souveraineté comme d'un bouclier, sont tombées en désuétude. D'un autre côté, il faut relativiser les extrêmes, et reconnaître que la souveraineté demeure le pilier de la société internationale. Ainsi, *“loin d'être un obstacle à la création et au*

---

<sup>483</sup> S. Laghmani, "Droit international et droits internes : vers un renouveau du jus gentium?", in R. Ben Achour et S.Laghmani (ss la dir. de), *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres internationales de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone, 1998, p. 41.

*développement du droit international, la souveraineté constituée, du fait de son égale diffusion entre les Etats, la cause première de ce droit*”, affirme P.M. Dupuy<sup>484</sup>.

Cette nouvelle conception d'une souveraineté désormais relative, quelque peu dématérialisée, conduit également à une appréciation moins conflictuelle des rapports entre souveraineté et individu<sup>485</sup>. La contradiction entre souveraineté et position internationale de l'individu existe toujours : elle est présente à travers les nombreuses manifestations de "l'écran étatique". Toutefois, loin d'être une contradiction insurmontable, elle est gérable. Dans les années 1960, on pouvait encore soutenir que *“toute évolution tendant à admettre l'individu comme sujet de droit international aura comme contrepartie un affaiblissement de l'autorité de l'Etat”*<sup>486</sup>. Aujourd'hui, une autre tendance affirme que la souveraineté étatique peut fort bien s'accommoder de la présence d'autres sujets internationaux, sans disparaître pour autant. Depuis 1945, le droit international a peu à peu permis à l'individu de sortir du strict cadre étatique : le rétrécissement du domaine réservé en est la conséquence, bien que certaines questions, notamment celles relatives à la nationalité, demeurent dans cette compétence étatique.

Finalement, les thèses extrêmes développées au début du siècle semblent obsolètes. Les grandes querelles doctrinales, telles que celle qui a pu exister entre Burdeau et Scelle, sur la nature de l'ordre juridique international et de ses sujets, se font de plus en plus rares. On ne soutient plus, comme Scelle, que l'individu est seul sujet de droit international ; on n'affirme plus, comme les Soviétiques, que seul l'Etat peut exister en droit international. On tente de résoudre paradoxes et contradictions par des voies alternatives. Bien que la généralisation soit quelque peu caricaturale et mérite certainement d'être nuancée, on peut estimer que le pragmatisme règne sur la théorie de la personnalité internationale.

Ce pragmatisme marque la doctrine contemporaine, tant dans ses choix théoriques que dans ses analyses pratiques. Ainsi, pour définir la personnalité juridique internationale, les choix extrêmes sont d'abord réfutés, puis nuancés par le choix d'une troisième voie intermédiaire. La définition de la personnalité comme simple titularité de droits subjectifs paraît insuffisante, alors que le sujet perçu comme auteur de droit paraît irréaliste, trop exigeant. C'est ainsi que l'on parvient à la définition intermédiaire qui implique deux conditions, l'une relative à la titularité, l'autre relative à la capacité d'agir, dans un sens processuel. Ce pragmatisme marque depuis longtemps l'école

<sup>484</sup> P.M. Dupuy, “Cours général de droit international public, l'unité du droit international”, *op.cit.*, p. 96.

<sup>485</sup> Voir par exemple H. Ruiz Fabri, “Immatériel, territorialité et droit”, *APD* vol. 43, 1999, pp. 187-212.

<sup>486</sup> M. Sørensen, “Principes de droit international public”, *op.cit.*, p. 144.

américaine, comme on a pu le constater. Aujourd'hui, la doctrine européenne semble davantage qu'auparavant portée vers cette attitude consensuelle.

Dans l'appréciation du cas individuel face au droit international, les auteurs tentent désormais d'obtenir des solutions fidèles à une réalité (même insatisfaisante), plutôt que d'offrir des réponses de principe. L'exemple du "sujet international d'origine interne" l'illustre bien : ni totalement cantonné dans l'ordre interne, ni totalement impliqué dans l'ordre international, l'individu se trouve dans une position floue, à mi-chemin. Une attitude fréquente de la doctrine consiste à préférer un "ni oui, ni non" plutôt que d'effectuer une analyse approfondie qui nécessiterait, peut-être, de renouveler la notion de sujet de droit international.

Cette évolution que l'on croit discerner dans la doctrine récente s'explique, d'une part, par l'évolution incontestable de l'ordre juridique international. Si la majorité doctrinale opte pour des positions intermédiaires quant à la personnalité internationale individuelle, c'est en raison de la complexité croissante de la société internationale, de ses acteurs et de son droit. L'augmentation quantitative des normes internationales, de leurs sources, la dilution de leur "seuil de normativité", procède d'une multiplication des acteurs impliqués, d'une façon ou d'une autre, dans leur élaboration. Dans le contexte du droit international classique, la situation de l'individu paraissait plus claire : le droit international positif ne lui accordait que peu d'intérêt. La doctrine portait alors des regards à la fois plus simples et plus tranchés sur la question, selon que sa préférence allait à la *lex lata* ou à la *lex ferenda*. Puis, "*lorsque est apparue l'ambition de faire du droit international une science sociale, l'internationaliste a eu à séparer en lui le moraliste du savant. La description du droit existant, par opposition à celui qui apparaissait souhaitable, s'est imposée comme la première tâche du juriste. Quand celui-ci s'écartait de l'analyse du réel pour entamer celle du désirable, il ne devait pas manquer d'avertir son lecteur de ce changement*"<sup>487</sup>. Or, le droit international positif semble beaucoup plus complexe et nuancé que les concepts qui l'expriment : il est parfois hermétique à toute conceptualisation, qui produit sur lui un effet de simplification et donc de déformation. Les concepts juridiques doivent refléter

---

<sup>487</sup> G. de Lacharrière, "La réglementation du recours à la force : les mots et les conduites", in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, méthodes d'analyse du droit international*, Mélanges Ch. Chaumont, Paris, Pedone, 1984, p. 361. L'auteur explique que "*on ne peut cependant, du point de vue des rapports entre les mots et la conduite, s'empêcher d'observer que la convention est un instrument qui, par définition, permet de déclarer que le droit existe sans avoir à démontrer une pratique conforme au moment de la formation de ce droit. La convention est une action sur les mots et par les mots qui est supposée produire ultérieurement une action correspondante sur les conduites. Mais le droit défini par elle est du droit positif même si les conduites ne suivent pas. Lorsque la mise en œuvre de la convention n'est contrôlée par aucun mécanisme ou lorsque le mécanisme prévu ne fonctionne pas correctement, les conditions se trouvent réunies pour qu'on ait un exemple particulièrement net de décalage entre le droit très officiellement positif et les conduites les plus aisément constatables*" (p. 356). La critique de Lacharrière ne porte donc pas sur le décalage entre les concepts définis par la doctrine et le droit positif, mais sur le droit positif lui-même : ce qu'il exprime, par exemple en droit de la paix, ou en droit du développement, ne correspond pas toujours aux conduites étatiques. Sa réflexion porte ainsi sur le manque d'effectivité du droit international. Le même décalage peut toutefois être remarqué entre les concepts et le droit positif qu'ils sont censés représenter.

le droit positif, sans tomber dans un excès de confusion, d'élargissement, sous peine de créer des catégories "fourre-tout" qui ne présentent plus guère de signification. Toutefois, pour l'appréciation de la personnalité internationale de l'individu, le droit international devient de plus en plus ambigu et son interprétation difficile. Cela est dû à l'essor de phénomènes, "para-juridiques" pour certains, "droit mou" pour d'autres, au développement de "zones grises" : l'individu, pour beaucoup, se trouve sur une frontière, non seulement entre deux sortes d'ordres juridiques, mais aussi entre le droit et le non-droit.

C'est pourquoi cette troisième définition de la personnalité juridique internationale présente des avantages certains. Le pragmatisme dont elle est empreinte révèle une volonté d'effectivité dans l'approche du concept. Il faut renforcer le lien entre les mots et les conduites, comme l'exprimait G. de Lacharrière. Le développement d'une conception "fonctionnelle" de la personnalité juridique participe de cette tentative : de façon générale, à quoi sert la personnalité juridique ? Si personnalité juridique internationale il y a pour l'individu, à quoi peut-elle servir ? Est-il utile de redéfinir la notion générale pour y inclure l'individu ? Permet-elle de mieux refléter sa situation réelle ?

Ce besoin d'effectivité explique ainsi qu'on implique la capacité processuelle internationale dans la définition de la personnalité juridique. Elle permet en effet de prouver plus facilement que l'individu s'affranchit de l'écran étatique. Exiger la réclamation internationale directe permet de franchir la médiation étatique, au contraire du seul critère de la titularité, dont on a perçu la complexité en termes de lien direct entre sujet interne et ordre international. Toutefois, ce pragmatisme entraîne des insatisfactions chroniques. En effet, il a d'abord conduit les auteurs à employer un terme dont la signification n'est pas, à proprement parler, juridique : l'acteur international ne satisfait pas les juristes, et ceux-là mêmes qui l'emploient semblent le faire par défaut.

#### b. Les aboutissants : l'insatisfaction face au terme d'acteur juridique

A chacune des trois définitions du sujet de droit correspond un terme qui vient préciser l'approche envisagée. Le premier type de sujet de droit est ainsi un "sujet-destinataire", le second étant "sujet-auteur". Or, si ces deux termes reflètent bien les critères de définition choisis, le troisième est largement criticable. La troisième approche doctrinale, qu'on a qualifiée d'intermédiaire, n'utilise en fin de compte que le terme "sujet-acteur" pour signifier la capacité d'agir "processuelle" (ce dernier terme prêtant aussi le flanc à plusieurs interprétations). L'emploi de ce mot, même accompagné de l'attribut "juridique", est contestable pour plusieurs raisons. D'ailleurs, la doctrine exprime régulièrement son insatisfaction. On se rappelle la critique de

P.M. Dupuy envers l'emploi inconsideré de ce terme par la doctrine anglo-saxonne <sup>488</sup>. On peut également souligner celle de A. Pellet, qui considère les positions théoriques de R. Higgins et pratiques de P.M. Dupuy comme trop timides <sup>489</sup> : caractériser des personnes (physiques ou morales) d'acteurs peut sembler être un moyen diplomatique d'éviter d'approfondir une réflexion en termes de personnalité juridique.

En effet, le terme "acteur" est peu significatif et ne remplit pas sa fonction de représentation conceptuelle. D'une part, comme on l'a déjà remarqué, il est emprunté au domaine des relations internationales et ne possède pas de sens juridique précis. L'acteur international est celui qui fait sentir sa présence sur la scène politique internationale, qui y joue un rôle, qu'il soit actif ou passif. Il s'agit d'un terme vague, beaucoup plus large que celui de sujet de droit. Mot passe-partout, il est utilisé généralement lorsqu'on ne sait pas réellement comment qualifier une entité. D'autre part, même si l'on voulait lui conférer une véritable signification juridique, il ne correspondrait pas fidèlement à cette troisième approche de la personnalité juridique. En effet, acteur vient du latin *actor*, "qui agit". Toutefois, son premier sens historique, qui remonte au 13<sup>ème</sup> siècle, l'entendait comme "auteur". On peut y voir un double inconvénient. D'abord, c'est une déclinaison du verbe agir, qui connaît pas moins de trente synonymes, de "animer" à "sévir", en passant par "entreprendre", "exécuter", "entraîner", "œuvrer", "travailler", etc. Il s'agit donc d'un lexique bien trop étendu pour avoir une signification utile. "Agir" n'est pas un critère opératoire pour identifier une personne juridique. Ensuite, cela ne permet pas de distinguer l'approche intermédiaire de l'approche maximale du sujet de droit. Le "sujet-acteur" pourrait très bien englober le "sujet-auteur". Comme on a pu le constater avec la définition de la capacité d'agir, et comme on le constate à nouveau avec l'origine historique du mot "acteur", celui-ci peut se confondre avec la notion de création. L'"acteur juridique" ne peut être conceptuellement distingué clairement du créateur de droit. Or, le statut de sujet, tel que décrit par cette troisième partie de la doctrine, n'implique pas cette capacité normative.

Pourtant, le mot est utilisé couramment. Cependant, on lui accole d'autres termes, pour clarifier son sens. On peut trouver, pêle-mêle, "usager", "agent", "intervenant", "exécuteur", "facteur", etc. C'est le "participant" de McDougal, impliqué dans un processus de décision politico-juridique. En son temps, Scelle avait tenté une

<sup>488</sup> Voir *supra*, note 395.

<sup>489</sup> A. Pellet conteste ainsi les détours théoriques empruntés par R. Higgins. Quant à P.M. Dupuy, il conteste le résultat de son application d'une définition aux personnes privées. Il expose ainsi que, dans son étude de la personne privée, "*la doctrine - y compris la plus ouverte - continue de se montrer étonnamment timide à cet égard. Ainsi, Dame Rosalyn Higgins... démontre avec force que les individus ont des droits subjectifs étendus au regard du droit international, mais, pour leur faire place, elle se sent tenue de récuser la dichotomie traditionnelle entre "objets" et sujets"... De même, le Professeur Pierre-Marie Dupuy... refuse de voir dans les autres personnes privées, entreprises transnationales et ONG notamment, autre chose que des "acteurs des relations internationales". Ces timidités n'ont pas lieu d'être*" : A. Pellet, "Le droit international à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle", *op.cit.*, p. 98.

alternative, et proposé d'utiliser le terme "agent juridique" à la place de celui de sujet de droit. Il estimait en effet que le mot représentait mieux la capacité de vouloir un effet de droit. Il nous paraît doublement insatisfaisant. D'une part, il découle, une fois de plus, de la même racine, le verbe agir. Une fois encore, sa signification trop large (plus de 30 synonymes lui sont associés) pose problème. Le terme d'agent vient du latin *agens*, "celui qui fait une action". Un dictionnaire analogique donne deux significations à l'agent : il peut être une "personne qui agit pour autrui (représentant)", ou bien une "personne ou chose qui produit une action" ; dans ce second sens, l'agent devient alors synonyme de "cause, principe, moteur". La lecture d'un dictionnaire de synonymes montre que seul le premier sens est réellement retenu. En effet, à agent, on associe "employé, envoyé, exécutant, préposé, serviteur, délégué" etc. L'agent est donc le plus souvent celui qui agit pour une autre personne, employé d'un service public ou agent diplomatique... Or, ce n'est pas là ce que nous cherchons : la personnalité juridique conférée au sujet lui permet d'utiliser pour lui-même ses propres droits. D'autre part, le terme "agent" paraît insatisfaisant pour une raison extrêmement pragmatique : proposé il y a 60 ans, il n'a trouvé aucun écho dans la doctrine, qui lui a aujourd'hui préféré le terme d'acteur. Ce manque de succès est en lui-même significatif.

Plus récemment, on peut relever d'autres termes, notamment dans un cours de R. Ranjeva relatif aux "ONG et la mise en œuvre du droit international" : l'auteur y traite des "acteurs juridiques", des "agents d'impulsion" ou encore des "exécuteurs d'obligations internationales". Ainsi, il note que "*les principaux agents d'impulsion des relations internationales sont les Etats souverains et les organisations internationales, tandis que l'individu, timidement mais progressivement, a été considéré comme digne d'intérêt*"<sup>490</sup>. Etudiant le rôle collectif des individus au sein des ONG, il évoque le fait que "*de manière très discrète, l'ONG s'introduit dans le cercle des exécuteurs d'obligations internationales, c'est-à-dire des acteurs juridiques des relations internationales*"<sup>491</sup>. Il semble ainsi nettement distinguer le statut international des Etats et organisations internationales, sujets reconnus du droit international, de celui des ONG. L'assimilation entre acteur juridique et exécuteur d'obligations internationales pourrait alors s'inscrire dans cette troisième approche de la personnalité juridique. Toutefois, l'auteur ne précise pas le lien théorique qui pourrait être effectué avec la personnalité et évite l'expression "sujet de droit"<sup>492</sup>.

Un autre cours, professé à La Haye en 2002, s'inscrit dans la même logique. Analysant les rapports entre les "facteurs privés et le droit international public", E. Roucouas regroupe sous l'appellation "facteurs privés" les individus, personnes

<sup>490</sup> R. Ranjeva, "Les ONG et la mise en œuvre du droit international", *RCADI*, 1997, vol. 270, p. 20.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>492</sup> Il justifie cette attitude par son choix d'une approche phénoménologique plutôt que conceptuelle de l'ONG, disant qu'il "*s'agit d'étudier le rôle des ONG dans le processus et les mécanismes qui permettent d'atteindre l'effectivité du droit international*" : *ibid.*, p. 25.

physiques et morales, ainsi que les groupements de personnes, pour les distinguer des personnes publiques. Il précise qu'en "*sciences politiques on parle souvent à ce propos d'"acteurs non étatiques" et cette expression est maintenant de plus en plus utilisée en droit international, même par des tribunaux internationaux. On aurait donc pu se limiter aux acteurs non étatiques, mais ce terme n'est pas totalement l'équivalent de l'expression facteurs privés, puisque les organisations internationales sont également des acteurs non étatiques, tandis que notre propos se limite seulement aux acteurs non étatiques privés*"<sup>493</sup>. Par ailleurs, il a auparavant présenté sa définition du sujet de droit, comme titulaire de droits et obligations internationaux pouvant les faire valoir par des moyens appropriés<sup>494</sup>. Toutefois, s'il inclut l'individu dans une typologie de "sujets à statut différencié", il cherche avant tout à séparer personnes publiques et personnes privées. C'est ainsi qu'il estime qu'"en dépassant légèrement la typologie juridique traditionnelle nous pourrions regarder de plus près deux expressions de la même physionomie des facteurs privés dans les relations internationales, celle du **participant** et celle de l'**usager** du droit international ; cette perspective nous permettrait d'éviter la confusion habituelle entre la conception d'un individu porteur d'intérêts privés et d'un autre agissant dans l'intérêt public, et d'isoler ainsi les situations d'asymétrie, créées par des réseaux internationalement incontrôlables"<sup>495</sup>. On retrouve ainsi dans ces phrases un lien entre sujet de droit et acteur juridique, mais sans conceptualisation de ce lien. Or, si les sujets de droits peuvent être qualifiés d'acteurs internationaux, tous les acteurs ne sont pas sujets. Il faut donc délimiter cette catégorie de sujets de droit que l'on appelle aussi acteurs. Ainsi, il semble que les groupes terroristes ou les mouvements belligérants rebelles ne puissent être considérés comme sujets internationaux, alors qu'ils sont des acteurs dont l'action comporte une dimension indéniablement internationale. Une étude récente affirme que le Conseil de sécurité de l'ONU, lorsqu'il s'adresse à ces entités pour leur imposer des obligations, effectue une "prise en compte des divers acteurs dans un conflit sans produire un effet sur leur statut juridique"<sup>496</sup>. A travers ses résolutions, il leur réclame le respect de normes internationales humanitaires, et peut également leur infliger des sanctions, telles que gel des avoirs, embargos, ou interdiction de voyages. On peut alors les considérer comme des destinataires de normes internationales. Toutefois, il est affirmé que le Conseil n'entend pas, par ses résolutions, légitimer ces entités non étatiques en tant que sujets, si elles ne possèdent pas ce statut par ailleurs.

<sup>493</sup> E. Roucouas, "Facteurs privés et droit international public", *op.cit.*, p. 68.

<sup>494</sup> Voir *supra*, note 401.

<sup>495</sup> *Ibid.*, p. 389. Par "participant", il fait référence au terme choisi par McDougal et repris par R. Higgins. Par "usager", il renvoie à Virally : "*M. Virally... parlait effectivement de l'usager du droit international, sujet de droit ou praticien, pour signaler que l'homme devient de plus en plus, par les organisations qu'il crée, un acteur de la vie internationale*"(p. 69). C'est l'auteur qui souligne.

<sup>496</sup> Voir J.L. Florent, "Le Conseil de Sécurité et les destinataires non étatiques des résolutions", in SFDI, Colloque du Mans, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005.

Que cherche-t-on vraiment à signifier, par l'emploi des termes participant, usager, etc. ? Quel est leur lien avec le sujet de droit ? Dans ce troisième chapitre, on représente, par la notion de personnalité juridique, une action, mais pas n'importe laquelle. Il s'agit davantage d'une action efficace que d'une action normative. L'action du sujet de droit doit produire un effet juridique ; le sujet cherche à obtenir un résultat : celui auquel il parviendra s'il peut "mettre en œuvre" ses droits. On ne suppose donc pas de sa part qu'il ait tout pouvoir sur la création de ses droits, ni même qu'il ait nécessairement les moyens de les faire respecter dans leur intégralité. Cependant, cela suppose une volonté minimale d'obtenir concrètement des effets de la possession des droits dont il sait être titulaire, même s'il n'en maîtrise pas l'étendue et la teneur.

Comment obtenir un terme qui effectuerait un lien plus significatif entre acteur juridique et sujet de droit, entre les approches américaine et européenne du concept ? D'une part, en effectuant un retour au français courant. Les dictionnaires de synonymes, étymologiques et analogiques sont ici d'une aide précieuse. En effet, on ne cherche pas un néologisme, mais un vocable qui, même non juridique, pourrait le devenir. D'autre part, en parcourant le vocabulaire utilisé dans d'autres sciences, à la recherche d'un éventuel "emprunt". De cette double démarche, on a retenu l'unique terme d'opérateur.

## *2. Du "sujet-acteur" juridique au "sujet-opérateur" juridique?*

Bien que n'ayant pas de signification juridique immédiate, le terme "opérateur" pourrait contribuer à obtenir une définition opératoire du sujet de droit (a). Au-delà de cette définition, il peut permettre de situer la fonction de l'opérateur juridique international dans le processus normatif (distinct du processus de décision politique) international (b).

### a. Pourquoi l'opérateur ? Pour une définition opératoire du sujet de droit

Le sujet de droit envisagé dans ce chapitre est bien doté d'une capacité d'agir : capacité d'exercer ses droits, de les faire valoir, d'assumer ses obligations. Capacité processuelle, certes, elle n'est pas liée systématiquement à un procès. Si un dérivé direct du verbe agir, tel que "acteur", doit être évité, on peut tenter d'utiliser l'un de ses nombreux synonymes. Des termes déjà évoqués, tels que exécuteur ou participant, font ainsi partie de la longue liste de ces synonymes. Or, parmi la trentaine de verbes relevés, deux d'entre eux semblent se distinguer, en ce qu'ils sont susceptibles d'avoir un sens en droit : il s'agit de "procéder" et d'"opérer".

On a d'abord envisagé "procéder", puisqu'on a régulièrement fait référence à la capacité "processuelle". A son origine, au 13<sup>ème</sup> siècle, procéder signifiait "agir judiciairement", ce qui semble correspondre peu ou prou à la signification que certains

auteurs voudraient donner à la personnalité juridique internationale. Par ailleurs, un sens contemporain du verbe doit être évoqué : procéder a pour principal synonyme "se conduire". Or, cela implique une notion de comportement fort utile. En effet, le terme que l'on cherche doit éviter l'inconvénient que connaît celui de "destinataire" : trop passif, celui-ci sous-entend que les droits subjectifs sont octroyés par en haut, ce qui sape toute fonction de celui qui en est décrété titulaire. Un vocable dérivant du verbe procéder pourrait ainsi signifier à la fois cette capacité d'agir processuelle qui caractérise le sujet dans cette troisième approche de la personnalité, ainsi que, plus généralement, la volonté du sujet : déjà titulaire de droits et obligations subjectifs virtuels, il les rend effectifs par son comportement.

Pourtant, on rejettera cette hypothèse, pour deux raisons. D'une part, aucun substantif dérivé de "procéder" n'existe, qui pourrait être utilisé facilement. Parler de "sujet-procédure" ou de "sujet-processeur" n'aurait alors aucune signification immédiate. Le terme "processeur", seul existant, a pour unique définition celle que l'on connaît en informatique : c'est "l'organe destiné à interpréter et exécuter les instructions". Il n'a donc aucune signification proche du domaine juridique et nécessiterait donc une refondation bien plus large du champ lexical de la personnalité juridique. D'autre part, que l'on parle de "sujet-processeur", ou de "sujet-acteur processuel", ou encore d'"acteur procédural", toutes ces expressions contiennent, à notre sens, un inconvénient certain : celui de restreindre le sens de cette troisième conception de la personnalité juridique à son aspect judiciaire. La personnalité juridique ne se résume pas à un exercice judiciaire des droits et obligations subjectifs. Même si le sujet de droit international est doté d'une capacité processuelle, ce n'est pas sur le rapport avec un procès que nous voulons mettre l'accent, mais plutôt sur la capacité d'utiliser de façon efficace ses droits et obligations. S'il devait revêtir une dimension juridique, le terme de "processeur" nous paraît alors trop proche de la notion de procès.

En revanche, le verbe "opérer" pourrait bien être, justement, opératoire. Dans tout dictionnaire de langue française, opérer signifie, bien sûr, "agir", mais aussi "accomplir une action" et "produire un effet". Cela reste quelque peu imprécis, mais "procéder" ne se voit pas associer trente synonymes. Sa signification est donc bien plus restreinte que celle d'agir. C'est par les déclinaisons du verbe qu'on peut mieux en cerner le sens. Du verbe "opérer", on obtient "opérant", "opération" et "opérationnel", tous termes dont la fonction et la finalité reflètent l'efficacité. Il manque, en revanche, dans la plupart des dictionnaires, le terme d'opérateur. Celui-ci figure au Petit Robert (dans un sens médical), par exemple, mais pas dans les ouvrages analogiques, étymologiques ou synonymiques. Si l'on effectue une synthèse entre "opérant" (qui signifie "efficace"), opérationnel, (qui signifie "pour les personnes, capables d'agir"), et

opération ("action ou ensemble d'action accomplies en vue d'obtenir un résultat déterminé"), on peut affirmer que cette sémantique reflète l'efficacité. L'opérateur serait alors une personne capable d'agir efficacement dans le cadre de ses droits et obligations. Il se distingue du créateur, ce qui est justement ce que l'on cherche à obtenir. L'opérateur exécute, applique, mais ne crée pas les règles qui encadrent son activité. Le principal inconvénient du terme réside dans sa quasi-inexistence dans le domaine juridique. Mais des dérivés existent déjà : on connaît la distinction opérant-inopérant avec, par exemple, en contentieux administratif, la théorie des moyens inopérants<sup>497</sup>. On connaît aussi un quasi-néologisme, "opérateur", terme souvent accolé à celui de concept ou de notion : le concept opératoire est celui qui produit un effet utile.

L'opérateur est celui dont l'action est efficace. Le sujet-opérateur juridique serait alors celui qui, titulaire de droits et obligations, pourrait s'en servir utilement. Le terme n'est pas totalement inconnu en droit. Toutefois, s'il est employé çà et là, cela semble le fruit du hasard de vocabulaire. Il n'est en tout cas jamais défini. On peut notamment remarquer son usage par B. Conforti, dans son cours général de 1988 à La Haye. Son premier chapitre porte ainsi sur "droit international et opérateurs juridiques internes". Toutefois, il l'utilise pour caractériser des personnes précises, sans aucun lien avec le sujet de droit. En effet, il explique que *"selon nous, le rôle véritablement juridique du droit international se joue justement dans les ordres juridiques étatiques. La solution du problème du caractère obligatoire du droit international, ou mieux sa capacité de recevoir une mise en œuvre concrète et stable, ne peut que passer par ceux que l'on peut appeler les "opérateurs juridiques internes", c'est-à-dire ceux qui, au sein de chaque communauté étatique, ont institutionnellement la tâche d'appliquer et de faire respecter le droit, en premier lieu par les juges"*<sup>498</sup>. Si l'on approuve la fonction d'application, de "faire respecter" le droit, en revanche l'aspect institutionnel qu'il donne au terme ne correspond pas au sens qu'on lui impartit ici. Ses opérateurs juridiques internes sont les professionnels du droit, juges et autres fonctionnaires de l'Etat. Ce sont, en fin de compte, les organes étatiques chargés de l'application du droit international. Il est vrai que, dans le vocabulaire courant, l'expression "opérateur juridique" est parfois utilisée pour regrouper avocats, magistrats, ou encore services juridiques des administrations, par opposition aux citoyens. Elle est ainsi fréquemment employée en droit communautaire, notamment par le Parlement européen, qui connaît des opérateurs privés, publics, de réseaux, de télécommunications, pour désigner toute entreprise qui intervient sur un marché. Ainsi, dans le domaine européen, l'opérateur est le plus souvent "économique". Une directive européenne du 31 mars 2004 relative

<sup>497</sup> Il s'agit d'un moyen qui, même fondé juridiquement, ne produit aucun effet, parce que l'auteur de l'acte contesté ne pouvait prendre une décision différente. Cela intervient en matière de compétence liée de l'administration.

<sup>498</sup> B. Conforti, "Cours général de droit international public", *RCADI*, 1988-5, vol. 212, p. 25.

aux procédures de passation des marchés publics pose par exemple que l'opérateur économique "couvre à la fois les notions d'entrepreneur, de fournisseur et de prestataire de services"<sup>499</sup> : ce sont là des intermédiaires entre ceux qui établissent les règles à suivre et ceux qui contrôlent leur application. Ils n'appartiennent pas à la même catégorie.

On distingue aussi parfois entre opérateurs privés et opérateurs publics. Ainsi, un colloque récent de l'ENA, relatif à "l'impact de la LOLF (Loi Organique relative à la Loi de Finances) sur le pilotage des opérateurs de l'Etat", présente une définition de l'opérateur étatique. *"Un opérateur de l'Etat peut être défini comme une entité réalisant une mission de service public dans des conditions étroitement définies par l'Etat. En effet, les opérateurs n'ont pas la liberté de fixer les orientations de leurs actions, leurs objectifs et leurs modes d'intervention. Leur autonomie est le plus souvent limitée à la mise en œuvre des moyens alloués. ... Si l'opérateur est défini comme une entité qui met en œuvre des objectifs de l'Etat sous le contrôle de l'Etat, cet opérateur est tenu de rendre compte de ses actions, de leurs coûts et de leurs résultats"*<sup>500</sup>. Là encore, on peut apercevoir la distinction entre le normateur qui crée les règles et l'opérateur qui les utilise pour son action. En outre, celui-ci n'est donc pas qu'un destinataire passif, puisqu'il a capacité d'agir dans le cadre des règles qui le concernent. Cela peut correspondre au sujet de droit, tel que défini dans cette approche intermédiaire, ni simple destinataire, ni créateur de droit.

L'opérateur juridique se fait rare dans le vocabulaire doctrinal. Si l'expression est utilisée sans lien aucun avec la notion de sujet de droit, elle garde donc inévitablement un sens vague. On peut par exemple citer R. Kolb, qui l'emploie volontiers, avec une signification qu'on pourrait rapprocher de celle qu'on veut lui donner ici. Ainsi, dans un article portant sur les rapports entre "droit et valeurs", il fait intervenir l'opérateur juridique. Après avoir expliqué que le droit est toujours un miroir de valeurs, il prend comme exemple emblématique une Constitution nationale, reflétant des valeurs de légalité, d'égalité, de démocratie etc... Puis il affirme que *"en réalité, ces dispositions-valeurs forment le centre de gravité de l'ordre juridique, centre de gravité à partir duquel l'opérateur juridique tirera les concrétisations les plus diverses, en faisant "parler" ces normes dans les contextes infiniment variables de la vie sociale"*<sup>501</sup>. Si l'on ignore qui sont ces opérateurs qu'il évoque de façon volontairement abstraite, on peut toutefois remarquer qu'ils sont là pour "concrétiser" des normes, pour les "faire parler". Afin d'identifier davantage ce qu'est l'opérateur

<sup>499</sup> Directive du 31 mars 2004, disponible sur le site Internet [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>500</sup> Réponses de F. Mordacq, Directeur de la réforme budgétaire du MINEFI, Actes du colloque du 30 septembre 2003, p. 5, disponibles sur [www.ena.fr](http://www.ena.fr).

<sup>501</sup> R. Kolb, "Droit et valeurs : la réception de valeurs en droit", in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 21, 2002, p. 250.

juridique international, il peut être utile d'étudier sa fonction dans le processus normatif international, ainsi que sa place dans la structure de la société internationale.

b. Comment l'opérateur ? Sa place dans le processus normatif international

Comment réconcilier position américaine et position européenne par une approche juridique des acteurs internationaux ? La première considère les participants à la vie juridique internationale, impliqués dans un processus qui mène à une décision révélatrice d'un pouvoir : c'est le "world decision making process". Les phénomènes de pouvoir impliquent, dans l'étude de ce processus, des considérations sociologiques et politiques plus que des fondements juridiques solides. La position européenne envisage surtout la capacité de faire valoir des droits et des obligations juridiques. On peut alors tenter de mettre le "sujet" en perspective, dans le cadre d'un processus international strictement normatif. Face à un acte juridique, quelles sont les personnes impliquées dans la vie de cet acte, à quelle place ? Quelle est leur fonction ? Plusieurs sortes de participants interviennent dans le processus juridique. L'opérateur juridique, ou sujet du troisième type, est l'un d'entre eux et sa place doit être délimitée.

Ce processus s'articule de façon chronologique entre élaboration, application et contrôle (ou sanction, au sens large) de la norme. Toutefois, certains impliquent les opérations de contrôle dans la phase d'application ; le processus s'effectue alors en deux temps. Ainsi, comme l'affirmait Virally dans les premières phrases de son cours à l'Académie de la Haye, *"il y a plusieurs façons d'aborder l'étude du droit. La plus commune consiste à se placer du point de vue de l'"usager", sujet de droit ou praticien, donc de l'application... Une autre perspective est celle du législateur ou, plus largement, de la création du droit... Ces deux conceptions du droit ne sont pas antinomiques. Tout au contraire, elles sont complémentaires. Elles correspondent à deux activités juridiques différentes, mais également nécessaires et logiquement liées : l'application et la création de droit"*<sup>502</sup>. Dès lors, il faut identifier les "acteurs juridiques" participant à l'élaboration et ceux impliqués dans la phase d'application. En guise de préliminaire, on peut souligner que, si le créateur d'un acte juridique peut également participer à son application, celui qui applique l'acte n'est pas forcément son créateur : *"l'exécuteur de l'acte juridique n'en est pas l'auteur, comme le comédien n'est pas l'auteur de la pièce mais celui sans qui elle n'est pas jouée"*<sup>503</sup>. Le Dictionnaire de culture juridique distingue ainsi trois types de participants à l'acte juridique : *"l'auteur et le co-auteur font le contenu de la norme de l'acte et l'exécuteur fait l'effectivité de l'acte ; le perfecteur parfait l'acte"*<sup>504</sup>. Ainsi, la première personne impliquée dans ce processus est l'auteur,

<sup>502</sup> M. Virally, "Panorama du droit international contemporain", *RCADI* 1985, vol. 183, p. 25.

<sup>503</sup> C. Fauret, "Auteur, coauteur, perfecteur", in *Dictionnaire de culture juridique*, *op.cit.*, p. 109.

<sup>504</sup> *Ibid.*

entendu comme “*celui dont la volonté imprime à la norme de l'acte son contenu*”<sup>505</sup>. A l'autre extrémité du processus juridique se situe le perfecteur, qui “*n'intervient qu'après l'acte fait*”. L'ouvrage présente deux types de perfecteurs. D'une part, ceux dont la fonction est d'interpréter l'acte, qu'il s'agisse de l'interprétation fournie par le pouvoir exécutif (on pense à une circulaire interprétative, par exemple) ou par le pouvoir judiciaire. D'autre part, ceux dont la fonction est de rendre l'acte efficace, et il peut s'agir de celui qui procède à sa publication, ou à un acte d'homologation et de reconnaissance. Pour les premiers, “*l'interprétation de l'acte est une norme distincte et secondaire de la norme initiale qu'est l'acte interprété*” ; pour les seconds, “*avant son homologation, l'acte existe et est efficace*” : l'acte secondaire vient seulement renforcer son efficacité<sup>506</sup>. Le "perfecteur" intervient dans la phase "contrôle" de l'application du droit, tandis que l'auteur agit dans la phase d'élaboration normative.

Toutefois, ce n'est pas sur ces personnes, intervenant en début et en fin de processus, que l'accent doit être porté ici, mais bien sur celle qui intervient dans l'intermédiaire : la personne nommée "exécuteur" par le Dictionnaire de culture juridique. Néanmoins, si l'ouvrage développe le rôle des auteurs et des perfecteurs, il est fait peu de cas de l'exécuteur, dont on sait simplement qu'il “*ne détermine en rien le contenu de la norme*”<sup>507</sup>. On peut cependant reconnaître en lui le "sujet-opérateur", destinataire de normes qu'il applique, contribuant à leur effectivité, et doté de la capacité de déclencher un contrôle de leur application. Son rôle est déterminant dans le processus juridique, qui resterait sinon à l'état de virtualité.

En droit international, la distinction théorique entre ces personnes s'efface quelque peu, puisqu'une entité est susceptible de cumuler tous les rôles : c'est l'Etat, qui peut tout à la fois créer des normes, les appliquer et les "sanctionner", en les interprétant et en contrôlant leur application par d'autres. Toutefois, la distinction conserve sa pertinence lorsqu'il s'agit d'étudier le statut d'autres entités. Si l'on accepte l'hypothèse de l'existence d'une personne juridique autre que l'Etat, alors il est nécessaire de séparer la fonction du créateur de celle de l'opérateur. Lorsque R. Kolb s'interroge sur la nécessité de réviser la notion même de personnalité internationale, il présente une alternative face à la "théorie élitaire" du sujet. Si on la rejette, cela mène à

<sup>505</sup> C. Fauret, "Auteur, coauteur, perfecteur", *op.cit.*, p. 109.. Voir également P. Ferrari, "Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français", in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, pp. 215-229. L'auteur procède à une analyse juridique de la participation de plusieurs sujets à l'édition d'un acte unilatéral. Il remarque que parmi ces personnes, “*toutes ne manifestent pas une volonté tendant à produire des effets de droit*” (p. 215). Il distingue alors leur rôle, et “*la participation peut être simplement matérielle, elle consistera à effectuer certaines formalités indispensables à la régularité de l'opération d'édition. Elle peut être intellectuelle dans la mesure où elle fixe le contenu de la norme. Elle peut enfin être volontaire et c'est le cas des personnes amenées à se prononcer sur le projet de norme élaboré par d'autres sujets*” (p. 218). Tous ne sont donc pas co-auteurs de la norme, et “*seules les personnes dont la volonté librement émise est déterminante pour l'existence de la norme peuvent être considérées comme les auteurs de l'acte*” (p. 218).

<sup>506</sup> C. Fauret, "Auteur, coauteur, perfecteur", in *Dictionnaire de culture juridique, op.cit.*, p. 110.

<sup>507</sup> *Ibid.*

considérer que toute compétence (ou capacité) confère à son titulaire un degré de personnalité. Si on l'accepte, on distingue alors droits subjectifs et capacités, ce qui conduit à reconnaître des entités capables sans pour autant être sujets de droit<sup>508</sup>. R. Kolb estime alors, sans prendre lui-même parti, que *“puisque l'on ne peut nier que les entités jouissant de certaines compétences limitées exercent de véritables pouvoirs juridiques sur le plan international, on pourrait alors parler d'une capacité distincte de la subjectivité. Il y aurait ainsi une série d'entités auxquelles les sujets internationaux confèrent des **pouvoirs ponctuels d'exécution du droit international** (...) et qui ne deviennent pas pour autant des sujets eux-mêmes, fût-ce des sujets dérivés. Ces entités ne jouiraient que d'une **capacité limitée et fonctionnelle** consistant à mener à bien la tâche ont elles ont été chargées, en un mot, à exercer les compétences dont elles ont été revêtues”*<sup>509</sup>. Ici encore, on peut reconnaître dans les entités qu'il évoque, dotées de "pouvoirs ponctuels d'exécution" ainsi que d'une "capacité limitée et fonctionnelle", notre opérateur juridique. C'est le sujet du troisième type, choisi par la doctrine présentée dans ce chapitre. Celle-ci le considère bien comme un sujet de droit et non comme un être capable mais non sujet, dont on ne sait alors quel statut international il possède. Ce n'est pas un objet, ni un simple destinataire. Ce n'est pas non plus l'auteur des règles qu'il applique, puisque ses compétences lui sont conférées par d'autres. Ce sujet est alors doté d'une personnalité fonctionnelle.

Quelle est la fonction de cette personnalité juridique ? Quelles sont les fonctions des différents sujets de droit ? *“L'application du droit s'opère à l'aide d'un certain nombre de techniques destinées à capter et à régir le fait considéré par l'ordre juridique”* : cela justifie les "fictions" juridiques, dont fait partie la personnalité juridique, qui permet de façon générale d'appliquer le droit. Le sujet de droit est un support d'attribution de droits subjectifs, sans lequel le droit objectif ne pourrait être réalisé et complété. Il est aussi un centre d'imputation de responsabilités. Il applique le droit objectif par ses droits subjectifs. C'est ainsi qu'on peut affirmer que *“la distinction des participants à l'acte juridique...procède d'une cause dont l'intérêt est l'enjeu qu'elle induit. La cause est la définition des compétences de chaque participant, l'enjeu est la détermination de leurs responsabilités”*<sup>510</sup>. C'est le rôle que joue la personnalité juridique, qui attribue à chacun un cadre dans lequel ses droits et responsabilités sont limités par sa fonction dans un ordre juridique, qu'il soit interne ou international. Elle existe pour savoir à qui l'on peut attribuer des droits et imputer les conséquences qui en découlent en termes de responsabilité. C'est pourquoi on a préféré le terme d'opérateur à celui d'exécuteur utilisé dans l'ouvrage cité : le

<sup>508</sup> Voir *supra*, note 137, p. 53.

<sup>509</sup> R. Kolb, “Nouvelle observation sur la détermination de la personnalité juridique internationale”, *ZöR*, 2002, vol. 87, p. 237. C'est nous qui soulignons.

<sup>510</sup> C. Fauret, "Auteur, coauteur, perfecteur", in *Dictionnaire de culture juridique*, *op.cit.*, p. 109. L'auteur poursuit en expliquant que *“en effet, les doctrines de l'histoire et de la philosophie du droit nous enseignent que la détermination des compétences des participants à l'acte s'est affinée dans un but précis : distinguer au plus près leurs responsabilités”*.

concept d'exécution, bien qu'il soit explicite, n'exprime pas suffisamment, à notre sens, la responsabilisation. En revanche, le concept d'opérateur, tel qu'on l'a expliqué, implique qu'il rende compte de ses actes.

On peut alors conclure que *“la responsabilité de l'auteur et du co-auteur est une responsabilité totale dans la mesure où ils sont responsables du contenu de l'acte... La responsabilité de l'exécuteur est une responsabilité liée à sa fonction, laquelle ne comprend pas la décision du contenu de l'acte”*<sup>511</sup>. Cette conclusion comporte un inconvénient certain : si elle expose ce que n'est pas la fonction de l'exécuteur, elle n'explique pas pour autant ce qu'elle est. Il conviendra alors, pour l'étude du statut international de l'individu, d'analyser à l'aide du droit positif quelle peut être cette fonction. Aucune réponse théorique de principe ne peut être donnée, si l'on considère que la fonction varie selon les personnes.

Cette volonté d'effectivité et d'efficacité d'un concept fondamental du droit international tel que la personnalité juridique produit ainsi un résultat paradoxal : celui d'une incertitude persistante quant à la possession de la personnalité internationale par l'individu.

#### **B. Conséquence paradoxale : des incertitudes persistantes quant à la personnalité internationale de l'individu**

On a pu constater que selon la définition choisie, il est possible de nier ou d'affirmer, au contraire, la personnalité internationale de l'individu. La troisième définition paraît la mieux adaptée à sa situation particulière, compte tenu du fait qu'il est avant tout un sujet interne. Or, elle-même n'échappe pas aux incertitudes doctrinales face au droit positif, qu'il s'agisse du premier critère qu'elle implique, comme du second. Aucune réponse définitive ne permet d'affirmer que l'individu possède réellement des droits subjectifs internationaux, pas plus qu'une capacité d'agir internationale.

##### ***1. Quant à la titularité de droits et obligations internationaux, premier critère de la personnalité juridique internationale***

Les auteurs classiques, étudiant le critère du sujet-destinataire, le faisait dépendre des rapports de système : dans un système dualiste, la norme internationale est "médiatisée" par l'Etat et n'atteint pas directement l'individu : elle ne le considère pas comme destinataire direct, ni ne lui confère de droit subjectif. Dans un système moniste au contraire, la médiatisation n'existe pas et l'individu, sujet interne, devient aussitôt sujet de droit international. Cette présentation caricaturale de la situation a laissé place à des études plus techniques, relatives à l'effet direct du droit international

---

<sup>511</sup> C. Fauret, "Auteur, coauteur, perfecteur", *op.cit.*, p. 111

en droit interne. Il s'agit désormais d'étudier au cas par cas les solutions proposées au sein de chaque Etat. Ainsi, Virally développe une conception qui se veut alternative, ou intermédiaire, entre monisme et dualisme, estimant que ni l'un ni l'autre ne reflètent la réalité des rapports entre systèmes internes et international<sup>512</sup>. A propos de l'éventualité d'une personnalité internationale individuelle, il estime que "*l'homme peut acquérir cette qualité...chaque fois que les règles du droit international sont applicables immédiatement dans l'ordre interne. Seul le droit positif donne une réponse à cette question si on l'interroge. Aucun raisonnement, aucune théorie, si ingénieuse soit-elle, ne saurait la fournir*"<sup>513</sup>. Toutefois, ce n'est pas si simple : l'étude du droit positif donne lieu à des présentations et systématisations fort diverses. Ainsi, sur une même disposition d'un traité international, une interprétation va estimer qu'elle confère directement un droit subjectif à l'individu, le prenant comme destinataire direct ; une autre va affirmer le contraire. Par conséquent, la théorie juridique est une donnée qui entre toujours en ligne de compte.

Bien que la doctrine reconnaisse que la dichotomie entre monisme et dualisme est dépassée, elle n'a pas totalement disparu pour autant. Son étude est toujours d'actualité lorsque sont évoqués les choix constitutionnels nationaux. Elle génère toujours des controverses<sup>514</sup>. Cependant, on assiste depuis peu à un renouvellement de l'alternative : elle porte désormais sur les notions d'applicabilité directe, d'effet direct, ou d'immédiateté, règles pratiques qui confirment les tendances générales du monisme ou du dualisme. La grande diversité des techniques d'intégration du droit international en droit interne rend l'étude fort complexe. Celle-ci nécessite en effet de définir, une fois de plus, les termes étudiés. Or, ces définitions sont bien plus complexes qu'il n'y paraît. De plus, une analyse très approfondie de l'ensemble du droit interne, qu'il soit constitutionnel, législatif, ou jurisprudentiel, doit être effectuée afin de confirmer ou d'infirmer les options générales.

Outre l'immensité de la tâche, cela soulève une question délicate qu'il ne faut pas omettre, comme le font ceux qui refusent de l'inclure dans une véritable personnalité internationale : celle de la dépendance du droit international envers le droit interne dans la détermination d'une partie de la personnalité internationale. En effet, on considère comme sujet international celui qui est titulaire de droits et

<sup>512</sup> Il s'agit du "pluralisme à primauté du droit international", déjà évoqué. Voir M. Virally, "Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes", *op.cit.*, pp. 488-505.

<sup>513</sup> M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, Editions Panthéon Assas, Collection Les introuvables, Paris, 1998, p. 212.

<sup>514</sup> On peut ainsi citer l'exemple de l'interprétation doctrinale de la Constitution française de 1958 : traditionnellement présentée comme d'inspiration moniste, elle fait pourtant l'objet d'une interprétation contradictoire, voire provocatrice, de S. Sur. Il affirme ainsi que "*le choix fait par la Constitution de 1958 paraît plutôt d'inspiration dualiste...*". Toutefois, il considère également que "*le monisme n'est en pratique qu'une modalité ou qu'une variante du dualisme*" : S. Sur, "Progrès et limites de la réception du droit international en droit français", in R. Ben Achour et S. Laghmani (ss la dir. de), *Droit international et droits internes, développements récents*, *op.cit.*, pp. 229-230.

obligations internationaux. Or, lorsque l'entité étudiée est un sujet interne, cette qualité ne peut être évitée. On va alors tenter de déterminer la nature du lien établi entre la norme internationale et cette personne, en effectuant notamment l'analyse des moyens de réception du droit international en droit interne. C'est ici que le paradoxe se révèle : le droit international est, en principe, indifférent aux structures internes. Le choix du type de gouvernement, comme les choix procéduraux d'intégration du droit international, relèvent de la souveraineté étatique. Le droit international n'impose aucune obligation, si ce n'est celle d'une application de ses règles de bonne foi. Si les modalités choisies par l'Etat importent pour savoir si l'individu est titulaire de droits internationaux, cela signifie donc que c'est le droit interne qui va déterminer, pour partie, cette personnalité. Comment accepter, d'un point de vue théorique, qu'il en aille ainsi ? Il apparaît pourtant que cette étude est nécessaire, notamment pour identifier la fameuse "volonté des Parties", qui peut aussi être révélée par les moyens que ces Parties mettent en œuvre pour respecter leurs engagements.

L'étude de ce premier critère conditionnant la reconnaissance d'une personnalité internationale individuelle porte ainsi sur ces différentes considérations. Or, la doctrine contemporaine parvient encore à des résultats, non pas nécessairement opposés, mais certainement différents. Ainsi, la partie doctrinale représentée par des auteurs tels que J. Combacau, C. Santulli ou D. Alland, estime qu'un principe d'applicabilité directe des normes internationales en droit interne ne peut être affirmé. La CPJI, dans l'affaire relative aux tribunaux de Dantzig, avait reconnu comme une possibilité exceptionnelle la volonté de plusieurs Etats de conférer des droits immédiats aux individus. *A contrario*, elle établissait une présomption de non applicabilité directe. Celle-ci s'est-elle inversée ? Peut-être, en matière de droits de l'homme, répond D. Alland. Et l'auteur d'ajouter que "*cela n'est pas certain car, quelque soit l'importance accordée, sur le plan des principes, aux conventions qui promeuvent l'homme en tant que sujet partiel du droit international, elles ne représentent évidemment qu'une partie infime de l'activité conventionnelle internationale considérée dans son ensemble*"<sup>515</sup>. Une autre partie doctrinale, représentée par des auteurs tels que A. Pellet ou P.M. Dupuy, semble pencher pour la solution inverse et considère qu'un lien direct existe entre individu et ordre international. Ce lien est décelable de deux façons : soit lorsque le droit international vient atteindre le sujet interne dans l'ordre étatique, soit lorsque le sujet interne s'affranchit de cet écran étatique pour agir dans l'ordre international. Les arguments semblent exister de façon également pertinente pour un parti comme pour l'autre. La conséquence est claire : seule une étude réellement approfondie de la pratique étatique, considérée sur un plan international mais aussi interne, peut étayer une réponse. C'est un point sur lequel la doctrine

---

<sup>515</sup> D. Alland, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *RGDIP*, 1998, p. 219.

contemporaine est quasiment unanime. L'affirmation selon laquelle l'individu est ou peut être un sujet exceptionnel, indirect, dérivé, mineur etc., ne satisfait pas totalement, d'un point de vue conceptuel.

En outre, cette incertitude quant au premier critère de la personnalité juridique internationale se répète lors de l'étude du second critère impliqué dans cette troisième définition.

## *2. Quant à la capacité d'agir internationale, second critère de la personnalité juridique internationale*

Deux incertitudes doctrinales persistent sur ce point. D'une part, la nécessité de considérer la capacité processuelle internationale comme condition d'obtention du statut de sujet de droit international ne fait pas totalement l'unanimité. D'autre part, la possession effective de cette capacité par l'individu fait l'objet de commentaires perplexes.

Il peut être utile ici de rappeler les trois positions doctrinales distinctes sur ce critère : pour les premiers, on a vu que la capacité processuelle n'est qu'une conséquence de la personnalité, et ne peut être impliquée dans la définition de la personnalité, en tant que condition. Cette position est notamment soutenue aujourd'hui par J. Combacau. Pour les seconds, la capacité processuelle n'est qu'une partie de la capacité d'agir, critère indispensable pour reconnaître un sujet de droit international. Cependant cette capacité processuelle ne peut être, à elle seule, suffisante. Cette seconde position est par exemple celle de C. Dominicé. Enfin, les auteurs cités dans ce troisième chapitre, comme P.M. Dupuy, considèrent que la capacité processuelle est bien la seconde condition déterminante pour la définition de la personnalité. Ainsi, l'hypothèse d'un second critère, et l'identification de celui-ci, ne vont pas de soi. Toutefois, c'est la dernière option qui semble majoritairement retenue, même implicitement. Les deux autres définitions, minimale et maximale, paraissent en effet comporter certains inconvénients théoriques qui les rendent contestables. Si l'on admet ainsi que la personnalité internationale doit comporter une mesure de capacité, on se retrouve face à un nouveau problème : quelle est cette mesure ? Les diverses procédures internationales ouvertes à l'individu en font-elles un sujet international ?

Les positions doctrinales relatives à la capacité internationale de l'individu sont relativement homogènes, quelle que soit la définition de départ choisie par les auteurs. Ils concèdent que cette capacité peut exister, mais soulignent aussitôt son caractère trop exceptionnel pour être pertinent. Ainsi, lorsque J. Combacau et S. Sur étudient les moyens dont dispose l'individu, ils reconnaissent que les réclamations internationales devant des organes propres à l'ordre juridique international sont les plus révélatrices, par opposition à des procédures ouvertes devant des organes d'un Etat étranger. Leur conclusion est explicite : *“même si cette possibilité n'est pas exclue en principe et est aujourd'hui*

*aménagée de façon moins parcimonieuse que jadis, la capacité d'action des sujets internes fait encore nettement figure d'exception*"<sup>516</sup>. Bien que rares, des procédures juridictionnelles et non juridictionnelles sont ouvertes aux individus. Toutefois, les auteurs reprennent l'argument classique du caractère trop particulier de ces recours : "*quelque importants que soient ces mécanismes, ils n'ont cours que dans des cadres particuliers (branches spéciales du droit international, systèmes régionaux particulièrement homogènes...), et n'inversent pas le principe suivant lequel les sujets internes doivent normalement trouver dans l'ordre juridique de l'Etat dont ils contestent l'attitude les actions qui en permettraient le redressement*"<sup>517</sup>. La faible quantité de ces recours est ainsi perçue comme un obstacle à la construction d'un principe de personnalité juridique. Pourtant, le même argument n'est pas développé pour les organisations internationales, dont la capacité processuelle est également limitée. Il semble donc que, plus qu'un aspect quantitatif, c'est le champ d'application *ratione materiae* qui apparaît trop limité, cantonné avant tout aux droits de l'homme. Cela empêcherait, pour certains, de reconnaître une personnalité individuelle selon le droit international général.

Un argument corrélatif est présenté par C. Dominicé ; outre le fait qu'il considère la seule capacité processuelle comme insuffisante, il souligne, avec d'autres, que les procédures qu'elle offre sont ponctuelles et précaires : elles dépendent de mécanismes conventionnels dont la maîtrise appartient aux Etats, libres de les supprimer. On affirme régulièrement qu'il s'agit de droits procéduraux accordés uniquement par des traités, donc limité à un domaine particulier, ce qui interdit d'en tirer des conclusions en droit international général. De plus, les Etats gardent le droit de refuser de voir mise en cause leur responsabilité par des individus. Enfin, ces procédures internationales sont, la plupart du temps, des systèmes de contrôle, non judiciaires : rudimentaires, elles n'aboutissent pas à un véritable jugement et seraient donc de valeur plus morale que juridique. On a vu, cependant, que des arguments contraires pouvaient être présentés. A. Pellet souligne même aujourd'hui que la personnalité internationale des individus est considérable, en ce qu'elle peut, dans certains cas, s'imposer objectivement aux Etats<sup>518</sup>.

Un mot doit être dit également sur la capacité processuelle passive de l'individu. Si la plupart des auteurs considère que les développements du droit international pénal ont créé ou renforcé le statut international de l'individu, ce n'est pas le cas pour tous. En effet, certains nient que cette aptitude individuelle à la responsabilité internationale induise une personnalité internationale de l'individu, même partielle. C'est ainsi la réflexion de V. Honrubia. Elle ne nie pas que l'individu puisse être internationalement responsable. En effet, après une étude du droit positif, elle conclut qu'"*il existe une norme*

<sup>516</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 317.

<sup>517</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>518</sup> Voir *supra*, note 482, p. 190.

de droit international général selon laquelle l'individu qui commet ou prend part d'une façon quelconque à un crime de droit international est responsable individuellement conformément à ce système juridique..."<sup>519</sup>. C'est donc bien le droit international qui établit le principe de la responsabilité **internationale** de l'individu. Toutefois, elle cherche ensuite à rattacher ce principe au "noyau normatif de droit international le plus adéquat". Or, selon elle, son fondement réside, non pas dans certaines branches du droit international, mais dans un "principe général de droit qui inspire tout le système juridique"<sup>520</sup>. Sans avoir approfondi sa conception de la personnalité internationale, elle affirme avec force l'indépendance entre le principe de responsabilité internationale et la personnalité : "ainsi, l'imposition à l'individu d'une obligation juridique internationale de cette nature ainsi que la norme établissant sa responsabilité internationale trouvent leur fondement non pas dans la personnalité juridique internationale de l'individu, qui ne lui est pas reconnue, mais dans l'intérêt essentiel que, pour l'ensemble des Etats faisant partie de la communauté internationale, présente le bien juridique protégé"<sup>521</sup>. On peut éprouver quelque difficulté à saisir la raison de cette affirmation. L'auteur elle-même reconnaît que les individus sont titulaires d'obligations internationales, tout en refusant d'en tirer des conséquences en termes de personnalité juridique. Pour échapper au "désajustement théorique" que pose l'existence de ces obligations individuelles, elle préfère en rechercher un fondement autre plutôt que de reconnaître une ébauche de statut international à l'individu. Tenant compte de cette attitude, des hésitations pourraient alors être permises quant à la pertinence d'une capacité processuelle passive pour identifier un sujet de droit international. Force est de constater, néanmoins, qu'il s'agit d'une position marginale.

Ainsi, A. Pellet se place en opposition franche par rapport à ces raisonnements. Lorsqu'il évoque les TMI d'après-guerre, il assure que "en faisant juger des individus sur la base du droit international, par un tribunal créé internationalement, les vainqueurs reconnaissaient la responsabilité de ces personnes en vertu du droit international, ce qui ne peut se concevoir que si elles sont dotées de la personnalité juridique internationale"<sup>522</sup>. On peut également citer L. Sunga :

<sup>519</sup> V. A. Honrubia, "La responsabilité internationale de l'individu", *RCADI* 1999, vol. 280, p. 188.

<sup>520</sup> *Ibid.*, p. 198. Dans un premier temps, elle rattache le principe au droit humanitaire, mais celui-ci n'inclut pas tous les cas de responsabilité internationale individuelle. Alors, elle envisage les droits de l'homme, mais remarque qu'ils ne créent des obligations que pour les Etats et non pour les individus. Elle estime en outre que la norme de la responsabilité internationale de l'individu ne peut être rattachée au droit de la responsabilité internationale, dont elle constitue une exception. Le fondement du principe ne peut donc pas être trouvé dans une de ces branches du droit international. En conclusion, elle prend comme "hypothèse de travail que la norme attribuant la responsabilité internationale à l'individu trouve son fondement, d'après le droit international, dans l'intérêt juridique des Etats à la sauvegarde de l'Etat lui-même et de l'être humain, lorsque celle-ci se situe dans le domaine des fonctions générales et propres du droit international" (p.203). C'est cet "intérêt juridique" des Etats qu'elle considère comme un principe général de droit international.

<sup>521</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>522</sup> A. Pellet, "Le droit international à l'aube du XXIème siècle", *op.cit.*, p. 68. C'est aussi la position de P.M. Dupuy, dont on a déjà vu qu'il liait responsabilité pénale internationale de l'individu et personnalité juridique. Voir *supra*, note 455, p. 177.

pour cet auteur, en 1992, il n'existe pas encore de règle générale de droit international bien établie quant à la responsabilité internationale individuelle. Il sera contredit sur ce point par V. Honrubia. Toutefois, il estime cette règle est en voie de formation et, surtout, qu'elle comporte des conséquences importantes quant à l'acquisition d'une personnalité juridique internationale par l'individu <sup>523</sup>.

Certains tentent de répondre à toutes ces incertitudes en développant une conception fonctionnelle de la personnalité juridique, comme P.M. Dupuy ou G. Cohen-Jonathan. En prenant appui sur l'avis de la CIJ de 1949, comme une "grille de lecture" de la personnalité internationale, on peut esquisser une théorie des sujets de droit basée sur ce caractère fonctionnel. On sait que telle est la nature de la personnalité des organisations internationales. On sait aussi que la personnalité internationale étatique est originaire, pleine et entière. Ne peut-elle être fonctionnelle pour autant ? D'après Virally, *“la personnalité internationale de l'Etat remplit trois fonctions principales, qui sont d'assurer l'unité et la continuité de l'Etat, ainsi que la séparation de l'ordre intérieur (étatique) et de l'ordre international (interétatique). Ces fonctions sont remplies par le fait que la personnalité juridique tisse un voile, ou établit un écran, entre ce qui se passe à l'intérieur de l'Etat et ce qui se passe à l'extérieur”* <sup>524</sup>. Quelle que soit la fonction que l'on veut bien reconnaître à toute personnalité, l'avis de la CIJ implique qu'elle dépend des besoins de la communauté internationale.

Dès lors, le fait que la capacité de l'individu soit limitée n'empêcherait nullement de le considérer comme un sujet de droit international. Il est certain que cette approche ne fait pas non plus l'unanimité. Toutefois, pourquoi ne pas envisager que la reconnaissance à l'individu d'une personnalité internationale remplit certaines fonctions ? La question de savoir quelle serait cette fonction reste encore posée. Il semble qu'il soit prématuré d'y apporter une réponse de principe, sans avoir auparavant procédé à une étude approfondie de cette capacité individuelle. Au-delà de toute position de principe sur la capacité internationale de l'individu, c'est à travers un faisceau d'indices qu'elle peut être démontrée. Par conséquent, comme pour la première condition, elle nécessite une étude pratique approfondie du droit international. Là encore, les auteurs estiment que cette démarche peut seule permettre d'identifier les "besoins de la communauté internationale" et de savoir si, parmi ces besoins figure la reconnaissance d'une personnalité internationale individuelle.

<sup>523</sup> L. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, notamment les chapitres 6 et 7, pp. 139-168 (particulièrement pp. 154-156).

<sup>524</sup> M. Virally, "Panorama du droit international contemporain", *op.cit.*, p. 72. L'auteur ajoute aussitôt que *“malgré ce qui vient d'être dit, l'écran que la personnalité juridique internationale dresse entre l'ordre interne et l'ordre international n'a jamais été rigoureusement opaque. Il tend, aujourd'hui, à devenir de plus en plus transparent et à être souvent contourné”*.

## Conclusion section II

La doctrine appliquant cette troisième définition de la personnalité juridique à l'individu constate que celui-ci possède certains droits subjectifs, l'acquisition de cette première condition n'étant ni vraiment contestée, ni entièrement approfondie. L'appréciation de la seconde condition, pour le cas individuel, fait la part belle au droit international pénal dont les évolutions récentes semblent conforter l'idée d'une capacité des personnes physiques. L'étude du droit positif est rarement complète, chacun privilégiant un domaine. Droit économique, droit de la mer, droits de l'homme, droit de la responsabilité, etc., font rarement partie ensemble d'une même étude. Toutefois, le nombre de recours internationaux offerts aux individus est souligné comme étant de moins en moins exceptionnel.

Cela ne mène pas pour autant à une réponse franche et claire. Ce n'est que timidement que l'on énonce les prémisses d'une personnalité internationale pour l'individu, dont on ne cesse de souligner les spécificités. L'individu est sujet dérivé, secondaire, exceptionnel, relatif, subsidiaire, partiel, etc. Nul n'est réellement satisfait de ces réponses en demi-teinte. Pourtant, elles ne font que refléter, semble-t-il, l'évolution du droit qui, pour être international, n'en est pas pour autant totalement universel et ouvert à tous les sujets internes. Face à la multiplication et à la complexification des règles de droit positif, la doctrine adopte une attitude pragmatique. L'individu est plus volontiers qualifié d'acteur des relations internationales. Toutefois, on a souligné les nombreux inconvénients de cette expression, ainsi que l'insatisfaction des juristes qui l'emploient. On ne peut ainsi que constater l'état d'inachèvement de cette troisième approche du sujet de droit. Cependant, une partie de la doctrine commence à conceptualiser une personnalité juridique internationale qui serait avant tout fonctionnelle. Tout sujet de droit serait ainsi un sujet fonctionnel, doté de droits subjectifs et de capacités variables selon sa place dans l'ordre juridique international.

Celle-ci dépend des besoins de la communauté internationale, comme l'a énoncé la CIJ en 1949. Cela nous a conduit à proposer, comme alternative au terme d'acteur, l'emploi d'un autre terme générique, comme il était fait aux deux précédents chapitres : au sujet-destinataire et sujet-auteur, on oppose ici le "sujet-opérateur", intermédiaire dans la hiérarchie des entités présentes dans le système international. Ni législateur, ni simple destinataire, le sujet de droit ainsi conçu se situe à mi-chemin, appliquant les règles du droit international, contribuant à leur efficacité. La fonction de tout sujet de droit serait de s'insérer dans cette phase de réalisation du droit international. La personnalité juridique existe pour attribuer des droits et obligations aux sujets qui en sont les supports, et pour imputer des responsabilités.

La volonté de faire de la personnalité juridique un concept fonctionnel et opératoire ne résout pas la question de savoir quelle serait la fonction de la personnalité

juridique internationale de l'individu. Protéger l'individu, protéger les fondements de la communauté internationale ? Quoiqu'il en soit, la théorie seule ne peut permettre d'y répondre. C'est pourquoi les incertitudes persistent quant à l'éventualité d'une personnalité internationale individuelle. Chaque condition de cette personnalité fait l'objet de d'appréciations variables, qu'il faut replacer dans la perspective générale des diversités doctrinales.

### Conclusion chapitre III

La troisième position doctrinale sur la définition de la personnalité juridique internationale révèle, comme au chapitre précédent, l'exigence d'un sujet actif et responsable. Contrairement à la première définition, la capacité est ici conçue comme une condition d'existence de la personnalité juridique et non seulement comme un conséquence ou un mode de preuve de celle-ci. Cette définition se démarque aussi de la seconde approche, par un degré moindre d'exigence. La capacité envisagée ici n'implique pas, en effet, de fonction normative. On n'attend pas du sujet qu'il soit "législateur" international, mais qu'il agisse dans l'ordre juridique international, pour défendre ses droits et assumer ses obligations. A mi-chemin entre les deux précédentes définitions, cette approche intermédiaire du sujet de droit international en fait un "acteur" international. Toutefois, l'expression doit être entendue dans un sens véritablement juridique. Au contraire de la doctrine américaine, qui propose une version sociologique de l'acteur international comme alternative à la dichotomie objet-sujet, on retient ici l'approche européenne de l'acteur comme synonyme de sujet. L'acteur international ou, mieux, l'opérateur juridique international, est donc celui qui, en plus d'être titulaire de droits et obligations internationaux, agit processuellement sur la scène internationale. La délimitation de cette capacité processuelle, si elle est loin d'être évidente, est néanmoins possible. On peut ainsi retenir, dans un premier temps, que seule une capacité qui s'exerce au niveau international semble pertinente pour l'identification d'une personnalité internationale. L'entité qui ne fait valoir des droits définis internationalement que sur le plan interne n'est pas totalement considérée comme sujet international. L'affirmation est valable pour tout sujet de droit : appartenant à un ordre juridique, il est susceptible d'exercer une action dans un autre ordre juridique. Tel est le cas pour les organisations internationales, dont la personnalité est originaire de l'ordre international, mais qui disposent également de capacités dans les ordres internes. Le problème est encore plus crucial pour les sujets internes : c'est par leur capacité internationale qu'ils vont progresser vers l'obtention d'une personnalité juridique internationale.

Dans un second temps, les procédures retenues pour qualifier cette capacité processuelle internationale sont parfois difficiles à identifier : de nature juridictionnelle ou non, politiques, diplomatiques, elles ne présentent pas toutes le même degré de pertinence, selon la doctrine, qui hésite à faire un choix. Si la seule procédure judiciaire est véritablement probante, les autres moyens peuvent néanmoins être retenus, comme indices. C'est alors par l'accumulation quantitative de ces indices qu'est révélée la capacité processuelle. En plus de la nature des procédures permettant d'identifier la capacité processuelle internationale, un autre problème se pose. En effet, la capacité processuelle comprend deux visages distincts : d'une part, elle possède un versant dit

actif, lorsque le sujet met en œuvre la responsabilité d'autrui ; d'autre part, elle comporte une face passive, lorsque le sujet voit sa propre responsabilité engagée. La situation de sujet victime ou de sujet responsable n'est pas étudiée de façon tout à fait égale par la doctrine qui tend à hiérarchiser ces deux aspects. C'est souvent par leur réunion que la capacité processuelle est reconnue, mais il semble impossible de généraliser cette affirmation. Toutefois, il faut souligner l'existence d'une position doctrinale particulière qui semble pouvoir apporter des éléments de réponse à ces hésitations. Elle développe une approche fonctionnelle de la personnalité : selon cette fonction, la capacité à prendre en compte peut varier. C'est à l'occasion de réflexions récentes sur la position de l'individu que le raisonnement a été développé, à partir du "mode d'emploi" offert par la CIJ en 1949 pour les organisations internationales.

En définitive, on peut se rallier aux conclusions de P.M. Dupuy quant à l'élaboration d'une définition de la personnalité juridique internationale : “...*les critères de dévolution de la personnalité juridique internationale n'ont pas besoin d'être univoques ou même forcément hiérarchisés entre eux. Selon l'entité considérée et la situation matérielle dans laquelle elle se trouve ; selon, surtout, la fonction qu'on lui assigne et la finalité ainsi poursuivie, rien n'interdit, si l'on suit la "logique de 1949", que l'on retienne, de façon alternative, tel ou tel critère de dévolution de la personnalité juridique*”<sup>525</sup>.

Les deux critères ainsi retenus, relatifs à la titularité et à la capacité, sont ensuite confrontés à la situation pratique de l'individu. Les réponses sont alors relativement homogènes, mais extrêmement prudentes et nuancées. La première condition semble acquise à l'individu, considéré comme titulaire de droits et obligations internationaux par une doctrine largement inspirée par un monisme objectiviste moderne. Toutefois, il n'en va pas de même pour la seconde condition. Elle fait l'objet de nombreuses hésitations, et conduit à affirmer la forte spécificité d'une personnalité juridique individuelle. Dans l'ensemble, les auteurs considèrent que l'individu est un sujet de droit international, mais assortissent leur affirmation de quantité de nuances.

Cela procède d'une volonté pragmatique de rester fidèle à une réalité non manichéenne. Néanmoins, cela conduit à des positions trop partagées pour être de véritables réponses à la question. L'affirmation n'en est pas totalement une. Bien que phénomène majoritaire, cette attitude ne résout pas toutes les incertitudes. Un point fait cependant l'unanimité : s'il est nécessaire de dire d'où on part, il faut partir : choisir une définition de départ doit s'accompagner ensuite d'une étude approfondie de la pratique.

---

<sup>525</sup> P.M. Dupuy, “Cours général de droit international public, l'unité du droit international”, *op.cit.*, p. 118.

## Conclusion partie I

Voici donc achevé ce tour d'horizon rapide des différents points de vue doctrinaux sur la définition de la personnalité juridique internationale, ainsi que sur son application au cas de l'individu. Il ne s'agissait pas, dans cette partie, de répondre à la question de savoir si l'individu est aujourd'hui sujet de droit international. Il s'agissait uniquement d'une analyse des positions les plus représentatives de la doctrine, qui a paru nécessaire pour expliquer les divergences d'opinion sur une même question.

Trois grandes définitions de la personnalité juridique internationale ont été identifiées.

La première est mono-critériale et considère le sujet comme destinataire de normes internationales. Elle fut choisie par de nombreux dualistes classiques du début du vingtième siècle. Des auteurs représentant la tendance moderne du dualisme figurent également dans cette approche. Toutefois, la branche moniste de la doctrine est également représentée. L'application de cette définition au statut de l'individu a révélé nombre de paradoxes, parvenant à des solutions opposées : les uns affirmant que l'individu est bien destinataire de normes internationales, les autres soutenant le contraire. Or, de ces regards doctrinaux, on a pu déduire certains inconvénients théoriques et pratiques de cette définition. D'un point de vue théorique, le choix d'exclure tout recours à la notion de capacité juridique dans la définition de la personnalité limite celle-ci à un unique critère, dont l'appréciation est malaisée. Tel est le cas surtout lorsque l'objet d'étude est une entité susceptible d'appartenir à deux ordres juridiques différents, tel que l'individu. Déjà sujet interne, l'étude de sa position internationale nécessite d'analyser la nature "directe" de son lien avec l'ordre juridique international. Or, les querelles d'écoles autour des rapports de système, ainsi que les présupposés idéologiques qu'elles sous-tendent, déterminent en grande partie le résultat auquel parviennent les auteurs. Par conséquent, d'un point de vue pratique, la question de savoir si l'individu peut franchir l'écran étatique pour atteindre l'ordre juridique international est fort complexe. Aptitude purement virtuelle, cette personnalité juridique manque singulièrement d'effectivité. Toutefois, elle présente un avantage certain : celui d'une exigence extrême dans l'appréciation du terme "direct" : une grande rigueur est nécessaire pour déterminer si le droit international possède un effet direct sur l'individu. Ce critère est, au demeurant, incontournable : si d'autres définitions de la personnalité existent, elles le placent toujours en tête dans la hiérarchie des conditions.

La seconde définition considère le sujet comme un auteur de normes internationales. Elle est choisie par deux parties très opposées de la doctrine : y figurent les positivistes les plus volontaristes, mais aussi les partisans d'un objectivisme

sociologique. Apparemment paradoxal, ce fait s'explique par la particularité de l'école scellienne quant à son regard sur les sujets de droit. Niant la réalité de la personnalité étatique, elle ne reconnaît que l'individu comme sujet de droit, interne et international. Or, elle conçoit également le sujet comme un être capable d'exprimer juridiquement sa volonté. Ainsi, à un volontarisme traditionnel, c'est-à-dire étatique, on peut opposer ce volontarisme individuel. L'application de cette définition à la position de l'individu révèle alors des oppositions aussi tranchées que précédemment. Les ultra positivistes, dont la définition est élaborée à partir du statut international de l'Etat et, parfois, de celui des organisations internationales, réfutent toute personnalité individuelle. La branche opposée, qui ne constitue, en fin de compte, qu'une exception, ne reconnaît que l'individu comme sujet de droit international. Ici encore, cette application pratique au cas individuel révèle les inconvénients de cette définition. Particulièrement excessive, elle exige une série de capacités internationales que seuls les Etats et les organisations internationales peuvent posséder. Elle procède ainsi d'une démarche analogique contestable en l'occurrence, et qui empêche toute tentative d'élaboration d'une théorie générale de la personnalité juridique internationale en dehors de ces deux sujets reconnus. Elle semble ainsi figée dans une attitude quelque peu passéiste, hermétique à l'évolution pourtant réelle de la société internationale. Toutefois, on lui reconnaît le même avantage que précédemment : celui de l'exigence. La catégorie des sujets de droit peut être fermée, tout en reconnaissant l'existence d'autres acteurs qui ont une place dans l'ordre juridique international. Encore faudrait-il savoir laquelle, tant la catégorie des "objets" semble ne plus correspondre à la situation de l'individu face au droit international.

Une troisième définition considère le sujet comme un acteur de l'ordre juridique international. Elle se situe à mi-chemin entre les deux précédentes, exigeant une certaine mesure de capacité juridique, nettement moindre que la précédente. On a vu que le terme d'acteur, contrairement à sa version sociologique présentée par la doctrine américaine, peut posséder une signification juridique précise. Après avoir approfondi cette signification, on lui a attribué le terme d'opérateur juridique, qui semble plus adéquat. Il s'agit d'un sujet possédant une capacité processuelle internationale. Capacité de faire valoir des droits et d'assumer des obligations, d'être impliqué ainsi dans le processus de réalisation du droit international, elle doit nécessairement se situer dans l'ordre juridique international. Cette troisième position est choisie, semble-t-il, par une majorité de la doctrine récente, plutôt d'inspiration moniste. Ce dernier fait explique que, lors de l'application de la définition à la situation de l'individu, le premier critère soit, en général, facilement reconnu. Elle s'inspire de l'avis de la CIJ de 1949 comme d'une grille de lecture pour une théorie générale des sujets de droit international, et développe une conception fonctionnelle de la personnalité juridique internationale.

L'application de cette définition au cas de l'individu révèle qu'elle paraît être la plus adaptée à sa situation. Le résultat est consensuel et considère la personnalité juridique individuelle comme une réelle possibilité. La doctrine représentée ici est toutefois très nuancée et ce n'est qu'une personnalité exceptionnelle, relative, et subsidiaire qui est reconnue à l'individu. Cette définition paraît présenter l'avantage du pragmatisme et d'une utilisation plus aisée que les deux précédentes. L'exigence d'une capacité processuelle internationale permet en effet de véritablement vérifier le franchissement de l'écran étatique par les sujets internes. Elle procède par ailleurs d'une exigence louable d'efficacité d'une notion des plus fondamentales en droit international. Toutefois, elle comporte également des inconvénients. Faite presque sur mesure pour les individus, peut-elle entrer dans une théorie générale des sujets de droit international ? Il semble que cela soit possible. Un autre inconvénient réside dans le fait qu'elle ne dissipe pas en pratique, comme le montre l'attitude de la doctrine, toutes les incertitudes quant à la position internationale de l'individu.

Aucune de ces trois définitions n'est parfaite et ne fait l'unanimité. Toutefois, on se trouve face à une situation qui impose de faire un choix de départ sur une définition. La difficulté que présente ce choix réside dans le risque d'adopter une définition adaptée exclusivement à un cas particulier. La troisième définition de la personnalité paraît ainsi la mieux correspondre, *a priori*, à la situation de l'individu. Toutefois, dans le cadre d'une théorie générale de la personnalité juridique, elle semble aussi la plus adaptée à l'ensemble des sujets actuels et, pourquoi pas, à venir, du droit international. Il nous semble en effet plus pertinent d'exiger deux conditions de reconnaissance de la personnalité juridique. L'une porte sur une qualité passive et virtuelle : c'est la titularité de droits et obligations internationaux. L'autre porte sur une qualité active et effective, qui consiste en la possession d'au moins un type de capacité d'agir internationale. Le risque est donc pris de s'impliquer dans le cadre de la troisième définition et de tenter d'en vérifier les conditions dans l'étude du cas de l'individu.

Celui-ci est souvent évoqué dans les écrits, sans pour autant faire l'objet d'une analyse réellement approfondie. On peut d'ailleurs souligner, avec E. Roucouas, qu'*“il n'est pas rare que les quelques phrases consacrées à l'individu dans la partie générale de certains traités généraux du droit international ne soient pas en harmonie avec les analyses qui suivent plus loin dans les mêmes ouvrages”*<sup>526</sup>. Pourtant, cette analyse est nécessaire, au regard de deux désaccords persistants dans la doctrine, sur des points fondamentaux : sur la possession de chacun des critères de la personnalité internationale par l'individu, des questions se posent.

---

<sup>526</sup> E. Roucouas, “Facteurs privés et droit international public”, *op.cit.*, p. 29.

D'une part, l'individu est-il réellement destinataire de normes internationales ? Autrement posée, la question revient à étudier si le droit international parvient à atteindre directement l'individu, franchissant ainsi l'écran étatique.

D'autre part, possède-t-il une "mesure" de capacité internationale ? De quelle capacité internationale dispose-t-il véritablement ? Autrement dit, parvient-il à sortir du cadre étatique pour se hisser sur la scène internationale, en tant que véritable sujet de droit international ?

Sur chacune de ces questions, les réponses offertes par la doctrine sont partagées, hésitantes. Un point fait cependant l'unanimité : pour les résoudre, il faut procéder à une analyse détaillée et approfondie du droit positif. Car en fin de compte, on a la sensation que l'individu peut être un sujet de droit international, mais que seule l'étude de la pratique peut le confirmer ou l'infirmier.

**Partie II : Consistance de l'écran étatique et  
"réception" du droit international par  
l'individu : l'applicabilité directe du droit  
international**

L'étude des positions doctrinales sur l'éventuelle personnalité internationale de l'individu a conduit à un double questionnement. L'individu est-il destinataire de normes internationales ? Possède-t-il une capacité d'agir internationale ? Il s'agit à présent de répondre à la première de ces questions, non plus d'une manière théorique, mais dans les faits. Pour cela, il convient de voir comment (et dans quelle mesure) le particulier devient destinataire direct de normes internationales, titulaire des droits et obligations portés par ces normes. Il faut ainsi suivre le cheminement de la norme internationale, de son édicition à son application à l'individu. Comme on l'a vu, autrement posée, la question revient à étudier si le droit international parvient à atteindre directement l'individu, franchissant ainsi l'écran étatique.

En effet, il ne suffit pas d'étudier le contenu des règles internationales en tant que telles, considérées isolément de leur contexte d'application. Or, celui-ci fait la part belle au droit interne. Le contenu d'un traité qui, *a priori*, semble manifester une volonté de s'adresser aux individus, n'atteindra réellement l'individu que s'il est appliqué dans l'ordre interne. Celui-ci est le lieu "normal" où se trouve l'individu. Il s'agit donc davantage de voir si l'individu, sujet interne, peut simultanément posséder une personnalité internationale, plutôt que de voir si celle-ci se substitue à la personnalité interne. Le lien mutuel établi entre norme internationale et sujet interne est donc perçu dans le sens d'une immédiateté normative "descendante", de l'ordre international vers les ordres juridiques internes.

Lire la règle internationale ne suffit pas. C'est l'application pratique de cette règle qui doit être analysée. Certes, la volonté des auteurs de la norme internationale doit révéler un effet direct sur les particuliers. Cette volonté est, d'ailleurs, souvent "révélée", si ce n'est découverte, à l'occasion de l'invocation par ou à l'encontre des individus devant le juge interne. Toutefois, une étape préliminaire doit être étudiée. En effet, le cheminement de la norme internationale vers l'individu doit avant tout traverser l'écran étatique. Si elle ne parvient pas à percer cet écran, plus ou moins consistant selon les Etats, alors elle ne pourra posséder d'effet direct sur l'individu. On a ainsi vu que dans l'appréciation de la première condition de la personnalité juridique internationale, relative à la titularité, c'est bien le caractère direct du lien entre norme internationale et individu qui doit être démontré.

La consistance de l'écran étatique ne peut s'apprécier d'une façon théorique. Il est donc nécessaire d'analyser comment chaque système interne reçoit les différentes normes internationales. La première question à résoudre est alors celle de leur intégration dans les ordres juridiques internes. En effet, ce que l'on appelle "applicabilité directe" du droit international recouvre deux réalités distinctes. Comme l'exprime G. Burdeau, *“l'application d'un accord international dans l'ordre interne d'un Etat est subordonnée à deux conditions. La première est celle de la pénétration de l'instrument international dans l'ordre interne.... A cette condition formelle s'en ajoute une seconde, souvent plus délicate à établir, qui est celle du caractère directement applicable des dispositions conventionnelles ...”*<sup>527</sup>.

Les hypothèses de départ se présentent en termes de monisme ou dualisme, dont les principes ont été présentés en première partie. Elles sont loin d'être auto-suffisantes. D'une part, la norme doit entrer en vigueur dans l'ordre interne : c'est la condition de l'applicabilité (simple ou immédiate) qui est ici en cause. Ce sont les choix constitutionnels qui déterminent cette condition. Variables selon les Etats, ces choix indiquent les orientations générales de l'Etat quant aux modalités d'insertion de la norme internationale dans la hiérarchie des normes (Titre 1). Une fois cette condition remplie, elle n'atteint pas pour autant l'individu et une seconde condition doit être remplie : la norme doit aussi être d'effet direct pour l'individu, qui pourra alors l'utiliser. C'est la condition d'opposabilité. Cet effet direct, qui est en principe fonction de la norme internationale, est en pratique révélé par le travail des juges, qui déterminent ainsi l'invocabilité interne des normes internationales par l'individu (Titre 2).

C'est alors qu'applicabilité simple et effet direct forment ce que l'on nomme "applicabilité directe". La première condition est fonction des choix constitutionnels, tandis que la seconde dépend largement des choix des juges. Ce sont deux degrés de consistance de l'écran étatique. Ainsi, l'étude de cette première condition de la personnalité juridique internationale nécessite, sans que cela soit paradoxal, une étude approfondie et comparée des systèmes constitutionnels et des jurisprudences nationales. Ce n'est qu'ensuite que l'on pourra affirmer ou nier la titularité de droits et obligations internationaux par les individus, sujets internes.

---

<sup>527</sup> Note G. Burdeau sous CE 29/01/93, *Mme Josefa Bouilliez*, *AJDA* 1993, p. 367.

## Titre I. Médiation étatique et intégration des normes internationales dans l'ordre interne : les choix constitutionnels

Les choix constitutionnels d'intégration des normes internationales sont très divers, le droit international y étant indifférent, respect de la souveraineté oblige. La seule obligation incombant à l'Etat, en vertu du droit international, est de remplir de bonne foi les obligations internationales qui lui sont imposées. De nombreux textes internationaux évoquent cette obligation <sup>528</sup>.

Plusieurs éléments expriment cette diversité dans l'insertion des normes internationales. D'une part, les systèmes juridiques contemporains sont le fruit d'un héritage propre à chaque culture. Ils se partagent ainsi entre tradition de droit civil et de *common law*, les premiers privilégiant la loi, tandis que les seconds sont davantage marqués par la jurisprudence. D'autres familles juridiques existent, qu'elles soient régies par un droit coutumier ou religieux. De nombreux systèmes dits "mixtes" empruntent leurs principes à plusieurs familles juridiques. Tout cela entraîne des conséquences importantes quant à la conception des rapports d'un ordre juridique interne avec les règles internationales <sup>529</sup>. Tous possèdent néanmoins des règles générales dites constitutionnelles, même si certains Etats ne sont pas dotés de Constitution formelle. Cela n'empêche pas d'identifier les options nationales en matière d'intégration des normes internationales. D'autre part, cette incorporation du droit international varie selon les "sources" de celui-ci, qui sont également partagées entre droit conventionnel et droit non conventionnel. C'est selon cette optique que l'on procèdera à l'étude des choix constitutionnels. Quel que soit le type de système juridique auquel appartient l'Etat considéré, c'est en effet par la distinction entre traités et autres sources de droit international qu'on peut le mieux comprendre le cheminement des normes

---

<sup>528</sup> Ainsi en est-il de la Résolution 2625 XXV de l'Assemblée générale, du 24 octobre 1970, relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats. Codifiant les principes fondamentaux du droit international, elle dispose que "chaque Etat a le devoir de remplir de bonne foi les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux conformes aux principes et règles généralement reconnus du droit international" : in P.M. Dupuy, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz 2002, 3<sup>ème</sup> édition, p. 82. De même, la Convention de Vienne sur le droit des traités rappelle, par l'article 26, le principe *Pacta sunt servanda*, complété par l'article 27, qui dispose qu'"une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant de la non-exécution d'un traité".

<sup>529</sup> Le système de droit civil, héritage d'un droit romano-germanique faisant primer le droit écrit, est ainsi la caractéristique de la majeure partie des pays d'Europe continentale, de l'Ouest et de l'Est, ainsi que de l'Amérique latine. Le système de *common law*, d'origine britannique, règne dans la plupart des pays du Commonwealth. Le droit coutumier, quant à lui, concerne de nombreux pays d'Afrique et d'Asie, tandis que l'on parle aussi de système de droit musulman, hindou ou juif. Cependant, il n'existe quasiment plus de pays qui soient uniquement basés sur la coutume ou la religion ; ce sont, en général, des systèmes mixtes, ayant emprunté soit à la *civil law*, soit à la *common law*, selon l'influence qu'ils ont subie lors de l'histoire, notamment coloniale. Voir R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2002.

internationales. C'est ainsi le trajet de la norme internationale elle-même qu'il convient de suivre, en partant d'elle.

Une étude comparée des droits constitutionnels montre une évolution frappante en matière de droit international. Depuis l'effondrement de l'URSS (généralement hostile à l'application interne du droit international), de très nombreux pays, qu'ils soient européens, africains ou d'Amérique latine, sont bien plus sensibilisés aux rapports entre droit international et droit interne. Ils ont ainsi soit élaboré de nouvelles constitutions, soit procédé à des révisions importantes. Désormais, quasiment tous les Etats du monde, à de rares exceptions, disposent de références relativement claires concernant une part importante du droit international : le droit conventionnel, domaine emblématique du monisme et du dualisme, deux options également réparties dans les systèmes contemporains. Il ne s'agit pas pour autant d'offrir au lecteur un catalogue de toutes les constitutions des quelque 192 Etats existants. Le choix est délibérément porté sur les constitutions les plus significatives des systèmes dualistes et monistes. De plus, il convient également de présenter les dispositions constitutionnelles représentant la diversité des systèmes de droit contemporains, partagés selon les grandes régions du monde <sup>530</sup>.

L'intégration des traités internationaux fait l'objet de nombreuses dispositions, allant de leur insertion automatique à une transformation des normes (Chapitre 1). En revanche, les modalités d'intégration du droit international non conventionnel sont nettement moins courantes. Les Etats disposant de principes fondamentaux clairement énoncés par leur constitution sont rares. Qu'il s'agisse de la coutume internationale, des principes généraux de droit ou des actes internationaux unilatéraux, le constat est celui de lacunes constitutionnelles (chapitre 2).

---

<sup>530</sup> Ainsi, 80 constitutions ont été recensées. Leurs dispositions pertinentes en matière de droit international ont été rassemblées en annexe. Sont étudiées environ 13 constitutions d'Amérique latine, 15 d'Europe de l'Ouest, ainsi que 8 d'Europe centrale et orientale, 23 d'Afrique subsaharienne et de l'Océan Indien, 8 d'Asie, 8 des Etats arabes, 3 d'Amérique du Nord et d'Océanie, et 2 du Moyen-Orient. Pour trouver les textes constitutionnels actuels, les sources Internet (notamment les sites officiels des ministères et ambassades) sont les plus riches. Toutefois, certains ouvrages récents ont effectué un travail considérable de synthèse de constitutions. Toutes ces sources sont répertoriées en annexe.

## Chapitre I. L'intégration des traités : de l'insertion automatique à la transformation des normes

Rien, dans le droit international, n'oblige un Etat à choisir un moyen plutôt qu'un autre, pour incorporer les normes internationales dans son système juridique. Simplement, *“le principe d'exécution de bonne foi des obligations conventionnelles impose l'introduction dans l'ordre juridique interne des traités qui établissent des droits et des obligations pour les particuliers”*<sup>531</sup>. Les traités seront alors intégrés différemment selon les techniques monistes ou dualistes, dont les principes théoriques sont couramment présentés par la doctrine<sup>532</sup>.

Lorsque le thème est abordé, on utilise alternativement les termes de réception, insertion, transformation, exécution, incorporation, intégration, et ainsi de suite. Sont-ils synonymes ou chacun a-t-il sa raison d'être en la matière ? Pour répondre à cela, il faut considérer les choix sémantiques des fondateurs de la doctrine dualiste à son origine. Ainsi, Anzilotti souligne qu'il peut exister deux types de lien entre les deux types d'ordres juridiques. Il distingue ainsi le "renvoi non réceptif et formel", du "renvoi réceptif ou matériel", appelé aussi "renvoi avec réception"<sup>533</sup>. Dans le premier cas, un ordre juridique effectue une simple référence à l'autre. Par exemple, une norme internationale traitant de la nationalité peut se référer au droit interne, en ce qu'il détermine cette nationalité. Inversement, une loi interne peut se référer à un crime dont la définition doit se rechercher dans un instrument international. Le second cas est celui qui porte à controverse doctrinale entre monisme et dualisme : c'est la façon dont le droit international pénètre dans l'ordre interne, en tant que norme. Or, l'auteur considère comme seule valable la réception de type dualiste, dans laquelle la norme internationale est "transformée" en norme interne. Ce terme de "renvoi réceptif" a conduit la doctrine à n'utiliser celui de "réception" que pour se référer à une situation dualiste. C'est ce que S. Laghmani souligne, lorsqu'il rappelle que *“la réception est une technique spécifique du dualisme. Elle est la marque de l'indépendance des ordres juridiques et le moyen de la communication des normes internes et internationales. C'est l'acte par lequel le droit interne accueille en son sein la norme internationale et lui confère par là même une validité nouvelle,*

<sup>531</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 227.

<sup>532</sup> Pour un résumé clair et concis des arguments respectifs du dualisme et du monisme, voir Ch. Rousseau, "Principes de droit international public", *RCADI* 1958-1, vol. 93, surtout pp. 465-474.

<sup>533</sup> D. Anzilotti, *Cours de droit international* (1929), Paris, Editions Panthéon-Assas, Collection Les introuvables, 1999, p. 59. L'auteur ne considère pas les systèmes juridiques internes et international comme totalement hermétiques, indifférents l'un à l'autre. Il est donc faux de dire qu'ils n'entretiennent aucun rapport. L'opposition essentielle entre monisme et dualisme se pose davantage en termes de hiérarchie des systèmes que de véritable indépendance.

*interne*”<sup>534</sup>. Toutefois, le mot réception est parfois utilisé indifféremment ; il n'est pas rare de lire, bien que cela soit impropre, que le système moniste français fonctionne sur le principe d'une "réception automatique". Ainsi, d'autres auteurs préfèrent une distinction, qui peut sembler plus explicite, entre incorporation et transformation. C'est ainsi que procède J. Dutheil de la Rochère, à propos du système anglais en matière de coutume internationale<sup>535</sup>. Cette distinction a néanmoins été reprise et élargie par d'autres : G. Teboul généralise ainsi, affirmant qu'il “*est clair que le dualisme renvoie à ce que l'on peut appeler "doctrine de la transformation"*”, et quelques lignes plus loin, que l'on “*peut estimer que l'expression "monisme est attachée à la formule "doctrine de l'incorporation"*”<sup>536</sup>. Dans un souci de clarté, il sera fait référence ici à l'insertion, pour traiter du monisme, et à la transformation, pour caractériser le dualisme.

Ainsi, dans un système dit moniste, le traité est en principe intégré selon le principe de l'insertion directe : il entre en vigueur en tant que tel dans l'ordre interne, sans qu'une procédure interne soit nécessaire pour l'y recevoir. La doctrine y reconnaît *a priori* un régime plus favorable au droit international, dont la primauté est mieux assurée. En revanche, les systèmes dualistes procèdent à une transformation de la norme internationale, qui devient une norme interne parmi d'autres. L'ordre juridique interne serait, dans ce cas, quasiment imperméable, d'un point de vue strictement formel, aux normes internationales. Celles-ci ne pourraient entrer en contact direct avec les sujets internes, en raison de la médiation étatique. La consistance de l'écran étatique est donc bien plus forte dans un cas que dans l'autre. Aucun des systèmes ne l'emporte sur l'autre, les constitutions nationales se partageant de façon égale entre les deux.

A l'aide des textes, on parvient à un constat quelque peu troublant : dans un premier temps, ils révèlent une opposition apparente entre monisme et dualisme dans le choix d'intégration des traités internationaux. Cette opposition apparente conduit à se demander si la médiation étatique est réalité ou bien fiction (Section 1). En effet, au-delà des options de base, chaque système, qu'il soit dit dualiste ou moniste, contient de nombreuses contradictions. Leurs techniques se ressemblent parfois étrangement. En perpétuelle évolution, la pratique des règles constitutionnelles démontre que malgré les apparences, les oppositions entre les deux régimes sont dépassées par cette pratique interne. Monisme et dualisme peuvent alors produire des effets similaires pour les individus (Section 2).

<sup>534</sup> S. Laghmani, “Droit international et droits internes : vers un renouveau du *jus gentium*?”, in R. Ben Achour et S. Laghmani (ss la dir. de), *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres internationales de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone, 1998, p. 25.

<sup>535</sup> J. Dutheil de la Rochère, “Le droit international fait-il partie du droit anglais”, in *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges Reuter, Paris, Pedone, 1981, p. 246.

<sup>536</sup> G. Teboul, “Ordre juridique international et ordre juridique interne”, *RDP*, 1999-3, p. 638.

### ***Section I. Des oppositions apparentes entre monisme et dualisme : la médiation étatique, entre fiction et réalité***

Même si la doctrine actuelle affirme son désintérêt pour traiter des rapports de système en termes de monisme et dualisme, ceux-ci perdurent encore. La plupart des constitutions possèdent bien une orientation générale qui opte pour l'un ou pour l'autre. Ainsi, le traité est directement intégré par le système moniste. On peut alors esquisser l'idée que le cheminement de la norme conventionnelle permettra à l'individu, si les conditions suivantes sont réunies, d'être destinataire de normes internationales (I). En revanche, le système dualiste procède à des modalités de transformation de la norme internationale, qui ne peut entrer directement, en tant que telle, dans l'ordre juridique étatique. Quelque voie que prenne ensuite ladite norme, elle ne pourra, *a priori*, avoir d'effet direct sur les particuliers. Ceux-ci ne seront, au mieux, que destinataires de "normes internes d'origine internationale" (II).

#### **I. Le traité intégré par le système moniste : l'individu destinataire de normes internationales**

L'expression de réception ou d'insertion "automatique" des traités est quelque peu trompeuse : loin d'être totalement automatique, l'entrée du droit conventionnel dans l'ordre juridique interne moniste passe parfois par plusieurs modalités formelles. Ainsi, dans les constitutions de tendance moniste, on constate souvent la présence de diverses clauses qui régissent l'entrée des traités internationaux dans l'ordonnement juridique interne (A). Après avoir étudié comment le traité pénètre dans l'ordre interne, il est nécessaire d'expliquer à quelle place il est inséré. En effet, selon sa valeur dans la hiérarchie des normes, ses effets pratiques se déploieront avec plus ou moins d'efficacité pour les individus. Là encore, la Constitution précise également, dans de nombreux cas, le rang qu'occupera le traité dans la hiérarchie des normes (B).

##### ***A. L'insertion "automatique" : signification des clauses constitutionnelles d'insertion***

Dans un système moniste, la réception formelle des traités n'est pas nécessaire : en principe, l'Etat ne prend ni acte ni procédure destinés à intégrer le traité. Cela signifie avant tout que la norme internationale peut entrer directement dans l'ordre interne, sans être transformée ni dénaturée, ni formellement, ni matériellement. L'expression couramment utilisée est donc celle de "l'insertion automatique". Toutefois, il faut bien que cette insertion soit encadrée, organisée : ce sont en premier lieu des clauses constitutionnelles qui la prévoient. Ces dispositions ne sont pas identiques dans tous les Etats, loin s'en faut. Il est cependant possible de synthétiser leur présentation, car elles possèdent de nombreux points communs révélateurs d'un choix moniste (1).

L'expression d'insertion "automatique" peut paraître artificielle, dans certains cas. Des modalités procédurales sont parfois bel et bien prévues, entre ratification et publication du traité. La fréquence d'une intervention parlementaire, dans ce laps de temps, confirme cette idée. Néanmoins, malgré la nécessité de ces modalités techniques, elles ne sont considérées que comme des formalités qui n'entament en rien la nature internationale de la norme : il ne s'agit, affirme-t-on généralement, que d'une simple répartition interne des compétences internationales (2).

### 1. Diversité des clauses constitutionnelles d'insertion automatique

La lecture des clauses constitutionnelles relatives au droit international n'est pas aisée. Elles sont rarement totalement claires. En la matière, un "bon" monisme constitutionnel est plus facile à identifier lorsqu'il contient deux indices. D'une part, l'affirmation que le droit international appartient à l'ordre juridique interne ; d'autre part, et c'est le plus important, il confère un rang hiérarchique à la norme internationale : ce rang, dans un système moniste, se doit d'être, en principe, supra-légal, afin que le droit international déploie réellement ses effets. Ce ne sont pas les seuls moyens d'identifier une optique moniste, mais ils se révèlent dans les clauses les plus courantes (a). D'autres dispositions, moins explicites, ont également mené à considérer une tendance moniste pour l'insertion des traités (b).

#### a. Les clauses courantes

Dans un souci de clarification, on peut identifier trois attitudes constitutionnelles qui, *a priori*, ouvrent une option moniste d'insertion des traités. Ainsi, certaines constitutions ne contiennent que le premier indice cité, et affirment que les traités internationaux "feront partie de l'ordre juridique interne". Une seconde série de textes n'indiquent, en revanche, que le rang hiérarchique des traités dans l'ordonnement juridique interne. Enfin, d'autres constitutions contiennent les deux indices en même temps.

La première attitude constitutionnelle est celle, par exemple, de la Constitution espagnole, dont l'article 96.1 dispose que "*les traités internationaux conclus de façon valable et une fois publiés officiellement en Espagne feront partie de l'ordre juridique interne*"<sup>537</sup>. Il en va de même pour l'article 8.2 de la Constitution portugaise, qui affirme que "*les normes figurant dans les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées entrent dans l'ordre interne dès leur publication officielle et restent en vigueur aussi longtemps qu'elles engagent au niveau international l'Etat portugais*". On peut également citer, dans la même optique, des pays d'Europe de l'Est tels que la Macédoine (article 118) ou la Roumanie (article 11), ou

<sup>537</sup> Toutes les références constitutionnelles peuvent être retrouvées en annexe.

certaines Etats d'Amérique latine, dont le Pérou (article 55) et la Colombie (article 53). Ce type de disposition courante signifie peu et beaucoup à la fois. Elle est bien significative du monisme, en ce qu'il n'y a pas, par principe, un écran hermétique entre la norme internationale et l'ordre interne : il n'est pas nécessaire, dans ce cas de figure, de prendre des mesures internes spécifiques de transformation ou d'exécution du traité pour qu'il acquière une validité interne. Néanmoins, l'absence de mention du rang hiérarchique ne permet pas d'aller au-delà des conclusions précédentes. Il n'est donc pas possible d'affirmer que le traité international va primer sur les normes internes. Or, cela fait partie des conditions *a priori* indispensables pour reconnaître un système moniste.

La seconde attitude court-circuite, en quelque sorte, le premier indice, pour passer directement à la question de la hiérarchie des normes : à quelle place le traité est-il inséré ? De nombreuses constitutions se ressemblent en la matière. Ainsi, on peut prendre le célèbre exemple français de l'article 55 de la Constitution de 1958, disposant que *“les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”*. Loin d'être unique, cet exemple a été repris, avec plus ou moins de mimétisme, par de nombreuses constitutions d'Afrique de l'Ouest<sup>538</sup>. L'Algérie et la Tunisie font également parties des Etats dotés de telles dispositions. Ainsi, l'article 32 de la Constitution tunisienne de 1959 s'en inspire fortement, et dispose que *“les traités dûment ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de leur application par l'autre partie”*. Il en va presque de même pour le texte algérien, dont l'article 132 prévoit que *“les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieurs à la loi”*. Cette clause générale est celle que l'on reconnaît comme clause d'insertion automatique, donc de nature moniste. Pourtant, il faut d'emblée évoquer une tendance contestataire dans la doctrine française, dont certains représentants soutiennent que *“le choix fait par la Constitution de 1958 paraît plutôt d'inspiration dualiste, puisqu'elle comporte, spécialement avec l'article 55, ...un mécanisme de réception formelle et conditionnelle du droit conventionnel”*<sup>539</sup>. On ne peut qu'exprimer son désaccord face à cette position, car elle semble conduire à considérer l'ensemble des constitutions comme

<sup>538</sup> C'est le cas pour les constitutions suivantes : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Mali, Niger, Sénégal, République centrafricaine, Tchad, Togo. On peut y ajouter le Congo, la Guinée, Madagascar, ou encore la Mauritanie. Bien que l'influence du colonialisme français puisse compter parmi les raisons de ce mimétisme, toutes ces constitutions ont été révisées ou réécrites entièrement depuis le début des années 1990. La prise en compte du droit international est en général assez récente. Certains pays d'Afrique des grands lacs sont également dotés de constitutions contenant des dispositions similaires. Cependant, compte tenu de l'incertitude politique qui y règne, les textes sont modifiés trop souvent pour être significatifs dans cette étude.

<sup>539</sup> S. Sur, "Progrès et limites de la réception du droit international en droit français", in R. Ben Achour et S. Laghmani, *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres internationales de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone 1998, p. 230.

étant de nature dualiste. C'est d'ailleurs ce qu'affirme l'auteur : avant de prendre parti sur la Constitution française, il développe sa théorie selon laquelle *“le monisme n'est en pratique qu'une modalité ou qu'une variante du dualisme”*<sup>540</sup>. Or, si la Constitution prévoit, en effet, un mécanisme d'insertion (et non de "réception"), celui-ci est bien différent des mécanismes utilisés dans les systèmes dualistes.

On peut estimer que cette clause est bien plus significative, en terme de monisme, que la simple mention de l'insertion dans l'ordre interne. En effet, celle-ci est nécessairement sous-entendue, puisque le traité est inséré, mais à une place déterminée. Dans chacun des cas cités, le traité acquiert un rang supra-légal. D'une part, cela respecte la vocation du droit international à primer sur le droit interne, puisque le traité peut réellement déployer ses effets. D'autre part, cela signifie que le traité international conserve sa nature de norme internationale : il est reconnu en tant que tel, et non transformé en norme interne.

Un troisième type de clause courante réunit les deux indices monistes précédents. Une disposition constitutionnelle prévoit alors l'insertion automatique du traité international, auquel elle confère une valeur supra-légale. Tel est le cas, par exemple, de l'article 28.1 de la Constitution grecque, qui dispose que *“les règles du droit international généralement reconnues, ainsi que les conventions internationales dès leur ratification par la loi et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacune d'elles, font partie intégrante du droit hellénique interne et priment toute disposition de loi contraire”*. La Constitution russe de 1993, elle aussi, prévoit, en son article 15.4, que *“les principes et normes universellement reconnus du droit international et les traités internationaux de la fédération de Russie sont parties intégrantes de son système juridique. Si d'autres règles que celles prévues par la loi sont établies par un traité international de la Fédération de Russie, les règles du traité international prévalent”*. D'autres pays ont opté également pour cette démarche moniste. On peut citer notamment, pour l'Europe de l'Est, la Bulgarie (article 5.4), et pour l'Amérique latine, l'Equateur (article 163). En revanche, on peut déjà noter qu'aucun pays asiatique ne connaît de telles dispositions.

---

<sup>540</sup> S. Sur, "Progrès et limites de la réception du droit international en droit français", *op.cit.*, p. 229. S. Sur n'est pas seul à penser cela. C'est aussi la position de C. Santulli, comme on l'a déjà vu : cf. supra, partie I, note 196, p. 76. Voir également les positions de J. Combacau, dans ses conclusions in P.M. Dupuy (sous la dir. de), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Ed. Panthéon-Assas, 2001, pp. 89-90. Les positions de D. Alland vont également dans ce sens : voir D. Alland, "Le juge français et le droit d'origine internationale", dans le même ouvrage, pp. 47-61. En revanche, pour une analyse plus "traditionnelle", voir E. Decaux, P.M. Eisemann, V. Goesel le Bihan, B. Stern, "France", in P.M. Eisemann (sous la dir de), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law international, 1996, pp. 241-286.

Telles sont ainsi les clauses constitutionnelles monistes le plus courantes. Elles prévoient une insertion du traité sans modalité supplémentaire apparente <sup>541</sup>. Elles ne sont pourtant pas un modèle unique : d'autres normes constitutionnelles sont également interprétées comme étant significative d'une tendance moniste. Toutefois, ces dispositions ne sont pas toutes d'une pertinence et d'une clarté égales.

*b. Les clauses particulières*

On a déjà insisté sur le fait que la doctrine contemporaine délaisse le vocabulaire moniste ou dualiste pour caractériser les rapports entre droit international et droit interne. Les auteurs privilégient davantage l'analyse de l'applicabilité directe du traité, qui ne dépend pas exclusivement des textes constitutionnels de base, mais également de qualités propres à la norme internationale considérée. De même, certaines constitutions récentes pratiquent une forme de monisme "moderne" : qu'elles comportent ou non une mention relative à l'insertion directe ou à la primauté du traité sur la loi, elles évoquent surtout la question de l'applicabilité directe des conventions internationales. Deux Etats peuvent servir d'exemple ici, bien que leurs textes ne signifient pas exactement la même chose : il s'agit de la Pologne et des Pays-Bas.

Ainsi, l'article 91 de la Constitution polonaise de 1997 contient les deux types de clauses précédemment cités <sup>542</sup>. Son premier paragraphe affirme que le traité fait partie intégrante de l'ordre juridique interne, tandis que le second confère une autorité supérieure à la loi aux traités soumis à autorisation législative. Toutefois, la particularité de cet article est qu'il évoque la notion d'applicabilité directe du traité, ce qui renforce son statut interne. En effet, non seulement le traité pénètre en tant que tel dans l'ordre interne, mais il est également (par principe et sauf exception, comme cela est mentionné) invocable par les individus. Si les dispositions précédentes laissaient un doute quant au choix du monisme, cette mention le dissipe totalement. Il est rare que

<sup>541</sup> Bien que la publication du traité soit une condition fréquemment évoquée par les textes, les avis divergent quant à sa signification : condition d'insertion, condition hiérarchique, ou condition d'opposabilité aux particuliers ? Ainsi, l'article 55 de la Constitution française la présente de façon très maladroite comme une condition hiérarchique de primauté sur la loi. En revanche, la circulaire du 30 mai 1997 explicitant les procédures d'application des normes internationales affirme que "*la publication a pour objet : ...d'introduire l'accord dans l'ordre juridique national*". La doctrine ainsi que la jurisprudence considèrent au contraire qu'il s'agit d'une condition d'opposabilité du traité aux particuliers. Voir "France", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 257. La question dépendant largement des choix effectués par les juges, elle sera donc traitée dans le titre II.

<sup>542</sup> Article 91 de la Constitution du 17 octobre 1997 : "1. Le traité ratifié, après sa publication au Journal des lois de la République, constitue une partie intégrante de l'ordre juridique national et il est directement applicable, sauf si son application relève de la promulgation d'une loi. 2. Le traité ratifié en vertu d'une loi d'autorisation a une autorité supérieure à celle de la loi lorsque celle-ci est incompatible avec les traités. 3. Si cela résulte du traité ratifié par la République de Pologne instituant une organisation internationale, le droit qu'il crée est directement applicable et a une autorité supérieure en cas d'incompatibilité avec les lois". On peut souligner que l'article 126 de la Constitution albanaise de 1998 est une copie fidèle de cette disposition.

cette applicabilité directe du traité soit présumée par un texte constitutionnel. En effet, cette qualité intrinsèque au traité, déterminante pour les particuliers, est en général étudiée et découverte par les juges.

Un autre texte fait également référence, bien qu'indirectement, à cette notion d'applicabilité directe. Sans la présumer ni même la nommer, au contraire de la Pologne, la Constitution des Pays-Bas la reconnaît et lui donne un effet particulier. En effet, elle distingue entre les traités qui lient les particuliers et ceux qui ne lient pas, aux articles 93 et 94<sup>543</sup>. La distinction se présente ici non seulement en terme d'insertion dans l'ordre interne, mais également en termes de hiérarchie<sup>544</sup>. Ainsi, l'article 93 donne force obligatoire aux traités qui "lient chacun" : on y reconnaît les traités d'applicabilité directe, qui peuvent être invoqués directement par les individus, puisqu'aucune mesure interne n'est nécessaire pour les exécuter. En outre, l'article 94 leur confère une valeur supra-légale. Si ces clauses particulières sont de nature monistes, elles n'impliquent pas, en revanche, une insertion automatique de tous les traités : il ne s'agit pas d'une clause générale concernant tous les traités. Disposition plutôt rare, elle laisse une grande marge de manœuvre aux juges, qui devront apprécier, à la lecture de la norme internationale, son éventuel effet direct.

Une autre forme de monisme "conventionnel" peut également être contenu par des clauses constitutionnelles particulières. Ainsi, la Constitution suisse, entièrement révisée en 1999, comporte une disposition qui envisage la question sous un autre angle : son article 189 impose au juge (fédéral) d'accepter les réclamations individuelles effectuées sur le fondement de traités internationaux<sup>545</sup>. *A contrario*, c'est bien leur reconnaître une possibilité d'applicabilité directe. En revanche, elle ne comporte pas les clauses monistes courantes. Si l'appartenance du traité à l'ordre juridique interne peut se déduire de son invocabilité par les individus, en revanche son rang hiérarchique n'est pas déterminé, et laissé à l'appréciation des juges.

Cette applicabilité par le juge mène à évoquer ici le système américain : très particulier, il n'est pas dualiste, mais pas totalement moniste non plus, lorsque l'on s'en

---

<sup>543</sup> Article 93 : "Les dispositions des traités et des décisions des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun par leur teneur ont force obligatoire après leur publication".

Article 94 : "Les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun".

<sup>544</sup> Sur ce point, il convient de distinguer la teneur de l'article 94 de celle d'autres pays qui effectuent également une hiérarchisation selon les catégories de traités. Ici, elle consiste à conférer une valeur supra-légale aux traités d'applicabilité directe. Ailleurs, elle consiste en une hiérarchisation entre les traités, selon leur contenu. Certains peuvent alors même se voir reconnaître un rang constitutionnel. Voir *infra*, B.

<sup>545</sup> Article 189 de la Constitution du 19 avril 1874 (révision de 1999) : "Le tribunal fédéral connaît...c) des réclamations pour violation des traités internationaux ou de conventions inter-cantoniales". L'article 191 procède de façon identique pour le droit international général.

tient à la lecture de la Constitution. Son article 6.2 évoque les traités internationaux, et 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”*. Comme dans l'hypothèse de la Constitution suisse, l'obligation faite au juge d'appliquer les normes conventionnelles internationales laisse entendre que celles-ci peuvent être applicables directement aux individus. De plus, il est bien fait mention de la hiérarchie des normes internes, dans laquelle les traités occupent une place prépondérante. Toutefois, le système américain possède une double particularité, par rapport au système français notamment : il s'agit d'un système fédéral et de *common law*. La Constitution américaine cherche donc surtout à aménager les rapports entre droit fédéral et droit fédéré : la hiérarchie des normes prévoit donc une primauté des traités sur les lois des Etats fédérés, ce qui n'implique aucune conséquence immédiate quant à leur rapport avec les lois fédérales. Par ailleurs, la tradition de *common law* implique un rôle prépondérant de la jurisprudence, qui fixe l'état du droit davantage que les textes. Cette double caractéristique, si elle permet quand même d'affirmer une optique *a priori* moniste pour l'insertion des traités, ne peut être confirmée que par la façon dont les juges appliquent les règles constitutionnelles. Ce sont eux qui, en fin de compte, contribuent à fixer les rapports hiérarchiques entre traités et autres normes internes, notamment fédérales. Tel est le cas pour d'autres constitutions, ayant emprunté à l'article 6.2 du texte américain. Ainsi, l'article 133 de la Constitution mexicaine en est une fidèle copie. Dans le même sens, l'article 31 de la Constitution argentine peut être évoqué <sup>546</sup>.

Il est des clauses particulières dont on ne peut guère tirer de conclusions quant au monisme ou au dualisme du système constitutionnel. Certaines ne sont nullement explicites, comme la Constitution japonaise qui affirme simplement que *“les traités conclus par le Japon et le droit international établi doivent être scrupuleusement observés”*. D'autres se contentent d'évoquer la ratification ou la publication des traités internationaux. Ainsi, la Constitution du Cap-Vert prévoit l'application des traités dans l'ordre interne après leur publication, tandis que la Constitution du Burundi leur confère un effet après la seule ratification <sup>547</sup>. Toutefois, si ces dispositions peuvent paraître explicites,

<sup>546</sup> L'article 31 dispose ainsi que la Constitution, les lois et traités sont "la loi suprême de la Nation", et que les "autorités de chaque province doivent s'y conformer". En revanche, contrairement au texte américain, ce n'est pas le seul article relatif aux traités internationaux. Ainsi, l'article 75.22 affirme la primauté des traités sur la loi. De plus, l'article 43 pose l'invocabilité des traités par les individus : en effet, ceux-ci peuvent effectuer un recours contre toute décision qui "lèse, restreint, altère ou menace" un droit garanti par (notamment) un traité. Il s'agit donc de dispositions monistes très complètes.

<sup>547</sup> Cap-Vert, article 11.2 : "Les traités et accords internationaux dûment approuvés ou ratifiés sont appliqués dans l'ordre cap-verdien après leur publication officielle et leur entrée en vigueur dans l'ordre juridique international..." Burundi, article 173 : "Les traités ne prennent effet qu'après avoir été régulièrement ratifiés".

elles nécessitent, là encore, un complément d'information. En l'absence de mention relative à l'appartenance à l'ordre interne, à la primauté des traités ou à leur applicabilité, aucune réponse définitive ne peut être apportée. En effet, ratification et publication ne sont pas des conditions relatives à l'insertion du traité dans l'ordre interne. La ratification est une procédure de conclusion du traité, qui engage l'Etat au niveau international ; la publication, quant à elle, est en général perçue non comme une condition d'insertion, mais comme condition d'opposabilité du traité aux particuliers. Entre les deux, on ignore, dans les cas précédemment cités, si d'autres modalités procédurales existent. Si, comme le laisse entendre le silence de la Constitution, elles n'existent pas, alors il s'agit d'un système moniste.

Enfin, certaines constitutions ne font que décrire la procédure nationale de ratification. Ainsi, des Etats tels que Chine, Laos, Vietnam, ou encore Brésil et Chili, opèrent une simple répartition des compétences internes des pouvoirs exécutif et législatif en matière de ratification. Il est alors totalement impossible de savoir, au regard des textes, si ces pays ont opté pour monisme ou dualisme, ni même s'ils insèrent et appliquent le traité international dans leur ordre interne. Le silence de leurs textes révèle avant tout leur indifférence envers les doctrines moniste et dualiste.

Dans tous les cas monistes envisagés, quelles que soient les clauses constitutionnelles, on considère qu'elles ne font qu'aménager la répartition des compétences internes en matière d'accords internationaux. En effet, l'insertion dite "automatique" fait fréquemment intervenir le pouvoir législatif à un moment donné de la procédure. Toutefois, contrairement à l'interprétation que l'on fait des systèmes dualistes, l'explication de cette intervention réside uniquement dans cet aménagement de la séparation des pouvoirs.

## 2. Une simple répartition interne des compétences internationales

Dans tous les Etats pratiquant le monisme conventionnel, l'insertion dite automatique des traités nécessite néanmoins certaines procédures. Trois étapes préalables conditionnent, en quelque sorte, l'entrée du droit international conventionnel dans le droit interne : la ratification, qui est parfois précédée d'une autorisation parlementaire, ainsi que la publication du texte dans un journal officiel. Ces exigences, qui mêlent procédures de conclusion et d'insertion du traité, tiennent à la répartition interne des compétences internationales et ne signifient nullement, pour un système moniste, la transformation du traité en droit interne. Si intervention législative il y a, ce n'est que dans un rôle de chambre d'enregistrement (a). De plus, on peut noter que cette intervention législative, destinée à autoriser le pouvoir exécutif à ratifier le traité, n'intervient pas dans tous les cas : elle est variable selon la nature du traité et son importance pour les pouvoirs législatif et exécutif (b).

*a. Répartition des compétences entre exécutif et législatif: le parlement, chambre d'enregistrement des traités*

Il convient de rappeler que l'Etat doit remplir ses obligations (notamment conventionnelles) de bonne foi, ce qui peut impliquer l'insertion des traités dans l'ordre juridique étatique. Cependant, le droit international n'en impose pas davantage : le respect de la souveraineté implique le libre choix de l'organisation des pouvoirs publics internes. La bonne exécution des traités dépend donc de choix internes. On constate alors une relative diversité des moyens d'intégration des normes internationales en droit interne. Or, comme le souligne J. Verhoeven, "...ces mécanismes d'introduction reflètent des préoccupations domestiques assez élémentairement liées à une distribution interne des pouvoirs"<sup>548</sup>. Quel que soit le système juridique et politique d'un Etat, les pouvoirs exécutif et législatif se partagent les compétences en matière de relations internationales. Ils sont tous deux impliqués, le premier dans la phase de négociation et de conclusion d'un traité, le second dans un rôle de "légitimation" interne des décisions ainsi prises<sup>549</sup>.

Les monismes européens, par exemple, possèdent des caractéristiques communes en la matière. P.M. Eisemann souligne ainsi que l'origine monarchique de la majorité des pays européens est la principale explication à la répartition des compétences internes en matière de traités internationaux<sup>550</sup>. Le souverain a toujours eu l'exclusivité de la représentation étatique à l'étranger et de la conduite des relations internationales. Aujourd'hui, il est remplacé dans cette fonction par le chef de l'Etat ou, plus généralement, par les organes détenant le pouvoir exécutif. Ceux-ci sont chargés de la négociation et de la conclusion des accords internationaux. Mais l'Etat, pour s'engager, doit confirmer cette conclusion par le biais de la ratification, qui exprime le consentement de l'Etat à être lié internationalement par le traité. Elle n'est pas une procédure d'insertion du traité dans l'ordre interne, mais une procédure de conclusion du traité ; la plupart des traités conditionnent en effet leur entrée en vigueur internationale à l'échange ou au dépôt des instruments de ratification. La ratification est ici un préalable indispensable à l'insertion, et certaines constitutions prévoient expressément que seuls les traités "régulièrement" ou "dûment" ratifiés entreront dans l'ordre interne. Elle n'est toutefois pas le seul moyen, pour l'Etat, de s'engager internationalement. De nombreuses procédures simplifiées existent, de la simple signature à l'approbation du traité par un organe détenant le pouvoir exécutif, qu'il s'agisse du chef de l'Etat ou du gouvernement. Quelque soit la personne compétente

<sup>548</sup> J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *RBDI*, 1980-2, p. 250.

<sup>549</sup> Le Parlement intervient, en général, après la signature du traité et avant sa ratification. Toutefois, il peut aussi être actif pendant la phase de négociation, mais il s'agit alors d'un rôle politique d'information et de consultation plus que d'un rôle normatif.

<sup>550</sup> P.M. Eisemann, "La conclusion des traités", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique interne, étude de la pratique en Europe*, *op.cit.*, p. 3-10.

pour procéder à cette conclusion, "*ces pratiques étatiques dictées par les impératifs des relations internationales se sont développées de façon très pragmatique sans que l'on ait nécessairement cherché à trancher la question de leur compatibilité avec les dispositions constitutionnelles en vigueur...*"<sup>551</sup>. P.M. Eisemann remarque qu'une seule véritable différence existe, entre les systèmes unitaires et fédéraux : dans les premiers, le pouvoir exécutif dispose du monopole en matière de conclusion de traités, alors que dans les seconds, les autorités fédérales et fédérées se partagent les compétences<sup>552</sup>.

Il arrive qu'une intervention parlementaire préalable à la ratification (ou approbation, selon les termes nationaux choisis) d'un traité soit nécessaire. Elle consiste en une loi par laquelle le pouvoir législatif autorise le pouvoir exécutif à engager l'Etat dans la conclusion d'un traité. Or, on peut constater que "*la loi d'autorisation constitue une loi au sens formel du terme mais, simple autorisation donnée à l'exécutif, elle ne présente aucun contenu normatif*"<sup>553</sup>. Dans un système moniste, cette intervention du législateur, si elle est préalable à l'application du traité, n'en fait pas un co-auteur de la norme internationale. Le Parlement est alors une simple chambre d'enregistrement. Les systèmes dualistes, quant à eux, connaissent aussi des interventions parlementaires, préalables ou concomitantes à la ratification. Pourtant, elles sont interprétées de façon totalement différente : elles transforment le traité en norme interne, caractéristique essentielle du dualisme. Leur contenu et leur signification ne sont, *a priori*, pas les mêmes que dans un système moniste. En effet, l'intervention parlementaire, dans un système dualiste, ne se contente pas d'autoriser la ratification, c'est-à-dire l'engagement international : elle consiste également en un ordre d'exécution interne du traité. Autorisation et ordre d'exécution peuvent être pris ensemble, mais n'ont pas la même portée.

Pourtant, même dans un système moniste, il est parfois évoqué l'hypothèse d'une "ratification par la loi". Le législateur ratifie-t-il lui-même le traité, ou ne fait-il qu'autoriser sa ratification par l'exécutif ? Selon le dictionnaire Salmon, l'expression de ratification parlementaire est impropre : en effet, "*l'intervention législative s'analyse soit en une autorisation donnée au chef de l'Etat pour que ce dernier ratifie, soit en une action législative en vue de donner effet au traité en droit interne. Cet emploi doit donc être tenu pour incorrect car il*

<sup>551</sup> P.M. Eisemann, "La conclusion des traités", *op.cit.*, p. 4. Pour une synthèse des différentes procédures de conclusion d'un traité utilisées en France, on peut voir V. Goesel le Bihan, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la V<sup>ème</sup> République*, Paris, Pedone, 1995, p. 394 : un tableau synthétique et statistique des procédures utilisées entre 1959 et 1990 montre que la procédure de signature a été la plus fréquente jusqu'au début des années 1980, puis vient la procédure d'approbation qui a pris le dessus depuis la même période. Les procédures simplifiées sont donc les plus courantes. La ratification, quant à elle, était la seconde procédure entre 1959 et 1963, puis a diminué pour ne représenter plus de 5% des procédures employées au début des années 1990.

<sup>552</sup> Ainsi, les Länder allemands peuvent conclure des traités dans le cadre de leurs domaines de compétences législatives. Voir P.M. Eisemann, "La conclusion des traités", *op.cit.*, p. 9.

<sup>553</sup> "France", in P.M. Eisemann (sous la dir de), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, p. 251.

*confond "ratification" et "acte d'habilitation à ratifier" ou "acte d'assentiment"*<sup>554</sup>. Cela semble confirmé par un exemple frappant. Ainsi, l'article 33 de la Constitution tunisienne dispose que *"les traités sont ratifiés par une loi"*, tandis que l'article 48 prévoit que *"le Président de la République promulgue les traités"*. Or, une telle intervention législative pourrait signifier une transformation du traité en norme interne. De plus, le terme promulgation implique un système dualiste, tel que la France le pratiquait avant 1946. Pourtant, tel n'est pas le cas, et la constitution tunisienne prévoit en réalité les mêmes modalités que la constitution française. Certains auteurs ont ainsi souligné des problèmes de traduction menant à des confusions entre ratification, promulgation et approbation. En réalité, c'est bien le Président de la République qui ratifie les traités, après une autorisation de l'Assemblée nationale tunisienne<sup>555</sup>.

Dans tous les cas d'autorisation parlementaire préalable de ratification, une interprétation moniste implique que la norme internationale conserve son intégrité. Malgré l'existence d'une procédure (qui relève davantage de la conclusion que de l'insertion du traité), on se situe dans une politique d'insertion "quasi-automatique" des conventions internationales. Cette intervention législative remplit un rôle essentiellement politique et n'a pas d'effet juridique sur le contenu de la norme internationale. Il s'agit de respecter la répartition démocratique des compétences internes. Ainsi, si l'exécutif conclut un traité qui empiète sur un domaine de compétence traditionnellement législatif, cela peut porter atteinte à la séparation des pouvoirs. Il faut alors obtenir l'accord de l'autorité compétente en la matière. C'est pourquoi, dans de nombreux Etats, l'autorisation parlementaire est recherchée uniquement dans le cas de tels traités. Ceux dont la ratification est précédée d'une autorisation seront, traditionnellement, les plus importants en terme de politique intérieure. Là encore, cela varie selon les situations nationales.

#### *b. Autorisation parlementaire préalable : variations selon les traités*

La fréquence de l'intervention parlementaire est extrêmement variable d'un Etat à l'autre. Certains exigent une autorisation préalable systématique, tandis que d'autres la pratiquent seulement pour certains traités, selon leur "thème". Comme le souligne P.M. Eisemann, *"l'hypothèse extrême serait que l'Etat ne puisse être lié par un traité sans le consentement préalable du Parlement, celui-ci autorisant dans tous cas la ratification ou l'approbation de l'instrument. Cette situation ne se rencontre pas, sauf sous la forme d'une affirmation de principe"*

<sup>554</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 929.

<sup>555</sup> G. Gheraïri et D. Jaïbi, "La Constitution tunisienne et le droit international", in R. Ben Achour et S. Laghmani (ss la dir. de), *Droit international et droits internes, développements récents, op.cit.*, pp. 107-132.

que le Parlement peut lui-même assortir d'exceptions"<sup>556</sup>. Cette affirmation, émise dans le cadre d'une étude des pays d'Europe de l'Ouest, ne correspond pas à une situation générale. Ainsi, en Europe, cela ne concerne, d'après l'auteur, que les Pays-Bas (article 91 de la Constitution) et le Luxembourg (article 37). Aux Pays-Bas, la loi d'autorisation n'est pas une obligation absolue : d'une part, il est précisé que "la loi détermine les cas où l'approbation n'est pas requise". D'autre part, l'article 91.2 prévoit la possibilité d'une approbation tacite<sup>557</sup>. La formule envisagée par la Constitution luxembourgeoise est présentée différemment : elle dispose que "les traités n'auront pas d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi" : dans cette hypothèse, l'intervention parlementaire consiste-t-elle seulement à autoriser la ratification par l'exécutif, ou effectue-t-elle également une transformation du traité en norme interne ? La question se pose : en effet, l'expression "donner effet à" peut paraître ambiguë. Il est ainsi curieux de constater que le même auteur analyse différemment la Constitution belge, bien qu'elle utilise la même expression<sup>558</sup>. Ainsi, il estime que dans le cas belge, "...cet assentiment parlementaire ne constitue pas une autorisation de ratification...et il ne fait que conditionner l'applicabilité interne du traité, ce qui en fait une formalité d'introduction ou de réception"<sup>559</sup>. Toutefois, cette interprétation laisse perplexe car l'intervention parlementaire a toujours lieu avant la ratification, dont elle est le préalable. La formule "donner effet à" entraîne donc des confusions quant à l'implication du parlement dans la phase de conclusion ou dans celle de l'insertion du traité. Sans autres indices monistes, cette seule expression n'implique aucune réelle signification quant à un choix moniste ou dualiste d'intégration des traités.

Hors d'Europe, un certain nombre de pays pratiquant le monisme conventionnel imposent une consultation législative préalable et systématique. Tel est le cas notamment de la Russie (article 106), des Etats-Unis (article 2, section 2, §2), du Gabon (article 113), de la Tunisie (article 33), ou encore de la Colombie (article 224). La procédure n'est pas toujours présentée formellement au même endroit de la Constitution. Certaines constitutions l'envisagent parmi les pouvoirs du chef de l'Etat, qui avant de ratifier, doit obtenir l'autorisation de l'exécutif : par exemple, les deux-tiers du Sénat américain doivent approuver le traité avant qu'il ne soit ratifié. D'autres

<sup>556</sup> P.M. Eisemann, "La conclusion des traités", *op.cit.*, p. 8.

<sup>557</sup> C.M. Brölmann, "Pays-Bas", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 439 : l'approbation parlementaire, précisée par une loi du 20/8/94, est tacite si elle n'a pas été expresse dans les 30 jours qui suivent la présentation du traité au parlement.

<sup>558</sup> Article 167 de la Constitution du 17 février 1994 : "...Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des chambres".

<sup>559</sup> P.M. Eisemann, "La conclusion des traités", *op.cit.*, p. 7. J. Verhoeven semble confirmer ce point de vue en distinguant "assentiment" et "autorisation". Avant la nouvelle Constitution belge de 1994, les autorités législatives donnaient leur autorisation au traité, "dont le défaut mettrait en cause sa validité internationale" (p. 125). Depuis, le terme a été remplacé dans le texte par celui d'assentiment, interprété par l'auteur comme conditionnant l'applicabilité interne du traité. Voir J. Verhoeven, "Belgique", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, pp. 115-149.

constitutions l'envisagent dans une section propre aux traités internationaux, qui ne "seront valides qu'après l'accord du Congrès", selon ici le texte colombien. Dans tous les cas cités, cette autorisation parlementaire n'empêche nullement les autres clauses monistes de produire leur effet (quand elles existent), quant à l'insertion dans l'ordre interne et à la hiérarchie du traité.

Un second type de constitutions prévoit une autorisation parlementaire seulement pour certains traités <sup>560</sup>. On peut prendre l'exemple de l'article 53 de la Constitution française, loin d'être unique en son genre. "*Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés*" <sup>561</sup>. Il serait inutile et très long de reprendre l'ensemble des dispositions des pays qui procèdent ainsi. En revanche, on peut remarquer que les traités soumis à approbation, dans ces hypothèses, sont souvent les mêmes : leurs domaines d'applications sont ceux considérés comme les plus importants pour la Nation. Ils touchent ainsi aux domaines de la paix ou de la défense (sécurité nationale, militaire), à des questions économiques (qu'il s'agisse de la coopération économique entre Etats ou des finances publiques). Dans de nombreux Etats, les traités concernant plus particulièrement les individus ("liant" les individus, ou "concernant les droits fondamentaux") sont également soumis à l'autorisation législative. Il est également fréquent de trouver de telles dispositions en matière de participation aux organisations internationales. Enfin, les traités touchant des domaines habituellement de compétence de la loi sont également très souvent concernés. Cette disposition est parfois complétée par les traités nécessitant des "mesures législatives d'exécution". On peut citer, pour les Etats concernés, l'Espagne (article 94.1), la Grèce (article 36.2), la Bulgarie (article 85), la Pologne (article 89), ou encore l'Equateur (article 165). Plusieurs pays d'Afrique, ayant subi l'influence française, sont également dotés de dispositions similaires à celle de l'article 53 de la Constitution française. On retrouve ainsi, dans cette liste, la plupart des Etats précités dotés de clauses constitutionnelles monistes, courantes ou particulières.

Comment se déroule la procédure, en pratique ? On peut prendre l'exemple de la Convention du 18 juillet 1998 portant statut de la Cour pénale internationale, qui

<sup>560</sup> On peut souligner la particularité du système portugais, intermédiaire entre les deux systèmes : si tous les traités doivent être préalablement approuvés, l'approbation est soit celle de l'Assemblée, pour une liste déterminée des traités les plus importants (article 161), soit une approbation politique du Gouvernement, pour les autres (articles 197 et 200).

<sup>561</sup> On peut remarquer que l'expression "prendre effet", proche de celle qui fait l'objet d'interprétations complexes en Belgique, ne pose apparemment pas de problème en France. Le régime français, en matière d'insertion de traités internationaux, est toujours perçu comme étant moniste, qu'il y ait autorisation législative préalable ou non.

illustre l'ensemble des procédures exigées par les articles 53 et 55 de la Constitution française <sup>562</sup>. Le Conseil d'Etat ayant déterminé qu'elle entrait dans le champ d'application de l'article 53, elle a été soumise au Parlement qui a autorisé sa ratification par une loi du 30 mars 2000 <sup>563</sup>. Cette demande d'autorisation parlementaire est explicitée par la "circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux" : le ministère des affaires étrangères doit constituer un dossier du projet de loi comportant notamment une étude d'impact, une note de la direction des affaires juridiques justifiant l'entrée du traité dans le champ d'application de l'article 53, ainsi que le texte du traité lui-même. En pratique, la loi d'autorisation contient un article unique, qui dispose que "est autorisée la ratification de la Convention...et dont le texte est annexé à la présente loi". En l'espèce, elle a ensuite été ratifiée par le Président de la République le 9 juin 2000 <sup>564</sup>.

Il est impossible de répertorier la fréquence des interventions parlementaires dans le cadre de cette étude comparée des dispositions constitutionnelles. Il faut avant tout retenir ici qu'elle est loin d'être systématique, réservée en général à des traités de grande importance ; elle n'a pas de signification sur la nature de la norme internationale. En effet, dans toutes ces hypothèses, on peut considérer que le rôle du législateur est ici non contraignant et restreint. Il ne fait qu'approuver les termes d'un traité : l'assentiment parlementaire ne fait pas du législateur un co-auteur de la norme internationale, mais une simple chambre d'enregistrement, conférant une légitimité démocratique interne au traité. En fin de compte, la seule procédure d'insertion de ces normes conventionnelles réside dans leur publication. Celle-ci est soit prévue par la Constitution, soit par une autre norme interne. En France, elle n'est qu'évoquée à l'article 55, et consacrée en revanche par un décret de 1953.

En évoquant les conditions d'insertion des traités internationaux, on a beaucoup parlé de leur ratification, qui relève pourtant de la procédure de conclusion du traité. Deux remarques doivent être émises : d'une part, les exigences de la pratique internationale font varier les procédures de conclusions entre ratification, approbation, ou simple signature. Selon l'importance diplomatique et politique du traité, selon la rapidité nécessaire à la conclusion du traité, les choix nationaux s'adaptent. La pratique ne respecte pas toujours à la lettre les dispositions constitutionnelles. D'autre part, les nécessités de la vie politique interne font que l'intervention du législateur est

---

<sup>562</sup> Bien que cette convention illustre aussi la question, il ne sera pas traité ici de la hiérarchie des normes et des exigences de conformité entre le traité et la Constitution, ni de la procédure de révision constitutionnelle. La loi constitutionnelle no.99-568 du 8 juillet 1999 a inséré un article 53.2 au titre VI de la Constitution. Elle a été publiée au J.O du 9 juillet 1999 : pour ce point, voir *infra*, B.

<sup>563</sup> Loi No.2000-282 du 30 mars 2000, publiée au J.O du 31 mars.

<sup>564</sup> L'instrument de ratification est non publié. Le texte même du traité de Rome fut publié par décret deux ans plus tard, soit le 6 juin 2002, au J.O du 11 juin 2002.

souhaitable dans certains cas. Les procédures de conclusion et d'insertion du traité s'enchevêtrent. On peut ainsi résumer, avec V. Goesel le Bihan, que *“lorsque le domaine de compétence du Parlement est en cause, la répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux est une projection de la répartition des compétences internes. ... Dès lors qu'il s'agit en revanche de l'expression du consentement de l'Etat à être lié, la répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux est le reflet de l'assouplissement des formes exigées par le développement de la pratique internationale”*<sup>565</sup>.

En quoi cela comporte-t-il des conséquences pour les individus ? D'abord, la confusion pratique et théorique entre conclusion et insertion du traité peut être réelle. Les significations des interventions parlementaires hésitent entre les deux phases, qui peuvent se dérouler en même temps. Selon l'interprétation qu'on leur accorde, le système sera qualifié de moniste ou de dualiste. Ensuite, la qualification de dualiste signifie que la norme internationale a été transformée : si elle prend pour destinataire l'individu, ce n'est qu'en tant que norme interne. Celui-ci, ne pouvant alors pas être titulaire de droits internationaux, ne pourra jamais être sujet de droit international. Toutefois, il ne s'agit que d'une question d'appréciation théorique, sur une procédure dont on surestime la portée.

Ainsi, cette procédure d'intervention parlementaire ne peut, à elle seule, conférer un statut moniste ou dualiste. D'autres conditions doivent s'y ajouter, dont la plus importante est celle relative à la hiérarchie des normes.

### ***B. La valeur du traité dans la hiérarchie des normes moniste***

Une fois le traité inséré dans l'ordre interne, il faut se poser la question de son rang hiérarchique. En effet, le monisme implique une primauté de la norme internationale sur le droit interne. Ce principe général, apparemment simple, doit faire face à deux problèmes. D'une part, qu'entend-on par "droit" interne ? La primauté du traité international doit-elle être absolue, sur toutes les normes internes, y compris la Constitution ? Il semble que la hiérarchie généralement retenue, de façon relativement homogène, soit celle d'un rang supra-législatif et infra-constitutionnel (1). Mais, d'autre part, les rapports entre les normes se complexifient dès lors que certains Etats ne considèrent pas tous les traités sur un même pied d'égalité. Ceux-ci ne s'insèrent pas tous à la même place, ce qui rend ardu les efforts de synthèse quant à la valeur du traité dans la hiérarchie moniste (2).

---

<sup>565</sup> V. Goesel le Bihan, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la Vème République, op.cit.*, pp. 9-10.

## 1. Homogénéité des règles générales : valeur supra-légale et infra-constitutionnelle des traités

Comme on l'a vu, les clauses constitutionnelles monistes peuvent prévoir la primauté du droit international conventionnel sur la loi. Souvent, cette hiérarchie est encadrée par la Constitution (a). Toutefois, dans le silence de celle-ci, ce sont les juges qui, lorsque le problème se présente devant eux, résolvent la question (b).

### a. La hiérarchie encadrée par la Constitution

Les clauses expresses de primauté du traité sur la loi ont déjà été citées. Elles sont contenues par la constitution française notamment, ainsi que par toutes celles qui l'ont prise comme modèle, en Afrique. Cela concerne également la Grèce, la Russie, la Bulgarie, la Pologne ou l'Equateur. Ces textes établissent une primauté de principe. Or, on le sait, les dispositions constitutionnelles ne suffisent pas toujours à assurer un véritable respect de cette hiérarchie, notamment par les juges<sup>566</sup>. Toutefois, si l'on s'en tient au stade des principes, elles ont l'avantage de poser une règle *a priori* claire. En cas de conflit entre une norme internationale et une loi interne, la première s'impose, même si elle est antérieure à la loi qui vient y déroger. Par comparaison, la Constitution française de 1946, d'inspiration dualiste, disposait que "*les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois internes françaises*" (article 26). Cette formulation contenait une ambiguïté certaine quant aux rapports entre norme antérieure et postérieure : le traité, doté d'un rang légal, devait, en principe, s'effacer devant une loi postérieure. Il s'agit d'un monisme très imparfait, qui existe encore aujourd'hui dans de nombreux pays. On peut ainsi souligner, une fois encore, la spécificité de la Constitution américaine, dont la clause de (soi-disant) primauté des traités laisse subsister de nombreuses incertitudes que seuls les juges viennent combler. Si l'article 6.2 place les traités parmi les normes qui sont "la loi suprême du pays", ils ne sont pas seuls dans ce rang : la Constitution ainsi que les lois fédérales sont également citées. Or, le texte ne précise pas le rapport qui doit être respecté entre ces trois sources de droit. A l'origine, il était destiné à affirmer la primauté du droit fédéral sur l'ensemble des normes des Etats fédérés. Conçu pour clarifier des problèmes internes au système fédéral, il ne résout pas les rapports entre

<sup>566</sup> Voir J. Frowein, K. Oellers-Frahm, "L'application des traités dans l'ordre juridique interne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 21 : "...une position clairement déterminée dans l'ordre hiérarchique des normes ne constitue pas en elle-même une garantie de l'efficacité réelle du traité...". En effet, la délimitation des compétences des différentes juridictions françaises font que le contrôle judiciaire de la compatibilité des lois avec les traités est restreint et ne peut mener à l'annulation d'une loi déjà promulguée. Le contrôle *a priori* de la loi, effectué par le Conseil constitutionnel, a lieu uniquement au regard des normes constitutionnelles, et non internationales. Les juridictions administratives et judiciaires, quant à elles, ne peuvent qu'écarteler l'application de la loi dans le cas d'espèce qui leur est présenté.

traités et droit fédéral. Ainsi, de l'article 6, "*il ne s'ensuit pas qu'il y ait une égalité ou une équivalence entre ces trois sources de droit. Au demeurant, il paraît difficile de situer sur le même niveau les sources constitutionnelles et les sources législatives. Pourtant, cette clause de suprématie a été interprétée par la jurisprudence comme signifiant que le traité a la même valeur qu'une loi fédérale ; et, par voie de conséquence, le traité l'emporte normalement sur la loi fédérale antérieure et il cède devant la loi fédérale postérieure*"<sup>567</sup>. Comparable à la situation française d'avant 1958, il s'agit ainsi d'un monisme imparfait.

Sauf exception (voir *infra*, 2), la Constitution ne prévoit jamais elle-même son rapport avec les traités. Toutefois, dans une majorité des cas cités, ce rapport est en faveur d'une primauté de la Constitution. De façon tacite, cette primauté peut parfois se déduire de la Constitution elle-même. Deux types de clauses constitutionnelles sont ainsi interprétés dans ce sens, bien qu'elles n'aient pas de rapport direct avec les questions de hiérarchie des normes. Le premier est l'existence d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité des traités par une cour constitutionnelle. Il est prévu par exemple à l'article 125.2 de la Constitution russe. Tout comme le contrôle de la conventionnalité des lois implique la primauté du traité, le contrôle de la constitutionnalité des traités implique celle de la Constitution. Ainsi J. Malenovski déclare qu' "*à titre de preuve que les constitutions accordent par principe aux traités internationaux un rang infraconstitutionnel, on peut évoquer les procédures de contrôle de leur constitutionnalité avant la ratification*"<sup>568</sup>. Le second moyen d'évaluer le rapport hiérarchique entre Constitution et traité réside dans les modalités de révision constitutionnelle : en cas d'incompatibilité entre les deux normes, certains textes prévoient une révision obligatoire de la Constitution avant toute entrée en vigueur du traité. On peut ici évoquer l'article 95.1 de la Constitution espagnole, qui dispose que "*la conclusion d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution devra être précédée d'une révision de celle-ci*". Les Etats connaissant une telle règle sont si nombreux qu'il est impossible et inutile d'en donner une liste exhaustive. La Constitution française, par exemple, aménage une telle procédure à l'article 54 ; l'ensemble des pays d'Afrique de l'Ouest ayant subi l'influence française sont alors dotés d'une disposition similaire. Ainsi, de la nécessité de réviser la Constitution avant de conclure un traité qui contient des dispositions incompatibles, on déduit la primauté de la première sur le second. Autrement dit, "*ce n'est pas la Constitution qui est contrainte de s'adapter au traité à travers une révision, mais le traité qui ne peut être ratifié. Le dernier mot*

<sup>567</sup> A. Berramdane *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 2002, p. 72. Par ailleurs, cette règle n'est pas, elle non plus, absolue : la jurisprudence effectue en effet une distinction entre les traités d'application directe et les autres.

<sup>568</sup> J. Malenovski, "Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des Pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO)", *AFDI* 1999, p. 41. L'auteur expose que 12 PECO parmi les 19 pays étudiés (membres du Conseil de l'Europe) connaissent désormais le contrôle *a priori* de constitutionnalité des traités.

*appartient au pouvoir constituant. S'il refuse d'intervenir pour modifier la Constitution afin de permettre la ratification du traité, celui-ci restera, au moins pour la France, lettre morte*"<sup>569</sup>.

Toutefois, ces interprétations des rapports entre traité et Constitution n'ont qu'une portée théorique. En l'absence de confirmation jurisprudentielle, les débats doctrinaux perdurent parfois. Ainsi, au Portugal, un contrôle de constitutionnalité des traités est prévu par l'article 278 de la Constitution ; cependant, il n'a pas empêché les incertitudes, provoquées par l'existence concomitante d'une autre règle constitutionnelle. En effet, l'article 277.2 affirme que l'inconstitutionnalité d'un traité n'empêcherait pas son application interne (sous condition d'application réciproque). Affirmant que "*l'inconstitutionnalité organique ou formelle des traités internationaux régulièrement ratifiés n'empêche pas l'application de leurs normes dans l'ordre juridique portugais...*", il pourrait impliquer une primauté du traité sur la Constitution. Toutefois, d'après des commentateurs avertis, tel ne serait pas le cas<sup>570</sup>. Cette primauté serait majoritairement rejetée, considérant qu'il existe deux contrôles de constitutionnalité des traités, l'un *a priori*, l'autre *a posteriori*, ouverts à tous les juges (article 207 de la Constitution). Toutefois, le débat doctrinal n'est pas définitivement tranché, en l'absence de jurisprudence utile sur cette question.

La primauté de la Constitution n'est pas une situation générale et absolue. Ainsi, aux Pays-Bas, le traité serait supérieur à la Constitution, par interprétation de l'article 91.3 : celui-ci permet d'approuver un traité qui déroge à la Constitution, selon des règles de vote strictes. Il n'est nul besoin de révision préalable de la Constitution. En outre, il semble que la doctrine soit favorable à la primauté du traité, dans un système alors parfaitement moniste. Ainsi, "*en ne prévoyant pas de révision préalable de la Constitution, en cas de conclusion d'un accord non conforme à la Constitution, en ignorant l'existence de valeurs suprêmes qui échappent à toute révision constitutionnelle, et enfin en interdisant au juge de contrôler la constitutionnalité des lois et des traités (article 120 de la Constitution), y compris la procédure constitutionnelle de conclusion des traités, la Constitution néerlandaise accorde en vérité au droit international écrit la priorité sur toutes les sources de droit interne*". Il en va de même au Luxembourg, où la doctrine penche également en faveur d'une primauté du traité, bien que là encore, la jurisprudence n'ait pas clarifié le débat<sup>571</sup>.

Ainsi, compte tenu du manque de clarté des clauses constitutionnelles, voire de leur absence, la hiérarchie des normes est, en fin de compte, décidée par les juges.

<sup>569</sup> C. Maugüe, "L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, no. 7, p. 88.

<sup>570</sup> Voir Rui Manuel Moura Ramos, "Portugal", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 477. Voir également A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, pp. 103-104.

<sup>571</sup> R. Biever, N. Edon, L. Weitzel, "Luxembourg", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 419.

*b. Silence constitutionnel : la hiérarchie décidée par les juges*

Qu'il s'agisse du rapport entre loi et traité, ou entre Constitution et traité, le rôle des juges est fondamental pour déterminer leur hiérarchie. En cas de silence du texte constitutionnel, de nombreux cas ont été tranchés par la jurisprudence. C'est ainsi la situation en vigueur au Luxembourg, dont la Constitution se contente de soumettre les traités à une approbation législative, sans leur conférer de rang hiérarchique. D'après une étude de P. Pescatore, la jurisprudence luxembourgeoise a pourtant toujours reconnu la primauté des traités sur les lois, même postérieures. C'est en 1954 que les juges ont clairement énoncé que le *"traité est une loi d'essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne ; qu'en conséquence, en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi nationale postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale"*<sup>572</sup>. L'auteur en déduit *"qu'il est possible de résoudre de manière satisfaisante la question des rapports entre traités internationaux et droit interne sur une base jurisprudentielle sans aucune indication d'ordre constitutionnel et sans le moindre renfort doctrinal : il suffit qu'un Etat prenne au sérieux ses engagements internationaux..."*<sup>573</sup>. Toutefois, la jurisprudence n'est pas toujours aussi claire. On peut ainsi citer le cas américain : la clause de primauté incluse dans la Constitution laissait subsister de nombreuses incertitudes quant à la place des traités internationaux dans l'ordre interne. Les juges ont rapidement clarifié la primauté des traités sur le droit des Etats fédérés, dès 1796<sup>574</sup>. Toutefois, cette primauté n'est que relative, comme le remarque un commentateur : *"le juge américain ne conteste pas le principe de la primauté des engagements internationaux, mais il l'envisage de façon restrictive et n'hésite pas parfois à le vider de toute substance"*<sup>575</sup>. Ainsi, par une jurisprudence constante depuis le 19<sup>ème</sup> siècle, la Cour suprême américaine estime qu'*"une loi adoptée par le Congrès...est en pleine parité avec un traité"* et que *"quand une loi postérieure est contraire à un traité, les règles de conflit de normes rendent le traité nul"*<sup>576</sup>. Le principe de la *lex posterior derogat*

<sup>572</sup> Arrêt Chambre des métiers c. Pagani, de la Cour de Cassation, 14 juillet 1954. Voir P. Pescatore, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres", in *Mélanges P.H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 382.

<sup>573</sup> *Ibid*, p. 383.

<sup>574</sup> Arrêt *Ware v. Hylton*, 1796, avec notamment l'opinion du juge Chase : *"c'est la volonté du peuple des Etats-Unis que tout traité conclu sous l'autorité des Etats-Unis soit supérieur à la Constitution et aux lois d'un Etat particulier, et seule sa volonté peut en décider"*, in E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 2000, p. 68.

<sup>575</sup> M. Sastre, "La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des traités sur la loi", *RGDIP* 1999, p. 147.

<sup>576</sup> *Ibid*, p. 153. Il s'agit d'une jurisprudence dont le point de départ est l'arrêt *Foster Elam vs. Neilson* de 1829. 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, notamment p. 313 : *"...in recent years, however, the executive, Congress, the courts, and influential commentators have each conspicuously verbalized the idea that the later-in-time rule is the final answer and that the binding effect of international law carries little weight. This attitude, at a time when many foreigners distrust the United States as too powerful and too aware of that power, jeopardizes the conduct of our foreign affairs"*.

*legi priori* s'applique donc dans les rapports entre loi fédérale et traité international, ainsi placés sur un pied d'égalité.

Quant au rapport entre traité et Constitution, il a donné lieu à de nombreux débats doctrinaux dans plusieurs pays, dont la France. Dans chaque cas, les juges ont donné la primauté à la Constitution. En France, c'est d'abord le Conseil d'Etat qui en a décidé ainsi, dans l'affaire Sarran, Levacher, en 1998. Interprétant l'article 55, il a affirmé que "*la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle*". Sa solution fut ensuite reprise, en 2000, par la Cour de cassation dans son arrêt Fraisse. Dans les deux cas, les juges ont été clairs, bien que la doctrine, notamment internationaliste, ait abondamment critiqué ces arrêts<sup>577</sup>. Cependant, il s'agit d'un raisonnement conforme aux jurisprudences des autres Etats européens considérés ici. Aux Etats-Unis, les juges de la Cour suprême ont également tranché dans ce sens, dès 1957, dans une décision Reid v. Covert<sup>578</sup>. En Grèce, un arrêt de 1992 a fait primer la Constitution sur un traité international, puis étendu cette solution au droit communautaire en 1997<sup>579</sup>. En Belgique, le rapport traité – Constitution a été tranché par la Cour d'arbitrage créée en 1983, en faveur de la Constitution. Toutefois, à l'inverse, le Conseil d'Etat belge, par un arrêt de 1996, a reconnu la primauté de normes communautaires sur des normes constitutionnelles<sup>580</sup>.

Ainsi, si la doctrine comme les juges sont majoritairement favorables, dans l'ordre juridique interne, à une primauté de la Constitution sur les traités, cela n'est pas une règle absolue. En outre, comme le cas belge l'illustre, l'état du droit positif, dépendant largement des solutions jurisprudentielles, peut varier d'une juridiction à

---

<sup>577</sup> Pour un point de vue internationaliste, voir notamment D. Alland, "Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international", *RFDA* 1998, p. 1094, ainsi que D. Simon, "L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé", *Europe*, mars 1999, p. 4. Pour certains, il ne s'agit pas d'un paradoxe mais d'une question de logique, car "*le principe de supériorité d'une norme ne saurait en effet dépendre de l'énoncé d'une norme de rang inférieur*" : C. Maugüe, "L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité", *op.cit.*, p. 88. Par ailleurs, D. Simon, en 1998, niait que l'on puisse étendre la solution Sarran au droit communautaire : "*admettre la transposition de l'arrêt Sarran – ou à tout le moins de son interprétation dominante – à l'application du droit communautaire dans les Etats membres reviendrait en effet à nier l'originalité irréductible du processus d'internisation à l'œuvre dans la dimension constitutionnelle autant qu'internationale de la construction communautaire*" (p. 6). Pourtant, c'est bien ce que le Conseil d'Etat a fait avec l'arrêt "Syndicat national de l'industrie pharmaceutique" (SNIP) du 3 février 2001, en affirmant que "*le principe de primauté du droit communautaire ne saurait conduire, au demeurant, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution*" : voir N. Maziau, "Jurisprudence française relative au droit international", *AFDI* 2002, p. 734. Ce prolongement de la jurisprudence Sarran a été qualifié de "militantisme juridique" par D. Simon et F. Rigaux dans *Europe* 2002-4, p. 7.

<sup>578</sup> L'affirmation de la primauté de la Constitution a également été répétée lors de l'affaire Bréard : dans son arrêt du 14 avril 1998, la Cour suprême a déclaré de façon diplomatique que "*bien que les traités soient reconnus par notre Constitution comme loi suprême du pays, cette assertion est moins vraie par rapport aux dispositions de la Constitution elle-même*" : Voir A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, pp. 74-78.

<sup>579</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>580</sup> *Ibid.*, pp. 112-114.

l'autre. La situation française de contradiction entre Conseil d'Etat et Cour de cassation sur la primauté du traité sur une loi postérieure, jusqu'à l'arrêt Nicolò, est loin d'avoir été unique. Déjà fort complexes, les questions de hiérarchie des normes le sont encore davantage lorsque les traités ne font pas tous l'objet d'un traitement identique au sein d'un même ordre juridique.

## 2. Complexification des règles : hiérarchie entre les traités

Dans de nombreux Etats, les clauses constitutionnelles courantes se doublent de clauses particulières relatives à certains traités. Elles instaurent alors une hiérarchie au sein même des catégories de traités, selon leur nature. Ainsi, on constate fréquemment un traitement spécial des traités relatifs aux droits de l'homme (a). En outre, les traités dits "d'effet direct" ou "auto-exécutoires" possèdent parfois un rang hiérarchique particulier (b). Cette classification variable des traités rend ainsi encore plus complexe la hiérarchie générale des normes internes.

### *a. La spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme*

Au moins deux phénomènes constitutionnels révèlent cette spécificité. D'une part, certaines constitutions exigent leur propre interprétation au regard des normes internationales relatives aux droits de l'homme. D'autre part, les textes constitutionnels confèrent parfois expressément une valeur hiérarchique particulière aux traités en la matière. Dans les deux cas, ce sont surtout des Etats d'Amérique latine qui usent de ces procédés.

Dans le premier cas, il semble plus que probable que la Constitution espagnole ait influencé considérablement les textes d'Amérique latine. Son article 10.2 dispose en effet que "*les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne*". La Constitution portugaise contient une version quelque peu différente de la formule, car elle élargit la catégorie des règles internes soumises à interprétation, tandis que la seule norme internationale visée est la Déclaration universelle de 1948. Ainsi, l'article 16.2 dispose que "*Les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme*". L'esprit, si ce n'est la lettre, de ces articles, est repris par plusieurs constitutions, dont celles du Pérou, du Guatemala, de la Colombie ou du Costa Rica. Cette règle d'interprétation des normes constitutionnelles ne porte pas sur l'ensemble de ces normes : elle est spécifique à celles qui concernent les droits de l'homme. La doctrine reconnaît dans cette exigence l'attribution d'un rang "para-constitutionnel" aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à la Déclaration universelle des droits de

l'homme<sup>581</sup>. L'Amérique latine n'est pas le seul continent qui pratique cette spécificité. Certains pays d'Europe de l'Est la connaissent aussi. On peut ainsi évoquer l'article 20.1 de la Constitution roumaine, et sa copie moldave (article 4) : ils citent, eux aussi, la Déclaration universelle, les Pactes de 1966 et les autres traités du domaine, comme références pour interpréter les normes constitutionnelles pertinentes.

Le second phénomène, inconnu en Espagne et au Portugal, est également partagé par les autres Etats cités. Ainsi, plusieurs d'entre eux confèrent, par leur Constitution, un rang hiérarchique particulier aux traités sur les droits de l'homme. Ceux-ci se voient alors reconnaître une valeur, soit supra-légale, soit constitutionnelle. Plusieurs situations sont toutefois à différencier. Dans un premier cas, il est affirmé que ces traités "prévalent dans l'ordre interne", sans rang précisément attribué. Tel est le cas en Colombie (article 93) et au Guatemala (article 46). On peut en déduire deux réflexions : d'abord, et bien que cela ne soit pas précisé, cette disposition implique, en général, une valeur supra-légale mais infra-constitutionnelle de cette catégorie de traités. Ensuite, on peut affirmer que cette primauté ne concerne que lesdits traités, ce qui exclut *a fortiori* les autres. Ceux-là font alors bien partie de l'ordre interne, mais leur place doit être découverte par les juges. Dans un second cas, tout à fait spécifique à certains pays d'Amérique latine, les accords sur les droits de l'homme ont valeur expressément constitutionnelle : il en va ainsi en Argentine et au Venezuela, avec une nuance les distinguant. En effet, l'article 75.22 de la Constitution argentine confère une valeur supra-légale à tous les accords internationaux. Immédiatement après, le même article présente une liste exhaustive de normes internationales qui ont "rang constitutionnel" : il s'agit de la Déclaration américaine des droits de l'homme, de la Déclaration universelle de 1948, de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, des deux Pactes de 1966, ainsi que de la Convention relative à la prévention et la répression du génocide, de celles sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et contre la femme, de la Convention contre la torture (...), et enfin de la Convention sur les droits de l'enfant. En revanche, l'article 23 de la Constitution vénézuélienne attribue un rang constitutionnel à tous les traités relatifs aux droits de l'homme, sans établir de liste déterminée. On ignore le statut réservé aux autres traités.

Les pays concernés d'Europe de l'Est, quant à eux, ne vont pas jusqu'à ce rang constitutionnel. La Roumanie (article 20.2), la République tchèque, et la Slovaquie

---

<sup>581</sup> L'expression de para-constitutionnalité est ainsi utilisée par J. Dhommeaux, "Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme", *AFDI* 1995 : pour les constitutions d'Amérique latine, voir ses commentaires pp. 451-452. Dans le même sens, A. Berramdane affirme, au sujet de l'article 10.2 de la Constitution espagnole, que "on peut en déduire que les accords relatifs aux droits de l'homme ont une valeur quasi-constitutionnelle. Et l'existence d'un recours individuel devant le Tribunal constitutionnel pour violation de ces droits (article 161.1.b de la Constitution) va dans ce sens" : *La hiérarchie des droits, op.cit.*, p. 109.

accordent la primauté aux traités concernés, mais "seulement" sur les normes législatives.

Ce traitement particulier de normes internationales fondamentales pour les individus est fort louable. Cependant, il peut faire l'objet de critiques. En effet, malgré l'ouverture importante et récente de ces Etats au droit international, la majorité des normes internationales conventionnelles est largement mésestimée. On peut alors déplorer, avec J. Malenovski, une telle situation : *“sur le plan politique, la place prestigieuse accordée aux traités sur les droits de l'homme dans les constitutions de certains Etats nouvellement démocratiques est justifiable et compréhensible. ...Cependant, les répercussions juridiques de cette idée politiquement méritoire sont hélas plutôt négatives”* car elle entraîne une *“dégradation relative de la position constitutionnelle des autres traités”*<sup>582</sup>. Toutefois, il s'agit d'une position presque marginale, l'immense majorité des pays cités dans cette optique moniste considérant l'ensemble des traités sur un pied d'égalité.

#### *b. La spécificité des traités auto-exécutaires*

Le traité auto-exécutaire est celui qui ne nécessite pas de mesures supplémentaires d'exécution, telle une loi sans décret d'application venant la préciser. Cette qualité est indifférente aux mesures d'insertion en droit interne : la procédure d'insertion conditionne l'applicabilité simple de la norme internationale, et non son applicabilité directe aux individus. Le traité doit remplir les conditions d'effet direct, dépendant largement de la nature de la norme internationale elle-même et non des procédures monistes ou dualistes d'introduction<sup>583</sup>.

Si tous les Etats monistes connaissent la distinction entre les traités dotés d'effet direct et les autres, tous n'en tirent pas de conséquences en terme de hiérarchie des normes. En Europe, il semble que cela soit spécifique aux Pays-Bas et à la Belgique. Aux Pays-Bas, la distinction entre les traités est inscrite dans la Constitution : son article 94 dispose que *“les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun”*. Autrement dit, seuls les traités d'applicabilité directe seront supérieurs à la loi. En revanche, en Belgique, ce sont les juges qui ont décidé ainsi. La Cour de cassation, par un arrêt du 27 mai 1971, *Fromagerie*

<sup>582</sup> J. Malenovski, “Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des PECO”, *op.cit.*, p. 46. L'auteur explique également un autre "effet secondaire" de telles dispositions : il cite l'exemple du Parlement tchèque, qui a considéré la Charte sociale européenne, non comme un traité sur des droits de l'homme mais comme un traité nécessitant une loi d'exécution. Les Etats concernés peuvent ainsi accorder ou refuser cette primauté du traité, au cas par cas.

<sup>583</sup> Les nuances sémantiques et théoriques entre effet direct, applicabilité directe, auto-exécutaire, etc., seront développées *infra*, Titre II, Les choix des juges. A ce stade de l'étude, il n'est pas nécessaire de les approfondir.

franco-suisse "Le ski", a déclaré que "lorsque que le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature du droit international conventionnel"<sup>584</sup> : les juges introduisent donc une condition supplémentaire pour reconnaître la primauté du traité, s'inspirant probablement du système néerlandais. Cette spécificité est d'une importance moindre que celle relative aux droits de l'homme : en pratique, la distinction entre les traités directement applicables et les autres possède toujours des conséquences pour les individus, que ce soit en terme de hiérarchie ou d'invocabilité. Si Pays-Bas et Belgique ne confèrent pas une primauté aux traités non dotés d'effet direct, d'autres Etats, tels que la France, refusent leur invocabilité par les particuliers. On peut également évoquer ici le système américain, dont on a déjà perçu les complexités en terme de hiérarchie. Il convient alors de préciser que, comme en Belgique, les juges considèrent la distinction entre les traités d'un point de vue hiérarchique. Ainsi, dans l'affaire Foster vs. Neilson, ils ont affirmé que la "Constitution déclare qu'un traité est la loi du pays. Le traité doit, par conséquent, être considéré par les tribunaux comme équivalent à un acte du législateur chaque fois qu'il opère de lui-même, sans l'aide de dispositions législatives"<sup>585</sup>. A la différence des deux situations précédentes, c'est à une situation d'égalité entre deux normes que l'on est confronté.

Les systèmes totalement monistes demeurent relativement rares. L'insertion automatique ne suffit pas pour que la norme internationale produise un effet utile sur les individus : celle-ci doit être hiérarchiquement supérieure aux lois internes et, surtout, être invocable. Toutefois, cette insertion dans un système moniste entraîne des conséquences théoriquement importantes pour les particuliers. Elle signifie qu'ils peuvent potentiellement devenir destinataires de normes internationales. Telle est la situation dans de nombreux Etats, que cela dépende d'une option constitutionnelle ou des choix des juges. En Europe, par exemple, seuls cinq Etats ont choisi un monisme de principe à travers la Constitution (France, Espagne, Portugal, Grèce, Pays-Bas), mais d'autres les rejoignent, de par une pratique jurisprudentielle favorable aux traités internationaux.

Les systèmes dualistes, quant à eux, sont traditionnellement considérés comme offrant moins de possibilité de contact entre le traité international et l'individu situé dans l'ordre interne. D'emblée, la réception dualiste des normes conventionnelles

<sup>584</sup> Voir P. Pescatore, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres", in *Mélanges P.H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 363-364. En outre, on peut préciser que le rapport hiérarchique entre traité et Constitution n'a jamais été résolu, jusqu'à présent, comme le constate J. Verhoeven : "Belgique", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 136.

<sup>585</sup> M. Sastre, "La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des traités sur la loi", *op.cit.*, p. 162.

constitue un filtre qui paraît, théoriquement du moins, empêcher leur applicabilité directe aux particuliers.

## II. Le traité transformé par le système dualiste : l'individu destinataire de normes internes d'origine internationale

Le dualisme est encore pratiqué aujourd'hui par de nombreux Etats, pour l'insertion et l'application des traités internationaux. En Europe, sont concernés l'Italie et l'Allemagne, les deux Etats d'origine des fondateurs du dualisme que sont Triepel et Anzilotti. Outre ces deux Etats, les pays scandinaves ainsi que l'Autriche appartiennent à cette école. Une autre illustration d'un dualisme particulier se trouve dans le système anglo-saxon. Le Royaume-Uni, l'Irlande, ainsi que tous les Etats ayant subi l'influence britannique (regroupés au sein du Commonwealth), possèdent de nombreuses similitudes dans leurs systèmes juridiques. Pays de *common law*, ils connaissent une tradition plus jurisprudentielle et coutumière que législative : le dualisme est, souvent, affaire des juges plus que des textes. Il est donc plus rare dans les pays de tradition écrite.

D'un point de vue théorique, le dualisme est une séparation rigide entre ordre juridique international et ordre interne, qui implique l'absence de validité automatique d'une norme internationale dans un ordre juridique étatique (et inversement). Par conséquent, il n'y a pas d'insertion automatique, mais des procédures de réception qui transforment la norme internationale en norme interne. Seule cette procédure, dont les modalités sont diverses et complexes, permet de conférer une force obligatoire au traité international en droit interne (A).

Toujours sur un plan théorique, il ne peut exister de conflit entre norme interne et norme internationale. Pourtant, des moyens de communication entre les deux existent, qui permettent de traiter les rapports entre ces deux types de normes sous un angle hiérarchique (B).

### A. Des modalités de transformation diverses et complexes

Exception faite du Royaume-Uni, qui ne possède pas de Constitution écrite, la plupart des Etats pratiquant le dualisme s'appuient sur des dispositions constitutionnelles donnant effet interne aux traités<sup>586</sup> (1). Toutefois, elles sont souvent, à l'instar des clauses monistes, assez rudimentaires. Là encore, c'est la pratique qui a développé les modalités d'incorporation des traités en droit interne (2).

---

<sup>586</sup> On peut toutefois noter le silence des constitutions d'Australie, de Nouvelle-Zélande, d'Israël et du Brésil au sujet des traités.

## 1. Clauses constitutionnelles dualistes de réception des traités

Tout comme dans les Etats monistes, les constitutions dualistes prévoient les conditions de conclusion des traités internationaux. En revanche, le dualisme y ajoute des conditions d'incorporation au droit interne. La première phase ne lie l'Etat qu'au niveau interétatique. A ce stade, la norme ne produit aucun effet interne et ne peut donc atteindre les individus dans l'ordre interne. La seconde phase est donc la seule qui permette de lui conférer une validité interne. Lorsqu'ils existent, les textes constitutionnels révèlent un moindre poids du droit international au sein de ces Etats. Les dispositions constitutionnelles dualistes relatives aux traités sont, la plupart du temps, relativement sommaires et peu claires. Tout comme les clauses monistes, elles n'ont pour objet principal que de répartir les compétences entre les pouvoirs en matière de conclusion et d'application des traités. Dans tous les cas, l'organe législatif doit donner son aval démocratique à un traité conclu par le pouvoir exécutif. Le moment de cet accord varie : si ce n'est lors de la ratification du traité, ce sera lors de son insertion. Théoriquement indépendantes l'une de l'autre, les phases de conclusion et d'insertion se mêlent en pratique. Il faut alors considérer la procédure dans son ensemble, de la conclusion jusqu'à l'application interne du traité.

Comme dans l'immense majorité des cas, la conclusion du traité est du ressort du pouvoir exécutif. En revanche, la compétence pour les mettre en œuvre au niveau interne est, en général, attribuée au pouvoir législatif, voire partagée entre les deux pouvoirs. En fonction du régime politique interne, présidentiel ou parlementaire, l'intervention du Parlement survient à des moments différents. Certains Etats dualistes prévoient ainsi, comme les monistes, une intervention parlementaire préalable à la ratification. En revanche, cette "autorisation" de ratification se distingue ici de "l'approbation" du traité, qui lui donne une valeur interne. En effet, dans d'autres Etats, le Parlement n'intervient nullement dans la phase de conclusion du traité. C'est notamment le cas au Royaume-Uni : comme le souligne P.M. Eisemann, *“le Parlement intervient au moment de la négociation, plutôt sur le terrain du contrôle politique qu'au plan législatif ou à celui du contrôle juridique... Contrepartie de ce système, le traité ne peut avoir d'effets en droit interne et il sera toujours nécessaire que le Parlement légifère pour que l'obligation internationale entre dans la sphère du droit interne”*. Le système anglais ne pratique donc pas l'autorisation préalable de ratification. Pour les autres Etats, la Constitution contient, en général, des dispositions propres à la ratification et à la mise en œuvre des traités.

Ainsi, en Autriche, deux articles différents traitent la question. L'article 50 dispose que les traités politiques et ceux relatifs au domaine législatif ne peuvent être conclus sans l'accord de la chambre des représentants. En revanche, l'article 16 prévoit que les Etats fédérés doivent prendre les "mesures nécessaires" dans leur sphère de compétence, pour la mise en œuvre des traités. Loi et ordonnance sont les deux

moyens cités pour procéder à cette application interne. En Finlande, un seul article envisage les deux questions, qui sont ensuite détaillées chacune à leur tour. Ainsi, l'article 93 déclare que le Président de la République dirige la politique étrangère, et poursuit en précisant que *“cependant, le Parlement accepte les obligations internationales de la Finlande et leur dénonciation, et décide de leur entrée en vigueur”*. Ensuite, l'article 94 prévoit la liste des traités soumis à autorisation préalable de ratification. De manière très classique, il s'agit des traités de grande importance et de ceux touchant au domaine législatif. Puis l'article 95 affirme que *“les dispositions des traités et autres obligations internationales, s'ils sont de nature législative, entrent en vigueur par le biais d'une loi”*. Les autres traités sont mis en œuvre par un décret présidentiel. Par contre, en Italie, seul l'article 80 évoque les traités, imposant une autorisation préalable de ratification pour certains traités. Sorte d'équivalent à l'article 53 de la Constitution française, il n'envisage nullement les conditions d'insertion du traité. Sur ce point, la Constitution est muette. Enfin, contrairement à l'Italie, l'Allemagne et le Danemark disposent tous deux d'une seule clause constitutionnelle, qui semble mêler conclusion et insertion. Ainsi, l'article 19 du texte danois, ressemblant à l'article 93 finlandais, donne compétence au Roi pour les affaires internationales, mais déclare que *“pourtant, il ne peut...accepter aucune obligation dont l'accomplissement nécessite le concours du Folketing ou qui soit par ailleurs d'importance considérable”*. L'article 59.2 de la Loi fondamentale allemande, quant à lui, dispose que *“les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale”*. Dans ces deux derniers cas, il n'est fait nulle mention de la ratification. On ne sait pas si le Parlement intervient ou non dans la conclusion du traité. On ne sait pas davantage, à la seule lecture du texte, si l'approbation (et non "autorisation") donnée par la loi implique les conséquences dualistes d'incorporation du traité. La pratique jurisprudentielle en a pourtant déduit de telles conséquences, clarifiant les règles constitutionnelles.

Il faut évoquer en outre la spécificité du système irlandais. Tout comme pour l'Angleterre, le Parlement n'intervient pas juridiquement dans la procédure de négociation et de conclusion du traité. Toutefois, la Constitution irlandaise de 1937 est fort détaillée en matière de traités, notamment pour ce qui est de la ratification. Ainsi, pour chaque traité majeur, un article constitutionnel est ajouté, qui déclare que *“l'Etat peut ratifier...”* tel traité. L'autorisation préalable de ratification est donc de nature constitutionnelle et non législative. Toutefois, l'article 29.5.1 vient préciser que *“tout accord international auquel l'Etat devient partie doit être présenté au Dail Eireann”* (chambre basse). Par ailleurs, cette Constitution est l'une des rares, à notre connaissance, qui affirme avec une grande clarté qu' *“aucun accord international ne fait partie du droit interne, sauf dans les conditions déterminées par l'Oireachtas”* (Parlement). Le dualisme ne peut être

plus clairement affirmé : seule une intervention parlementaire d'incorporation du traité peut lui conférer une validité interne.

De ces clauses constitutionnelles, deux éléments importants doivent être retenus. D'une part, il faut souligner que les dispositions relatives à la ratification se ressemblent toutes, quel que soit le système : dans une majorité de cas, les traités les plus importants ne peuvent être conclus sans l'accord du législateur, que l'on se trouve dans un système moniste ou dualiste. Ce n'est donc pas sur ces clauses que l'on peut distinguer l'optique choisie par l'Etat. D'autre part, quel que soit le rôle du Parlement dans la conclusion du traité, son intervention est néanmoins toujours obligatoire pour que le traité devienne partie de l'ordre interne. C'est donc sur ce point que les constitutions citées ici se distinguent des textes à tendance moniste. Toutefois, si de rares dispositions évoquent lois et ordonnances comme moyens de réception des traités, c'est à la pratique qu'il faut se référer. Loin d'être uniforme, elle prend toutefois des voies comparables dans la plupart de ces Etats dualistes.

## 2. Modalités pratiques de réception des traités

Il n'existe pas d'obligation d'incorporer un traité international, ni en vertu du droit international, ni en vertu des droits internes. Toutefois, l'obligation d'exécuter de bonne foi les obligations internationales conduit à une nécessité d'intégrer les traités, notamment ceux pouvant concerner les particuliers. Compte tenu du fait que la mise en œuvre interne des traités est en général dévolue au pouvoir législatif, c'est par le biais d'une loi que les traités vont (le plus souvent) être intégrés en droit interne. Toutefois, cette loi de réception prend plusieurs formes ; la doctrine la nomme différemment selon les cas, distinguant tant les lois que leurs conséquences théoriques. Royaume-Uni et Italie sont les exemples les plus représentatifs de la diversité des formules de réception des normes conventionnelles internationales. Le premier exemple est utile en ce qu'il permet de montrer très concrètement comment procède le législateur. Le second y ajoute un aspect doctrinal que ne connaît pas réellement la Grande-Bretagne.

Comme le souligne J. Dutheil de la Rochère, en Grande-Bretagne, *“l'étendue exacte de l'obligation d'incorporation législative n'a jamais été parfaitement fixée : elle s'établit au cas par cas, à la manière pointilliste des juges britanniques.*<sup>587</sup>. Ainsi, l'acte qui incorpore le traité est toujours législatif, mais on distingue législation primaire (d'origine parlementaire) et législation secondaire (d'origine gouvernementale). Dans le premier cas, il s'agit d'un "Act of Parliament", ou "Statute". Dans le second cas, il s'agit d'un "Order in Council", ordonnance royale dont le projet est préparé par le Gouvernement et doit être approuvé par le Parlement (celui-ci peut accepter ou rejeter le texte, mais non le

---

<sup>587</sup> J. Dutheil de la Rochère, "Le droit international fait-il partie du droit anglais", *op.cit.*, p. 251.

modifier). Dans un cas comme dans l'autre, l'opération de transformation de la norme internationale en norme interne utilise deux techniques<sup>588</sup>. La première consiste à reprendre la substance de l'accord international, "nationalisant" ainsi ses dispositions. La seconde, en revanche, consiste à voter une loi qui renvoie au traité et le déclare applicable : le texte original est alors reproduit *in extenso* en annexe de la loi. On peut aussi évoquer le cas très particulier du "European Communities Act" de 1972, destiné à incorporer l'ensemble du droit communautaire, actuel et à venir. Sa spécificité réside dans l'article 2 intitulé "General Implementation of Treaties", qui dispose que "*all such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, ...are without further enactment to be given local effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law...*"<sup>589</sup>. Il s'agit là d'une exception propre au droit communautaire. La situation habituelle, quant à elle, peut être illustrée par le "International Criminal Court Act" de 2001, qui transpose le statut de la Cour pénale internationale en droit anglais. Comme tout acte législatif, il débute en ces termes : "*An Act to give effect to [the Statute of the International Criminal Court]*". Il contient six parties qui introduisent matériellement les obligations issues du statut, indiquant les modalités de leur application sur le territoire concerné, et définissant l'acception nationale de certains termes. Ainsi, la loi ne reprend pas, comme c'est le cas dans le système moniste français, le texte du traité. La seule référence générale faite au statut se trouve dans la première partie de la loi, qui dispose simplement que "*references in this Act to articles are, unless otherwise indicated, to articles of the ICC Statute*". Il s'agit donc bien d'une transformation des normes internationales en normes internes : les premières sont reformulées par les secondes. Par ailleurs, l'ensemble du traité de Rome n'a pas été transposé par cet acte unique, mais par plusieurs. En effet, la première annexe de la loi de 2001 contient une liste des thèmes sur lesquels la Reine est habilitée à prendre des "orders in council". On peut citer ici le "ICC (Immunities and Privileges) Order" de 2002, par lequel est réceptionné l'article 4 du Statut de Rome, qui déclare notamment que "*La Cour a la personnalité juridique internationale*" : sans reprendre le texte de cet article, l'Order de 2002 en crée un équivalent interne, énonçant à son tour que la Grande-Bretagne reconnaît les capacités légales de la CPI. Ainsi, le dualisme prend toute sa réalité dans la législation anglaise. Les actes du Parlement nationalisent véritablement la norme internationale, en la reformulant. En outre, face à un unique traité, la loi n'intègre pas nécessairement l'ensemble des dispositions de celui-ci. Ainsi, le "Human Rights Act" de 1998, destiné à donner effet à la Convention européenne

<sup>588</sup> Voir "Royaume-Uni", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, notamment pp. 500s. Voir aussi P. Pescatore, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres", *op.cit.*, pp. 387s, ainsi que A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, pp. 64-66.

<sup>589</sup> L'Act de 1972, ainsi que toutes les lois britanniques qui seront citées, sont disponibles sur le site officiel de la Couronne : [www.hms.gov.uk/acts](http://www.hms.gov.uk/acts)

des droits de l'homme (CEDH), renvoie en introduction aux articles de la Convention qui sont transposés et en reprend le texte en annexe. Dans ce cas, les normes issues du traité ne sont pas reformulées, mais citées *in extenso*. Cependant, on peut alors noter que certains articles du traité ne sont pas transposés, car ils ne figurent ni dans la loi, ni dans ses annexes : tel est le cas pour l'article 13 de la Convention, relatif au droit à un recours effectif, pour le non respect duquel la Grande-Bretagne a pourtant été souvent condamnée par la Cour européenne. Auparavant, l'attitude des juges britanniques était on ne peut plus claire. Ainsi, Lord Denning affirmait en 1976 : *“je refuse absolument de considérer que la Convention fait partie de notre droit. Les traités et déclarations ne deviennent partie intégrante de notre droit qu'après avoir été transformés en loi par le Parlement”*<sup>590</sup>. Les particuliers peuvent désormais s'appuyer sur la Convention. Toutefois, ce type de transposition incomplète semble pratique courante dans les Etats dualistes : ils n'insèrent pas les dispositions du traité s'ils estiment que leur contenu est déjà respecté par le droit interne. Cette pratique paraît néanmoins contestable. Elle peut conduire à porter atteinte à l'intégrité du traité. Par ailleurs, elle peut également poser des problèmes d'interprétation du traité, dont les articles forment un ensemble et doivent être lus les uns par rapport aux autres.

Le système italien utilise également deux techniques d'intégration des normes conventionnelles internationales. Celles-ci se partagent ainsi entre un procédé dit "ordinaire" ou "d'adaptation", et un procédé "spécial" appelé aussi "ordre d'exécution". En pratique similaires aux techniques anglaises, elles sont nommées différemment. Ainsi, le procédé ordinaire consiste en la création de règles internes destinées à assurer matériellement l'exécution du traité. En revanche, la seconde technique se satisfait d'un renvoi législatif aux dispositions du traité<sup>591</sup>. Dans ce cas, la loi *“donne pleine et entière exécution”* au traité, et reprend son texte en annexe. En pratique, les deux procédés peuvent être utilisés concomitamment, pour le même traité<sup>592</sup>. Cette dichotomie entre adaptation et exécution appelle deux remarques importantes. D'une part, il faut souligner l'usage du terme "adaptation" pour qualifier le premier procédé. En effet, dans les conceptions doctrinales italiennes, il n'est pas synonyme de "transformation". Ainsi, d'un point de vue théorique, on considère que ce n'est pas le traité international qui est transformé pour être inséré dans le droit interne, mais celui-ci qui est adapté au droit international. Il s'agit davantage d'une création de normes internes destinées à appliquer des obligations internationales, que d'une réception du traité, même par

<sup>590</sup> Voir J. Dutheil de la Rochère, "Le droit international fait-il partie du droit anglais", *op.cit.*, p. 265.

<sup>591</sup> Voir T. Treves et M.F di Rattalma "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 365-406.

<sup>592</sup> Voir A. Berramdane *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, pp. 81-82.

"transformation". Les commentateurs estiment donc qu'*"il faut préciser que, selon les concepts qui prévalent en Italie, l'expression "insertion dans l'ordre juridique interne" n'est pas correcte et on ne peut l'accepter que comme une image. Selon ces concepts, il serait plus précis de parler des modifications de l'ordre juridique interne nécessaires pour assurer l'exécution des obligations internationales incombant à l'Italie à la suite de sa participation au traité"*<sup>593</sup>. D'autre part, la distinction théorique entre les deux procédés peut être relevée. Elle ne concerne pas seulement le système italien, mais peut également être notée au sujet des autres systèmes dualistes qui pratiquent cette double technique. Elle peut être résumée ainsi : *"la différence principale entre ces deux méthodes réside dans le fait que celle de la technique ordinaire crée du droit national qui est valable indépendamment de la validité du traité. Par contre, la méthode de l'ordre d'exécution prive pour ainsi dire d'effet le droit national contraire au traité, ce qui ne vaut toutefois qu'aussi longtemps que le traité demeure en vigueur"*<sup>594</sup>. On peut alors considérer que la première technique est bien plus dualiste que la seconde : la norme internationale ne peut nullement produire d'effet, en tant que telle, dans l'ordre interne. En revanche, dans la seconde situation, elle est conservée intacte et on peut affirmer qu'alors, le traité conserve sa nature internationale.

Ainsi, plusieurs termes sont utilisés dans le vocabulaire dualiste, pour qualifier la façon dont la norme internationale intègre le droit interne. La doctrine évoque alternativement sa transformation, son adaptation ou son exécution. Le premier terme est utilisable dans tous les cas, pour qualifier de façon générale le dualisme conventionnel : quelle que soit la modalité pratique par laquelle la norme conventionnelle entre dans le système juridique interne, le dualisme implique un principe de transformation. En revanche, les deux termes suivants font référence, plus précisément, à ces modalités pratiques. Provenant de la doctrine italienne, elle peut être utilisée pour se référer à tout système dualiste. En effet, quel que soit l'Etat considéré, le législateur connaît et pratique cette dichotomie<sup>595</sup>. Ainsi en est-il au Danemark, où

<sup>593</sup> T. Treves et M.F di Rattalma "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 377.

<sup>594</sup> Voir J. Frowein, K. Oellers-Frahm, "L'application des traités dans l'ordre juridique interne", *op.cit.*, p. 13.

<sup>595</sup> Pourtant, les présentations doctrinales ne sont pas toutes fondées sur ce schéma. Ainsi, P. Pescatore relève qu'au Danemark, une partie de la doctrine présente la réception des traités selon trois modalités : elle distingue la "transformation", par laquelle la règle internationale est reproduite en substance dans la loi, et qui correspond à l'adaptation italienne. Puis vient l'"incorporation", où la loi effectue un renvoi aux dispositions du traité, ce qui correspond à l'ordre d'exécution italien. Enfin, il est question d'"adaptation", mais dans un sens totalement différent de celui que l'on connaît traditionnellement : ici, il est utilisé pour qualifier les pratiques jurisprudentielles d'interprétation des normes internes au regard des normes internationales. Cette présentation est loin d'être courante et paraît, au demeurant, inexacte ; en effet, on peut contester l'inclusion de la troisième catégorie dans les méthodes de réception des traités. En effet, on verra (*infra*, B) que l'utilisation des traités internationaux par le juge, dans les cas cités, n'implique absolument pas l'incorporation de ceux-ci au droit national. Le rôle du juge n'est alors nullement celui d'un "transformateur" de droit international en droit interne. Voir P. Pescatore, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres", *op.cit.*, surtout p. 366.

législateur et juges pratiquent tous un dualisme extrêmement rigoureux : en pratique, le texte du traité est incorporé dans l'acte national en reproduisant les dispositions essentielles ou en les reformulant, ce qui est beaucoup plus rare. En général, l'acte national effectue un simple renvoi au texte international<sup>596</sup>.

### ***B. La valeur du traité dans la hiérarchie des normes dualiste***

La norme internationale étant transformée, elle ne s'insère pas en tant que telle dans la hiérarchie des normes. Contrairement au monisme, il n'est pas question ici de la primauté du traité sur le droit interne. La place de ces "normes internes d'origine internationale" est donc variable : elle correspond à la valeur de l'acte de réception (1). Toutefois, plus encore que dans un système moniste, le pragmatisme et les spécificités sont de mise. Non seulement la hiérarchie n'est jamais figée, et l'application des traités par les juges quelque peu aléatoire, mais plusieurs pratiques tendent à éviter les conflits de norme, en protégeant la loi (2). Dégager des règles claires et fixes est donc, là encore, fort difficile.

#### 1. Le traité a la valeur de l'acte de réception

Contrairement aux constitutions monistes, qui prévoient souvent le rang hiérarchique des traités, les constitutions dualistes sont toujours silencieuses. Elles ne décident pas de la place qu'occuperont les normes conventionnelles dans l'ordre juridique interne. Cela paraît logique : les pays adhérant aux principes dualistes considèrent que la norme internationale, reprise par un acte interne, devient une norme interne. Par conséquent, il existe bien une règle générale (si ce n'est absolue) selon laquelle le traité prend la valeur de l'acte qui le réceptionne. Ainsi, en l'absence de règles constitutionnelles, la hiérarchie des normes est décidée par les pouvoirs exécutif ou législatif, selon leurs domaines de compétence, ou précisée par les juges. Cela ne signifie pas qu'il soit impossible de dégager une valeur courante de la norme conventionnelle.

Comme on l'a vu, celle-ci est le plus souvent réceptionnée par un acte législatif. La "nouvelle" valeur du traité sera alors celle d'un rang légal. Cette situation, pour être la plus courante dans un système dualiste, doit néanmoins être distinguée de celle, déjà évoquée, des Etats-Unis ou de l'Égypte, dont les textes constitutionnels prévoient ce même rang légal. Ils n'en sont pas dualistes pour autant. En effet, organiser constitutionnellement la valeur légale pour tous les traités signifie qu'on les considère indépendamment de tout acte qui serait pris pour leur insertion ou application. C'est en tant que norme internationale qu'ils se placent à côté de la loi. Ils n'entrent pas dans

---

<sup>596</sup> F. Harhoff, "Danemark", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, pp. 151-182.

cette catégorie. Au contraire, dans un système dualiste, seul l'acte formel de réception est considéré. L'origine internationale de la norme disparaît alors et ne joue aucun rôle pour son rang hiérarchique interne. Conséquence inévitable de ce principe hiérarchique, la règle de la *lex posterior* s'impose en cas de conflit. Si une loi nouvelle vient contrarier la norme issue du traité, cette dernière doit s'effacer. Les inconvénients de cette situation, quant à l'efficacité du droit international, ont déjà été soulignés à l'occasion de l'étude du système américain.

Cette situation générale n'est pas absolue, et le traité peut prendre une place différente. D'un pays à l'autre, le choix de l'instrument de réception du traité ne va pas être identique. Tenant compte de la nature du traité et de la répartition interne des pouvoirs, autorités exécutives et constitutionnelles peuvent intervenir. Ainsi, en Italie ou au Danemark, il est considéré que l'ordre juridique interne peut se conformer à ses obligations conventionnelles en adoptant un simple acte administratif<sup>597</sup>. Là encore, la "norme interne d'origine internationale" apparaît, dont la valeur est celle de l'acte administratif. La procédure législative est destinée à protéger la démocratie, en permettant au législateur d'exprimer la volonté du peuple. Toutefois, dans le cas de la réception d'un traité par un acte administratif, on pourrait également critiquer le fait que ce que plusieurs nations ont voulu, une simple autorité interne peut le défaire par un acte postérieur. A l'opposé, le traité peut également être "transformé", notamment en droit italien, par une norme constitutionnelle et primera alors sur la loi.

En revanche, la situation qui prévaut au Royaume-Uni doit, une fois encore, être distinguée. P. Pescatore rappelle ainsi qu'*"en abordant le droit du Royaume-Uni, le juriste continental doit, pour commencer, se défaire de quelques idées juridiques qui lui sont familières"*<sup>598</sup>. Tel est surtout le cas lorsque l'on aborde la question de la hiérarchie des normes et de l'insertion des normes internationales dans cette pyramide. En effet, le droit anglais est souvent présenté comme ignorant toute notion de hiérarchie, pour deux raisons essentielles : d'abord, la souveraineté du Parlement implique une égalité de tous ses actes. Il n'existe pas de différence entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire, ni même de pouvoir réglementaire autonome. En outre, l'inexistence d'une constitution

---

<sup>597</sup> Un arrêt de la Cour de cassation italienne de 1972 synthétise ainsi les positions italiennes, expliquant que *"l'adaptation de l'ordre interne au contenu de la convention..., appelé ordre d'exécution, est réservée par le système constitutionnel interne au pouvoir législatif ou bien par un acte administratif si la matière même rentre dans les attributions de l'administration publique"* : Voir P. Pescatore, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres", *op.cit.*, p. 379.

<sup>598</sup> *Ibid.*, p. 387.

implique logiquement l'absence de soumission de la loi à une norme suprême<sup>599</sup>. De plus, les traités internationaux sont toujours réceptionnés par des lois : qu'il s'agisse de législation primaire ou secondaire, l'acte est doté de la même valeur légale et donc, sauf exception, systématiquement soumis au principe de la *lex posterior*.

Le système dualiste est donc, *a priori*, extrêmement rigide face au traité international. Non seulement celui-ci ne peut produire aucun effet en droit interne s'il n'a pas été transformé en norme interne, mais il ne prime jamais sur le droit interne. Toutefois, il faut souligner que face à un éventuel conflit de normes, les juges utilisent plusieurs moyens afin d'éviter toute conséquence négative qui pourrait mener par exemple à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat pour violation d'une obligation internationale. Les sérieux inconvénients du dualisme en termes d'invocabilité des normes internationales peuvent donc, dans une certaine mesure, être compensés.

## 2. L'évitement des conflits entre norme interne et "norme interne d'origine internationale"

Deux moyens communs à tous les systèmes dualistes viennent assouplir quelque peu la rigidité dualiste. Il s'agit de deux pratiques jurisprudentielles, relatives à l'application mesurée de la *lex posterior* et au principe de l'interprétation conforme. Destinées à protéger la loi et à éviter tout conflit avec une norme internationale, elles peuvent néanmoins conduire à mieux prendre en compte la norme internationale.

La première règle n'est pas appliquée de façon absolue par les juges, dès lors qu'une norme internationale est en jeu. Ainsi, en Grande-Bretagne, Lord Denning a affirmé que si une loi postérieure venait clairement abroger un *Act* de réception d'un traité international, la volonté du législateur devait être respectée et écarter la norme internationale. Cette affirmation était destinée, dans son esprit, à protéger la loi. Toutefois, *a contrario*, l'exigence d'une volonté clairement affirmée du législateur protège particulièrement la norme internationale, telle que réceptionnée par l'acte

---

<sup>599</sup> Cette absence de hiérarchie est un phénomène notamment souligné par J. Dutheil de la Rochère, in "Le droit international fait-il partie du droit anglais ?", *op.cit.*, p. 244. Toutefois, il semble que la réalité soit moins catégorique et que la notion de norme constitutionnelle ne soit pas inconnue du droit anglais : on parle ainsi de "constitutionnalisme" britannique, pour désigner plutôt un ensemble de principes d'une autorité morale supérieure. Constitués par plusieurs textes, tels que la *Magna Carta* de 1215 ou encore le *Bill of Rights* de 1689, ils n'ont juridiquement pas de valeur supérieure à celle des autres lois, le Parlement étant absolument libre d'y contrevenir. Toutefois, de nombreux auteurs soulignent la nécessité d'évolution du système anglais, et N. Lenoir remarque ainsi que "la mise en place, dans un nombre croissant de pays, y compris les pays du Commonwealth, de systèmes de contrôle de constitutionnalité de la loi, de même que l'imprégnation des droits internes par le droit international, ont fait naître à ce sujet un large débat national" : N. Lenoir, "La Chambre des Lords, à propos des projets actuels de réforme constitutionnelle", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, No. 3, p. 38.

interne. On peut ainsi mettre son affirmation en parallèle avec une autre assertion, de la Cour de cassation italienne. Bien que celle-ci soit antérieure aux propos de Lord Denning, elle permet de comprendre le but poursuivi. Ainsi, dans un arrêt du 16 juillet 1954, les juges ont soutenu qu'«à défaut d'une manifestation claire de l'intention du législateur d'abroger la loi d'exécution d'un traité (...), il est permis de penser que l'intention du législateur est de rester fidèle aux règles générales et fondamentales du droit international imposant le respect des traités»<sup>600</sup>. La Cour constitutionnelle allemande, dans une décision de 1987, a utilisé une formule similaire, qui amoindrit la portée du principe de la *lex posterior*. Elle a déclaré que «les lois sont à interpréter et à appliquer en conformité avec les obligations internationales de la RFA, même si elles ont été édictées postérieurement à un traité (...) car on ne peut concevoir que le législateur ait l'intention de contrevenir à des obligations de droit international ou de permettre la violation de telles obligations, à moins qu'il ne l'ait clairement exprimé»<sup>601</sup>. Par conséquent, à moins qu'une règle internationale ne mette fin au traité, ou que l'Etat décide de s'en retirer, il paraît peu souhaitable que par une loi postérieure, le législateur utilise volontairement son pouvoir d'édicter une norme contraire à un engagement international en vigueur au sein de l'Etat.

La seconde règle, dite de l'interprétation conforme, corollaire de la première, vient donc renforcer la volonté d'éviter les conflits. Plus qu'un principe, il s'agit d'une présomption, celle de la conformité de la loi par rapport au traité<sup>602</sup>. Si un requérant soulève une contrariété entre une norme interne et une norme internationale, le juge cherche au préalable, et dans la mesure du possible, à donner à la loi un sens conciliable avec le traité. Cela peut conduire à conférer à la loi un sens favorable au requérant qui souhaitait s'appuyer sur la règle internationale<sup>603</sup>. En outre, il est fort intéressant de constater que certains Etats utilisent ce principe alors même que le traité international n'est pas inséré dans l'ordre juridique interne. Un particulier ne peut donc s'en prévaloir. Pourtant, dès lors que le traité est ratifié et lie l'Etat, le juge s'autorise à l'utiliser comme source d'interprétation. Tel est notamment le cas au Danemark, pays qui pratique pourtant un dualisme des plus stricts<sup>604</sup>. Néanmoins, cela n'empêche nullement ces Etats dualistes de considérer que le traité ne crée pas de droits et obligations pour les individus, qui ne peuvent donc s'en prévaloir directement.

<sup>600</sup> Pour une analyse détaillée, voir A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, p. 82 s.

<sup>601</sup> *Ibid.*, pp. 91-92.

<sup>602</sup> Le principe a notamment été énoncé aux Etats-Unis en 1804, lors de l'arrêt de la Cour suprême *Murray v. Charming Betsy* : «Une loi du congrès ne doit jamais être interprétée de telle sorte qu'elle viole le droit des nations si une autre interprétation est possible».

<sup>603</sup> On peut rappeler, comme le fait P. Pescatore, que «si un traité international est invoqué en justice, c'est normalement pour obtenir un traitement dérogatoire ou contraire à une loi ordinaire», in «L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres», *op.cit.*, p. 355.

<sup>604</sup> Voir F. Harhoff, "Danemark", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, pp. 151-182. L'auteur cite notamment un exemple fondé sur la Convention de Berne relative aux droits d'auteur.

La règle a même été constitutionnalisée par un Etat : l'article 232 de la récente Constitution d'Afrique du Sud dispose en effet que "when interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with International law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law". On peut alors remarquer que "*cette approche conduit à importer les normes et valeurs du droit international au sein même de l'interprétation des lois sud-africaines...L'invocation de la présomption de cohérence avec le droit international illustre d'ailleurs l'importance grandissante du droit international dans le droit sud-africain en général, et pas simplement dans l'aire des droits fondamentaux*"<sup>605</sup>.

Le monisme paraît idéal pour l'application interne des normes internationales. Cependant, il présente l'inconvénient d'être "anti-démocratique" : le pouvoir exécutif peut ainsi produire des normes dotées d'une force supérieure à celles créées par le législateur, sans que celui-ci puisse s'y opposer. A l'inverse, le dualisme semble réfractaire au droit international conventionnel. Extrêmement protecteur de la loi, il permet au législateur, voire à des autorités inférieures, de porter atteinte à l'intégrité du traité, par exemple en ne transposant pas l'ensemble du texte, mais en effectuant une réception "à la carte", au motif que la loi peut déjà prévoir des dispositions similaires. L'absence de primauté des normes internationales renforce cette impression.

Les principes semblent donc impliquer des conséquences diamétralement opposées pour les individus. Dans un cas, l'absence d'écran étatique leur permet d'être destinataire de normes internationales qu'ils pourront invoquer, le cas échéant, à l'encontre de la loi. Dans l'autre cas, la norme internationale n'entre pas en contact avec eux. Le dualisme considère que la loi est la meilleure des protections pour les individus. Ceux-ci lui restent entièrement soumis, qu'elle soit purement nationale ou "d'origine internationale".

Cette opposition si radicale est loin d'être le reflet exact de la réalité. Outre le fait qu'aucun Etat n'est, de par ses textes fondamentaux ou ses juges, parfaitement dualiste ou moniste, les pratiques des deux systèmes ne sont pas toujours opposées. L'incorporation des traités internationaux ainsi que leur valeur hiérarchique peut souvent conduire à des effets similaires pour les individus sur le plan interne.

---

<sup>605</sup> T. Van Reenen, "Tendances actuelles dans l'interprétation de la Constitution de l'Afrique du Sud", *RFDC*, 2002, No. 50, p. 361. Cependant, cette appréciation laudative peut être nuancée par l'exemple d'un arrêt de la Cour constitutionnelle relatif au "Promotion of National Unity and Reconciliation Act" de 1995 accordant l'amnistie aux auteurs de crime d'apartheid. L'organisation AZAPO avait saisi la Cour, estimant la loi contraire au droit international, qui exige que l'auteur d'une violation grave des droits de l'homme soit jugé. La Cour constitutionnelle ayant jugé que la loi avait été autorisée par la Constitution, elle a rejeté l'argument fondé sur le droit international. Ce raisonnement, qui fait intervenir la notion de Constitution-écran, peut être rapproché de l'affaire Sarran.

## ***Section II. Des oppositions dépassées par la pratique : des effets similaires pour l'individu***

Il n'est plus question aujourd'hui d'affirmer, comme le faisait par exemple G. Fitzmaurice, que droit international et droit interne ne peuvent se rencontrer car ils concernent des domaines matériels totalement différents<sup>606</sup>. Le droit international touche de plus en plus de domaines ; il est amené à exercer une pression croissante sur les ordres juridiques internes.

Dès lors, la présence grandissante du droit international en droit interne fait éclater les principes théoriques autour des rapports de système. L'affirmation ne concerne pas que le dualisme, qui ne peut plus soutenir aujourd'hui que les ordres juridiques internes et international ne communiquent pas. Tous les systèmes juridiques, qu'ils soient monistes ou dualistes, doivent faire face à des contradictions internes, qui viennent largement relativiser les oppositions constitutionnelles de principes (I).

En outre, l'évolution contemporaine de la société internationale révèle une autre forme de pression internationale. En effet, on assiste à une internationalisation des constitutions internes, toujours plus réceptives aux normes internationales. Ce mouvement récent semble par ailleurs favorable au développement du monisme (II).

### **I. Les contradictions internes des systèmes : faux monismes et faux dualismes**

Les principes élaborés par les grands fondateurs des deux écoles doctrinales du monisme et du dualisme sont clairs : fusion des ordres juridiques contre séparation, validité automatique de la norme internationale dans l'ordre interne contre transformation, primauté de la norme internationale contre impossibilité de conflit avec les normes internes, tout cela étant décidé par un système constitutionnel cohérent.

Or, que l'on se trouve dans un Etat favorable aux principes de l'une ou l'autre de ces écoles, on ne peut que constater que la pratique ne correspond pas toujours fidèlement à la théorie. Dans un cas comme dans l'autre, une réalité est incontournable : le traité international n'est pas une norme comme les autres. Quel que soit le degré de consistance de l'écran étatique imposé par les choix constitutionnels, la nature de la norme internationale reste unique et ne change pas fondamentalement ; insertion automatique ou transformation des normes internationales ne sont que des expressions d'une fausse médiation étatique (A). En outre, malgré une dissemblance apparente de la hiérarchie des normes, la valeur de la norme internationale conserve, elle aussi, une spécificité certaine, entraînant nombre de paradoxes au sein de chacun des systèmes (B).

---

<sup>606</sup> G. Fitzmaurice, "Principes généraux du droit international", *RCADI*, 1957-2, p. 71.

### A. La nature de la norme internationale inchangée : une fausse médiation étatique

C'est essentiellement à une critique des principes dualistes que l'on peut se livrer ici. Face à un traité international, la doctrine tout comme la jurisprudence affirme la transformation de la norme en arguant des différents procédés de réception. Or, en comparant les pratiques monistes et dualistes, il semble qu'il y ait une similitude dans le traitement des normes conventionnelles (1). En outre, quelque soit le système, on peut souligner l'interdiction commune de dénaturer le traité (2).

#### 1. Similitude du traitement interne des normes conventionnelles internationales

Il apparaît que l'on assiste à une certaine confusion dualiste entre les méthodes de réception et d'exécution des traités (a). En réalité, un rapprochement peut être effectué entre les procédures monistes et dualistes (b).

##### a. Confusion dualiste entre réception et exécution des traités

La doctrine souligne fréquemment la double fonction de la loi dualiste qui réceptionne le traité. Elle peut contenir à la fois l'autorisation parlementaire de ratification, ainsi que l'ordre d'exécution du traité. Ainsi, un même acte relève en même temps de la procédure de conclusion du traité et de la procédure d'insertion. Tel est le cas par exemple en Italie, où "*dans la pratique des choses, l'ordre d'exécution est d'habitude inséré dans la loi d'autorisation sous forme d'une disposition disant que "pleine et entière exécution est donnée au traité"..."*"<sup>607</sup>. En outre, le même texte peut également contenir à la fois un ordre d'exécution et des mesures d'adaptation du droit interne au droit international<sup>608</sup>. La loi contient l'expression "est donnée pleine et entière exécution au traité" (ou, en anglais, "an Act to give effect to..."); elle contient en même temps des mesures de transcription interne des obligations internationales imposées par le traité.

<sup>607</sup> P. Pescatore, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres", *op.cit.*, p. 377. Pour une explication claire de ces deux fonctions, qu'il ne faut pas assimiler, voir T. Treves et M.F. di Rattalma "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 373 : *On considère que sont des lois au sens formel celles qui, tout en ayant la forme d'une loi, ne contiennent pas de normes générales et abstraites, leur contenu étant lié à une procédure (servant, par ex, à permettre l'exo d'un pouvoir par un autre organe). La ratification est autorisée par une loi ordinaire. Quand l'exécution des obligations dérivant du traité exige des modifications de normes constitutionnelles, elle doit toutefois être donnée, selon l'opinion qui prévaut, par une loi constitutionnelle. Le problème se pose ainsi de façon analogue à celui des actes législatifs portant adaptation du droit interne aux traités. Il faut souligner, en tout cas, que même si l'autorisation de ratification et l'acte par lequel on donne exécution au traité sont presque toujours contenus dans la même loi, leur nature juridique reste distincte ; cela ressort, entre autres, du fait que, pour l'autorisation de ratification, la loi est toujours nécessaire, alors que pour l'exécution dans l'ordre juridique interne il est parfois suffisant d'avoir recours à des actes de niveau réglementaire*". C'est nous qui soulignons.

<sup>608</sup> Voir A. Berramdane *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, pp. 81-82.

Plusieurs remarques peuvent être effectuées sur ce point. D'une part, il n'y a pas de lien chronologique déterminé, qui ferait intervenir nécessairement la conclusion du traité avant son insertion puis son exécution. En réalité, ces différentes phases sont intimement liées. Elles sont souvent confondues dans le temps et de façon matérielle, dans un même texte. En pratique, les Etats dualistes adoptent fréquemment des mesures internes d'adaptation au traité avant même que celui-ci ne soit ratifié, afin que leur droit interne soit compatible avec le traité lorsque celui-ci entrera en vigueur. Cette confusion dans le temps se double d'une confusion matérielle, puisqu'un même acte peut contenir des éléments appartenant aux différentes phases de "traitement" du traité : conclusion, insertion et exécution. D'autre part, cette confusion amène la doctrine à présenter schématiquement ladite loi comme relevant entièrement de la procédure de réception dualiste. Or, cette intervention parlementaire a plusieurs significations qui doivent, au contraire, être plus clairement distinguées.

On peut mettre de côté l'autorisation de ratification, commune aux systèmes, qui appartient à la procédure de conclusion des traités. C'est à l'ordre d'exécution et à la procédure d'adaptation qu'il faut s'attacher, car ils n'ont pas la même signification. L'ordre d'exécution, on l'a vu, consiste en une phrase. Il est équivalent à la "promulgation" (en anglais, "enactment") pratiquée en France avant 1946, considérée aussi comme dualiste. Effectuée par le Président de la République, elle disposait que "le traité dont la teneur suit recevra pleine et entière exécution". Or, cette phrase ne fait pas de son auteur, aujourd'hui le législateur dualiste, un co-auteur de la norme internationale. Elle n'opère pas une "transformation" du traité. Comme G. Tenekides, *"nous ne croyons pas nécessaire ni juridiquement exact de recourir à cette notion qui supposerait une sorte de dénaturation de la règle internationale. La loi nationale votée par le parlement n'est nullement "dénaturée" par sa promulgation qui la rend seulement exécutoire. De même, la promulgation du traité se borne à donner à tous les citoyens et aux tribunaux l'ordre de se conformer à ses dispositions. Avant la promulgation, la loi ou le traité étaient par hypothèse, valables, réguliers, obligatoires, non exécutoires. Par la promulgation, ils deviennent exécutoires, sans être pour le moins du monde dénaturés"*<sup>609</sup>. L'ordre d'exécution relève bien de la procédure de réception du traité. Or, les méthodes d'insertion et de réception, qu'elles soient monistes ou dualistes, ne modifient pas la nature internationale de la norme : son énoncé, sa signification normative, restent ceux que leurs auteurs internationaux ont voulu.

Le terme d'exécution est d'un usage fort délicat car c'est lui qui prête à confusion. Comme J. Verhoeven l'explique de façon limpide, *"par "mesure d'exécution", il y a lieu d'entendre des interventions législatives, réglementaires ou administratives destinées à donner concrètement effet à la règle internationale et non des interventions dont le seul objet est d'"introduire" celle-ci dans l'ordre interne de l'autorité saisie, conformément aux exigences propres de son droit*

<sup>609</sup> G. Tenekides, *L'individu dans l'ordre juridique international*, op.cit., pp. 150-151.

*constitutionnel*"<sup>610</sup>. Il faut donc détacher de la question de la réception celle de l'exécution de la norme. L'ordre d'exécution n'assure ni n'effectue l'exécution elle-même, il l'ordonne simplement. Cette lapalissade est destinée à souligner que l'exécution, entendue comme "application" du traité, réside dans les éventuelles mesures que le dualisme nomme "adaptation". Elles ne sont pas systématiquement nécessaires. Elles ne le sont que si le législateur estime que la norme internationale n'est pas, en elle-même, suffisamment précise pour être appliquée immédiatement. En deux mots, si elle n'est pas d'effet direct. Il faut donc distinguer entre la création de l'obligation internationale (qui relève du pouvoir exécutif) et l'application de l'obligation internationale par le pouvoir législatif, qui, en fonction du degré de précision de la norme, appelle ou non des mesures internes supplémentaires. Or, on peut estimer, là encore, qu'*il ne s'agit pas, dans cette hypothèse, de véritable transformation, et nous nous trouvons simplement en présence d'une concrétisation de la norme internationale par la norme interne. C'est un cas analogue à celui d'une loi qui a besoin d'un développement réglementaire et il n'entre pas, à proprement parler, dans le cercle du problème qui nous occupe*"<sup>611</sup>. Plus que la "nationalisation" anglaise de la norme internationale, "l'adaptation" italienne exprime bien cette différence entre réception et application du traité. La procédure qui choisit non pas de reprendre *in extenso* dans une loi les termes du traité, mais qui crée des règles internes précisant les modalités d'application, en utilisant d'autres termes (plus précis et plus adaptés au droit interne), est une procédure d'exécution : le terme est entendu comme similaire d'application. Dans les faits, elle a lieu, en principe, face à une règle générale qui nécessite de telles mesures : sa formulation générale appelle des compléments internes. Le législateur est libre de les prendre ou pas. Toutefois, il semble que cette pratique puisse être utilisée, parfois, alors même qu'elle n'est pas nécessaire. Un auteur exprime ainsi son désaccord avec certaines situations de ce genre : *“cela conduit à une prolongation du processus de création du droit que la logique juridique n'impose nullement et qui est due à la volonté de l'Etat d'affirmer sa souveraineté. Loin donc d'être indispensable, elle complique inutilement la mise en action des normes du droit international dans le droit interne”*<sup>612</sup>.

L'intervention parlementaire sur un traité revêt donc non pas deux, mais trois significations. Ainsi, pour résumer, on peut affirmer que l'autorisation de ratification est une mesure de conclusion du traité, l'ordre d'exécution est une mesure de réception du traité, et la procédure d'adaptation est une mesure d'application (ou d'exécution, au sens de J. Verhoeven) du traité. L'exigence de ces derniers compléments dépend en théorie de la qualité de la norme internationale. Il s'agit alors d'un problème commun à

<sup>610</sup> J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *op.cit.*, p. 243.

<sup>611</sup> Le problème évoqué est celui de la réception par transformation. A. Truyol y Serra, "Cours général de droit international public", *RCADI*, 1981-4, vol. 173, p. 284.

<sup>612</sup> *Ibid.* Au contraire, d'autres estiment que ces mesures d'adaptation manquent souvent dans les faits, alors qu'elles contribuent à une application plus efficace du traité. On ne tranchera pas ici entre ces deux opinions, toutes deux valables car portant sur des cas concrets et particuliers.

tout ordre juridique, qu'il soit moniste ou dualiste : il réside dans la difficile appréciation de l'effet direct du traité. En tout état de cause, la France comme l'Allemagne, l'Espagne comme l'Italie, tous connaissent et utilisent les procédures d'adaptation du droit interne.

*b. Rapprochement moniste et dualiste dans les procédures d'exécution des traités*

En guise de préliminaire, on peut rapidement évoquer les techniques de conclusion et de réception de chacune des deux écoles : en pratique, quelque soit le système, il est fréquent que la même loi comporte deux articles, l'un autorisant la ratification, l'autre prévoyant l'entrée en vigueur du traité dans l'ordre interne. C'est la pratique de l'Italie ou de l'Allemagne dualistes, par l'ordre d'exécution. C'est aussi celle de la Grèce moniste : la loi d'approbation, outre l'autorisation de ratification, fait également référence au traité pour dater son entrée en vigueur <sup>613</sup>.

Les méthodes d'exécution des traités sont, elles aussi, comparables, dans bien des cas. Ainsi, si le législateur considère que la norme est d'effet direct, le monisme se satisfera de l'autorisation de ratification (éventuellement assortie d'une date d'entrée en vigueur), tandis que le dualisme utilisera uniquement l'ordre d'exécution, sans le compléter de mesures complémentaires d'application. Les commentateurs du système italien exposent ainsi que "*le caractère directement applicable d'une norme est celui qui permet l'utilisation de la technique dite de l'ordre d'exécution*" <sup>614</sup>. Dans les deux cas, l'Etat est confronté au même problème : celui de savoir (ou de vouloir) identifier le caractère d'effet direct de la norme.

Si le traité n'est pas considéré comme étant d'applicabilité directe, c'est-à-dire qu'il ne se suffit pas à lui-même, des mesures complémentaires sont alors nécessaires. Les comportements monistes et dualistes, là encore, peuvent se rejoindre <sup>615</sup>. Ainsi, face au traité instaurant la CPI, une étude comparée permet d'illustrer ce phénomène commun.

En Allemagne, le projet de loi assurant la réception du statut de la CPI en droit interne "*traduit les principales infractions du droit pénal international en normes pénales*

<sup>613</sup> Voir E. Roucouas, "Grèce", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 297.

<sup>614</sup> T. Treves et M.F di Rattalma "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 380.

<sup>615</sup> H. Tourard analyse ainsi deux exemples français de mise en conformité anticipée, pour la Convention sur le blanchiment des produits du crime signée en 1996 et de la Convention de La Haye relative à l'adoption de 1993. Voir *L'internationalisation des constitutions nationales*, Collection Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, Vol. 96, Paris, LGDJ, 2000, pp. 132-133.

*internes*"<sup>616</sup>. Après la ratification, un important travail d'adaptation du droit allemand aux exigences du statut consistera notamment en un code de droit pénal international. L'Angleterre a, elle aussi, édicté des mesures nationales d'application, explicitant les différents crimes concernés. L'annexe 8 de la loi précitée (*ICC Act* de 2001) reproduit ainsi le texte des articles 6 à 9 du statut, définissant lesdits crimes. En outre, la partie 5 de la loi (article 50), intitulée "crimes et délits en droit anglais", procède à une adaptation nationale de ces crimes. Cette double opération fait d'ailleurs l'objet de critiques. En effet, "la loi sur la CPI adopte une approche restrictive dans la mesure où elle incorpore les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité, et les crimes de guerre dans le droit national, mais seulement dans la mesure où ces crimes sont commis au Royaume-Uni ou par des ressortissants du Royaume-Uni...Ceci est regrettable"<sup>617</sup>. L'Italie, quant à elle, a adopté une attitude totalement opposée à celle du Royaume-Uni. En effet, le statut de la CPI, comme la plupart des conventions internationales en matière de crimes internationaux, a été réceptionné dans l'ordre interne par le simple biais de l'ordre d'exécution. Aucune législation interne d'adaptation n'a été adoptée. Cela conduit également les commentateurs à émettre des critiques tout à fait différentes des précédentes. Un auteur remarque que, "globalement considérée, la législation italienne finit par restreindre la portée des conventions et des normes incriminatrices d'origine internationale par manque de législation interne adéquate"<sup>618</sup>. Et l'auteur de poursuivre à propos de la loi italienne du 12 juillet 1999 : "cette ratification est un très bon exemple de la mauvaise habitude du législateur (et du gouvernement) italien qui, tout en ratifiant le traité et en lui donnant exécution sur le plan interne, ne se pose pas trop de questions quant à son exécution"<sup>619</sup>. La question des rapports entre le statut de la Cour et les règles internes relatives aux immunités aurait ainsi du faire l'objet de mesures complémentaires, comme ce fut le cas dans de nombreux Etats. En outre, l'Italie ne possède pas de mesures internes incriminant le crime contre l'humanité, alors même que le principe de légalité des peines (*nullum crimen sine lege*) impose l'existence d'un texte. Cela ne signifie pas pour autant que le traité est reconnu comme étant d'effet direct. En revanche, des Etats monistes tels que la France ou la Belgique ont adopté des lois d'adaptation du droit interne, en plus des lois autorisant la ratification du

<sup>616</sup> R. Roth, Y. Jeanneret, "Droit allemand", in A. Cassese, M. Delmas-Marty (ss la dir. de), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 8-29. L'ouvrage cité procède (notamment) à une étude comparée de l'insertion et application dudit traité. On peut lire également, pour les incidences sur les textes constitutionnels, E. Lambert-Abdelgawad, "Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées", *Revue internationale de droit comparé*, 2003-3, pp. 539-574.

<sup>617</sup> J. Jones, "Droit anglais", in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op.cit.*, p. 57.

<sup>618</sup> S. Zappala, "Droit italien", in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op.cit.*, pp. 211-212.

<sup>619</sup> *Ibid.*, p. 213.

traité<sup>620</sup>. Ainsi, les procédures italiennes ou anglaises d'adaptation, citées comme exemples de dualisme, n'en sont pas vraiment. Cela reviendrait à considérer les Etats les plus monistes comme étant en réalité dualistes, puisqu'ils procèdent également à ces adaptations.

Quelle que soit la méthode d'insertion et d'application des traités internationaux, les critiques fusent. On estime que le dualisme ne respecte pas toujours l'intégrité des traités, ni dans la lettre, ni dans l'esprit, mais l'absence de mesures d'adaptation est également mal perçue. Quant au monisme, s'il prend de telles mesures, on considèrera que le Parlement protège son pouvoir normatif et que cela ne s'imposait pas. Le bilan dressé par A. Cassese sur les conventions humanitaires est des plus cinglants ; aucun Etat n'est épargné : *“par exemple, aux Etats-Unis...on a délibérément ignoré la partie la plus avancée des Conventions de Genève. Dans un autre pays, le Maroc, l'on ratifie des traités et puis l'on "oublie" de les publier dans le journal officiel. En Italie, ...l'appareil étatique est sourd aux exigences internationales...En réalité, dans la plupart des Etats, soit on ne ratifie pas les Conventions, soit on ratifie les Conventions mais sans édicter de lois d'harmonisation”*<sup>621</sup>.

Cependant, malgré les insatisfactions, on ne peut nier la présence de plus en plus affirmée des normes internationales dans les ordres juridiques internes, qui conduit à estomper les oppositions théoriques entre monisme et dualisme. En outre, indépendamment des besoins de mesure complémentaire, on peut souligner qu'aucun des systèmes ne peut, face au traité lui-même, le dénaturer.

## 2. L'interdiction commune de dénaturer le traité

Deux faits confirment l'interdiction de dénaturer le traité. D'une part, lors de son insertion, le Parlement ne peut en aucun cas y apporter des modifications (a). D'autre part, lors de son application juridictionnelle, les juges reconnaissent sa spécificité et utilisent tous des règles similaires d'interprétation (b).

### a. Lors de l'insertion : interdiction d'amender le traité

L'intervention parlementaire d'approbation du traité, qu'elle soit moniste ou dualiste, est partout soumise à la même règle. Ainsi, en Grèce, *“la loi d'approbation - ratification elle-même est de nature spécifique puisque le corps législatif, après discussion, approuve ou rejette in globo le texte du traité qui lui est soumis, sans possibilité de le modifier ou de supprimer*

<sup>620</sup> Le processus français d'adaptation est en cours. Il est effectué en partie par une loi du 26 février 2002 relative à la coopération avec la CPI. En juin 2003, une proposition de loi a été déposée, qui vise à modifier le Code pénal français pour y intégrer les crimes de guerre. D'autres textes devront probablement suivre. Sur ce processus, on peut lire les commentaires de M. Benillouche, *“Droit français”*, in A. Cassese, M. Delmas-Marty (ss la dir. de), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op.cit.*, pp. 159-191.

<sup>621</sup> A. Cassese, *“L'incidence du droit international sur le droit interne”*, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op.cit.*, p. 560.

*quelques-unes de ses dispositions*"<sup>622</sup>. Il en va de même dans l'ensemble des Etats. Cela peut sembler évident. Pourtant, il a fallu, en Allemagne, une décision constitutionnelle pour résoudre la question. En effet, en pratique, le Parlement adopte parfois des résolutions sur le contenu du traité. La question fut alors posée de savoir s'il s'agissait d'amendement au traité. Par une décision du 18 septembre 1990 sur le traité d'unification allemande d'août 1990, le tribunal constitutionnel a répondu par la négative : un article du règlement intérieur du Bundestag interdit les modifications<sup>623</sup>.

En France, la question s'est également posée récemment. En effet, suite à une modification du règlement intérieur de l'Assemblée nationale, le Conseil constitutionnel a dû intervenir pour rappeler et préciser l'interdiction de toucher au texte du traité. L'article 128 du règlement prévoyait que "*lorsque l'Assemblée est saisie d'un projet de loi autorisant la ratification d'un traité ou l'approbation d'un accord international non soumis à ratification, il n'est pas voté sur les articles contenus dans ces actes et il ne peut être présenté d'amendement*" : or, la référence aux amendements a été supprimée. Toutefois, il s'agissait d'harmoniser le règlement avec celui du Sénat, qui n'en comportait pas, et non pour autoriser ces amendements. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 9 avril 2003, affirme avec force que "*cette suppression, comme l'absence, depuis l'origine, de toute référence aux amendements dans l'article 47 du règlement du Sénat, ne sauraient être interprétées comme accordant aux membres du Parlement compétence pour assortir de réserves, de conditions ou de déclarations interprétatives l'autorisation de ratifier un traité ou d'approuver un accord international non soumis à ratification*"<sup>624</sup>. Il est donc fermement établi que le texte du traité ne peut être révisé. L'unique possibilité d'amendement parlementaire se présente alors dans une occasion extrêmement rare, d'un intérêt pratique très limité : lorsqu'un projet de loi implique la ratification ou l'approbation de plusieurs conventions internationales, le Parlement peut refuser d'en approuver certaines. De plus, la question doit être détachée de celle de l'amendement des mesures internes d'exécution du traité. Ainsi, selon P. Türk, on pourrait envisager la possibilité "*d'amendements visant des articles qui, bien qu'inclus dans le projet de loi, seraient dissociables de l'autorisation de ratifier*", tels que ceux "*relatifs à l'adaptation du droit interne éventuellement impliquée par l'autorisation de ratifier ou d'approuver*"<sup>625</sup>. Il faut donc clairement distinguer l'intervention parlementaire sur l'insertion du traité, qui ne produit aucun effet sur le contenu de la règle, de celle qui permet de modifier la législation interne lors de mesures complémentaires d'exécution.

<sup>622</sup> E. Roucouas, "Grèce", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 298.

<sup>623</sup> J. A. Frowein, "Allemagne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 78. L'auteur précise que ces résolutions sont légales mais ne sont que des manifestations politiques du Parlement.

<sup>624</sup> Texte de la décision reproduit in P. Türk, "L'encadrement jurisprudentiel du droit d'amendement parlementaire en matière d'élaboration des lois visées à l'article 53 de la Constitution", *LPA*, 2 septembre 2003, no. 175, p. 8.

<sup>625</sup> *Ibid.*, p. 13.

*b. Lors de l'application judiciaire : règles d'interprétation internationales*

Face à l'invocation d'une norme internationale, le travail d'interprétation du juge est fondamental. En France, comme dans les autres Etats monistes, les principes d'interprétation utilisés ne sont pas les mêmes, qu'il s'agisse d'une loi, d'un contrat ou d'un traité. Pour ce dernier, les principes directeurs de la Convention de Vienne sur le droit des traités sont régulièrement rappelés et utilisés, bien que la France n'ait pas ratifié cette Convention <sup>626</sup>.

Malgré l'affirmation dualiste de transformation du traité en norme interne, les juges ont une attitude bien différente lorsque l'une de ces "normes internes d'origine internationale" se présente. Les méthodes d'interprétation du traité, par-delà les écoles doctrinales, sont toutes influencées par la nature conventionnelle de la norme. Les mêmes dispositions de la Convention de Vienne sont évoquées. Une décision jurisprudentielle allemande synthétise ainsi les différents éléments qui interdisent la dénaturation du traité : *“le traité international en cause a été transformé par la loi du 21/6/61 en droit interne. Les traités interétatiques ne perdent pas leur qualité de traités entre Etats du fait de leur transformation en droit interne. La double fonction de la loi d'approbation selon l'article 59 al2 LF, à savoir l'habilitation pour la conclusion définitive du traité ainsi que l'incorporation de ses normes dans l'ordre juridique interne...a plutôt pour conséquences l'application de règles d'interprétation particulières au regard de ce traité, règles qui ne sont pas tout a fait conformes avec celles retenues pour l'interprétation des lois nationales”* <sup>627</sup>.

La jurisprudence irlandaise est plus claire encore : bien que l'Irlande n'ait pas non plus ratifié la Convention de Vienne, les juges considèrent que *“an international treaty has only one meaning and that is its meaning in international law. ...For guidance on this subject one must look to the general principles of international law and in particular the rules of interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention...”* <sup>628</sup>. Il est significatif que même les juges anglais, traditionnellement extrêmement réticents envers les normes internationales, agissent désormais de même. J. Dutheil remarque ainsi que *“le juge anglais hésite de moins en moins à se reporter au texte du traité même si la loi n'y fait qu'indirectement référence”*, et que *“lorsqu'ils ont à interpréter des traités et à les appliquer en droit interne, les juges britanniques usent de plus en plus des méthodes d'interprétation propres au droit international”* <sup>629</sup>.

<sup>626</sup> Article 31 de la Convention de Vienne : *“un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but...”*. La suite de l'article précise ce qu'il faut entendre par "contexte", et ajoute des précisions quant aux éléments à prendre en compte pour l'interprétation. Cet article est complété par l'article 32, "Moyens complémentaires d'interprétation", et l'article 33, relatif à l'interprétation de textes authentifiés en plusieurs langues.

<sup>627</sup> Décision du Bundesgerichtshof dans l'affaire "Champagner-Weizenbier" : voir J. A. Frowein, "Allemagne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 87.

<sup>628</sup> Il s'agit d'un arrêt de 1988. Voir C.R. Symmons, "Irlande", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 341.

<sup>629</sup> J. Dutheil de la Rochère, "Le droit international fait-il partie du droit anglais", *op.cit.*, pp. 253-254.

La dernière preuve, s'il en est, que le juge reconnaît le traité en tant que norme internationale peut être trouvée dans la jurisprudence italienne. Utilisant, comme ailleurs, les principes de la Convention de Vienne, les juges ont ainsi recours à la version authentique du texte plutôt qu'à sa traduction italienne : "*ces traductions n'ont aucune valeur officielle et leur qualité est souvent mauvaise. Les juges ont reconnu implicitement cette absence de valeur quand ils se sont engagés dans l'interprétation de clauses...*"<sup>630</sup>.

Ainsi, l'affirmation théorique selon laquelle la nature de la norme conventionnelle est modifiée par l'action de la médiation étatique est en partie contredite par l'étude de la pratique. Un traité ne sera jamais totalement auto-exécutoire, en raison de la nécessité d'un aval démocratique du Parlement. Toutefois, il ne sera pas totalement dénaturé non plus. Ceci autorise à conclure que "*la manière d'insérer le traité dans l'ordre juridique interne – réception en tant que droit international ou transformation en droit national – n'a pratiquement pas de conséquence sur son application ou son interprétation. Tous les pays prennent en due considération la nature internationale du traité et ils admettent que l'engagement contracté par l'Etat au plan international appelle un traitement particulier dans sa mise en œuvre dans l'ordre juridique interne*"<sup>631</sup>.

De plus, l'opposition entre les hiérarchies des normes moniste et dualiste est, elle aussi, à nuancer.

### ***B. La valeur de la norme internationale : une fausse dissemblance de la hiérarchie des normes***

Il est certain que les principes monistes et dualistes s'opposent en matière de hiérarchie des normes, les uns conférant une primauté à la norme internationale, les autres lui attribuant au mieux une valeur légale. Toutefois, la situation en pratique est nettement plus complexe. L'interprétation et l'application qui est faite, surtout par les juges, de ces règles hiérarchiques finissent par se ressembler étrangement d'un système à l'autre. Ainsi, les modèles dualistes, notamment européens, ont révélé leurs contradictions internes face aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et au droit communautaire (1). A l'opposé, l'attitude des juges des Etats *a priori* monistes exprime une forte résistance à la norme internationale. Un monisme constitutionnel de principe côtoie parfois des pratiques dualistes des différents pouvoirs (2).

<sup>630</sup> T. Treves et M.F di Rattalma "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 390.

<sup>631</sup> Voir J. Frowein, K. Oellers-Frahm, "L'application des traités dans l'ordre juridique interne", *op.cit.*, p. 24.

## 1. Les contradictions du dualisme européen face à la CEDH et au droit communautaire <sup>632</sup>

Le dualisme, qui érige une barrière entre ordre international et ordre interne, n'est guère conciliable avec des normes internationales d'une nature particulière : celles qui prétendent à un effet direct sur les individus. Leur force est telle que le système interne doit les laisser pénétrer et s'adapter à elles, au prix de quelques contradictions.

Le système juridique anglais, très particulier, confronté aux normes non élaborées par son parlement souverain, est mal adapté aux normes internationales. Or, les traités communautaires et humanitaires sont dotés d'une autorité telle que le Royaume-Uni n'a eu d'autre choix que de les traiter différemment des autres normes internes (a). Moins spécifique, le système italien est en revanche très marqué par la doctrine dualiste. Confronté aux mêmes problèmes, cette dernière a aussi du, en quelque sorte, rendre les armes (b).

### a. Exemple anglais

L'absence théorique de hiérarchie des normes, due au principe de souveraineté parlementaire, a été confrontée assez brutalement à la notion de hiérarchie émanant du droit communautaire. Ainsi, J. Dutheil constate que *“l'entrée de la GB dans la CE a servi de révélateur d'un certain nombre de contradictions inhérentes à ce mécanisme subtil de relations à double niveau, mais aussi de l'aptitude à l'innovation des juges de common law”* <sup>633</sup>. Les traités communautaires, impliquant non seulement leur primauté sur le droit interne, mais également leur effet direct, étaient donc difficilement compatibles avec les pratiques anglaises de transformation de la norme, et avec sa valeur légale. Dès lors, le Parlement anglais fut contraint (imité en cela par les autres parlements dualistes européens) d'utiliser une technique nouvelle d'incorporation globale et pour l'avenir : le European Communities Act de 1972 contient, on l'a vu, une clause générale qui reconnaît l'effet direct présent et à venir, du droit communautaire. Restait le problème de la primauté de ces normes sur le droit anglais, que la loi n'abordait pas. Ce sont ainsi les juges qui ont du s'incliner. Ainsi, contrairement à tous les principes du droit anglais, le droit communautaire prime sur la loi postérieure contraire <sup>634</sup>. De plus, la notion de droit constitutionnel s'ancre davantage. Ainsi, un arrêt de 2002 résume très bien l'effet du droit communautaire : *“(1) tous les droits et obligations créés par le droit communautaire sont incorporés au rang suprême dans le droit national par le European Communities Act de 1972 ; en*

<sup>632</sup> Il ne sera pas fait ici de distinction entre le droit conventionnel originaire et le droit dérivé. En effet, le droit communautaire est un ensemble, dont la problématique d'application, dans les Etats dualistes, se pose dans les mêmes termes.

<sup>633</sup> J. Dutheil de la Rochère, *“Le droit international fait-il partie du droit anglais”*, *op.cit.*, p. 244.

<sup>634</sup> House of Lords, *Factortame Ltd v. Secretary of State for transports*, 1989. Voir *“Royaume-Uni”*, in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, pp. 502-503.

conséquence, tout ce qui est contraire dans le droit britannique à ces droits et obligations est abrogé ou doit être amendé afin de supprimer cette incompatibilité, même si cette dernière est contenue dans la législation primaire. (2) L'Act de 1972 est un texte de nature constitutionnelle ; par suite, il ne peut être abrogé implicitement. (3) La substance de cette deuxième proposition découle, non du droit communautaire, mais du *common law*, qui reconnaît la catégorie des textes de nature constitutionnelle”<sup>635</sup>. Bien qu'il faille reconnaître le caractère spécifique du droit communautaire, on ne peut que s'interroger : en vertu du principe *stare decisis*, les juges sont liés par les précédents et le revirement de jurisprudence ne peut exister : le juge doit-il étendre sa jurisprudence communautaire au droit international ? Pour l'instant, le droit britannique conserve cette contradiction interne. Toutefois, il évolue et l'on peut estimer que “le droit communautaire et de l'Union impose donc sa logique et, tel un cheval de Troie, il fait pénétrer dans son sillage le droit international public et lui imprime sa primauté sur le droit interne”<sup>636</sup>.

Des difficultés similaires ont surgi avec la CEDH : ratifiée rapidement, elle n'avait jamais été insérée dans l'ordre juridique anglais. Le législateur estimait que le droit interne protégeait déjà les droits et libertés en question. On a déjà évoqué la farouche opposition de Lord Denning, puis les condamnations de l'Angleterre par la Cour européenne, et enfin la transposition incomplète de 1998, à laquelle il manque l'article 13 de la CEDH. Or, transposée par une loi, la CEDH n'est donc pas, en principe, dotée de primauté sur le droit interne. En réalité, le *Human Rights Act* de 1998 est considéré comme ayant une force égale à la loi communautaire de 1972<sup>637</sup>. En outre, cette loi de 1998 contient certaines dispositions inhabituelles. Si, comme en 1972, elle ne contient aucune règle hiérarchique, elle apporte néanmoins certaines limites au pouvoir législatif. Ainsi, les articles 4 et 10 de la loi permettent au juge, non seulement d'écarter l'application d'une loi incompatible, mais également de faire appel au pouvoir exécutif : désormais, un ministre a le pouvoir de modifier toute législation incompatible avec la CEDH. “Cette idée de “*remedial act*” est d'une originalité extraordinaire. Cela démontre bien le pragmatisme britannique car ce mécanisme permet non seulement d'éviter le vide juridique mais aussi de permettre aux dispositions de la Convention de bénéficier d'une application prioritaire devant les juridictions nationales”<sup>638</sup>. Ces deux exemples exceptionnels montrent

<sup>635</sup> Voir Chronique de J. Dutheil de la Rochère, N. Grief, E. Saulnier, “L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (2001-2002)”, *RTDE* 2003-3, p. 475.

<sup>636</sup> A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, p. 119.

<sup>637</sup> L'article 7 dispose que les individus peuvent désormais invoquer la CEDH, ce qui constitue une reconnaissance de son effet direct. De plus, son article 3.1 oblige les juges à pratiquer la règle de l'interprétation conforme, ce que refusait Lord Denning. Il induit une présomption de conventionnalité de la loi, et signifie donc une primauté (relative mais réelle) de la norme internationale. Certains commentateurs estiment, au vu de cette transposition de la CEDH, que l'attitude des juges face aux normes internationales (au moins celles relatives aux droits de l'homme) va en être profondément modifiée : voir J. Jones, “Droit anglais”, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op.cit.*, p. 57.

<sup>638</sup> P.M. Mabaka, “L'incorporation de la CEDH dans l'ordre juridique britannique”, *RTDH* 2000-1, p. 40.

que le système anglais apporte de plus en plus de dérogations à ses principes dualistes. L'Angleterre n'est, d'ailleurs, qu'un exemple, dont les difficultés face à ces traités sont partagées par les autres Etats dualistes européens. Les pays scandinaves ont ainsi procédé de façon identique pour réceptionner tant les normes communautaires que la CEDH <sup>639</sup>.

L'exemple anglais permet de démontrer, une fois de plus, le pragmatisme des solutions envisagées. L'Italie, quant à elle, adopte des attitudes similaires, mais la doctrine intervient également pour justifier et théoriser ces dérogations.

#### *b. Exemple italien*

A l'inverse du Royaume-Uni, c'est dans le domaine du droit communautaire que l'Italie a montré le plus de résistance à la force des normes étrangères. Elle a été condamnée par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) en 1973, pour sa pratique de transposition des règlements communautaires en droit interne. Par la suite, les pouvoirs publics ont du admettre l'applicabilité directe du droit communautaire. La pratique des mesures étatiques visant à reproduire, exécuter ou compléter les traités et règlements communautaires a du cesser. L'attitude des juges n'a fait que suivre la voie : la Cour constitutionnelle avait déclaré la primauté du droit communautaire sur le droit régional, mais non sur la loi nationale. Par un arrêt du 7 mars 1964, elle a ainsi fait prévaloir une loi postérieure sur une norme communautaire. Cette affaire fut à l'origine de la condamnation de l'Italie par la CJCE, lors du célèbre arrêt *Costa c. Enel* de la même année <sup>640</sup>. Persistant dans cette attitude, le juge constitutionnel jugeait qu'une loi postérieure contraire à une norme communautaire ne pouvait être écartée par le juge, mais devait d'abord être déclarée inconstitutionnelle au vu de l'article 11 de la Constitution, fondement de la construction communautaire <sup>641</sup>. Cette interprétation des règles constitutionnelles a donné lieu à nouveau à une condamnation par la CJCE, par le non moins célèbre arrêt *Simmenthal* de 1978. Afin de se conformer au droit communautaire sans pour autant réviser les règles constitutionnelles, la doctrine a élaboré une nouvelle interprétation très particulière de l'article 11 de la Constitution, fondement de la construction communautaire. La jurisprudence l'interprétait de façon restrictive, comme n'autorisant pas n'importe

<sup>639</sup> Voir, par exemple, J.F. Flauss, "L'incorporation de la Convention européenne dans le droit suédois", *Mélanges M.A. Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 141 s.

<sup>640</sup> A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, pp. 84-88.

<sup>641</sup> Article 11 : "L'Italie...consent, à condition de parité avec les autres Etats, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice au sein des nations...". Contrairement aux autres pays européens, l'Italie n'a pas procédé à des révisions constitutionnelles pour permettre l'intégration communautaire. En revanche, un autre Etat dualiste, l'Allemagne, a inséré en 1992 un article 23 dit "article Europe", destiné à cet effet. C'est donc sur la base de cette nouvelle règle constitutionnelle que la doctrine de la transformation a été abandonnée pour les normes communautaires.

quelle limitation de souveraineté : cela explique la longue résistance des juges à l'applicabilité directe du droit communautaire et à sa primauté. Or, aujourd'hui, la jurisprudence considère que les lois d'exécution des traités peuvent déroger à la plupart des normes constitutionnelles : *"Cela revient à dire que les lois d'exécution des traités sont équivalentes (sinon supérieures) à la Constitution ou, du moins, à une partie de la Constitution. En somme, les lois d'exécution des traités, tout en étant des lois ordinaires, ont la même "force" que les lois de révision constitutionnelle"* : il s'agirait d'un phénomène tacite de révision constitutionnelle par des lois ordinaires, contrairement à ce que prévoit l'article 138 de la Constitution<sup>642</sup>. Ainsi, depuis la fin des années 70, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a changé et considère, sur le fondement de l'article 11, que les lois d'exécution des traités ne peuvent être remises en cause par des lois postérieures<sup>643</sup>. Désormais, ces lois incompatibles ne sont ni abrogées, ni déclarées inconstitutionnelles, mais leur application à l'espèce est écartée. Ainsi, la pratique italienne actuelle conduit, après bien des détours, à respecter la primauté des normes communautaires.

Une autre explication, plus simple, réside dans le recours à la notion de loi spéciale (*lex specialis*), qui prime la loi générale. Curiosité propre aux juges italiens, certaines règles issues de traités en matière de droits de l'homme ont *"une résistance renforcée à l'abrogation par des lois postérieures"* du fait de leur source *"d'une compétence atypique"*<sup>644</sup>. Ainsi, la doctrine de la révision constitutionnelle tacite, ajoutée à celle de la *lex specialis*, révèle les limites des principes dualistes face à la réalité de l'internationalisation.

Dans tous ces Etats dualistes, le droit communautaire, originaire et dérivé, possède donc réellement une valeur supra-légale. Les seules règles qui lui sont opposables sont alors celles qui composent le "noyau identitaire" (Allemagne) ou les "principes suprêmes" (Italie) de la Constitution, non susceptibles de révision.

<sup>642</sup> La Constitution ne peut être révisée que par une loi constitutionnelle. Voir le point de vue très critique de R. Guastini, "La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, No. 9, p. 120.

<sup>643</sup> L'explication de R. Guastini fait intervenir la distinction entre hiérarchie formelle et hiérarchie matérielle des normes : *"on peut dire qu'une source S2 est "formellement" (ou structurellement) subordonnée à une autre source S1, lorsque S2 est le fruit d'un pouvoir normatif qui tire son fondement et sa légitimité de S1... On peut dire qu'une norme N2 est "matériellement" (ou substantiellement) subordonnée à une autre norme N1 lorsque – en vertu d'une autre norme N0 – N2 ne peut être en contraste avec N1, sous peine d'invalidité ou, tout au moins, d'inefficacité"* : dans le premier cas, la loi est toujours inférieure à la Constitution, puisque le pouvoir législatif dérive de la Constitution. Dans le second cas, la loi n'est pas toujours subordonnée à la Constitution.. Ainsi, si une loi d'exécution d'un traité reprend matériellement une "norme constitutionnelle programmatique" (l'article 11), elle va primer la loi postérieure générale. L'auteur s'oppose à cette conception car aucune disposition expresse de la Constitution n'affirme cela. Il conclut alors que *"au total, la primauté des normes communautaires (dérivées) – dans la mesure où elle n'est pas prévue par une loi de révision constitutionnelle – est non-conforme à la Constitution"* (p. 125).

<sup>644</sup> Voir T. Treves et M.F. di Rattalma "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 388. La Cour constitutionnelle a ainsi fait prévaloir, en 1993, la CEDH et le PIDCP sur une disposition du code pénal, en suivant ce raisonnement.

## 2. Les contradictions du monisme : monisme constitutionnel de principe, dualisme des juges

Pendant que les Etats dualistes opèrent des compromis avec leurs principes pour faire primer des normes internationales, certains Etats monistes font de même, pour limiter la primauté des traités internationaux. Plusieurs attitudes permettent d'illustrer ce "faux monisme", que l'on peut entendre par toute déviation des principes qui empêche la norme internationale de primer sur la loi : c'est bien dans les questions de hiérarchie que se révèlent les contradictions.

D'abord, on peut citer les textes constitutionnels qui, tout en affirmant l'insertion automatique et en conférant une place hiérarchique au traité, ne lui reconnaît qu'une valeur légale. Tel était le cas dans la Constitution française de 1946. Aujourd'hui, de rares textes prévoient encore que le traité aura "force de loi". Ainsi, l'article 151 de la Constitution égyptienne dispose que "*...les traités ont force de loi après leur conclusion, leur ratification et leur publication selon les règles établies*". En Corée du Sud, "*les traités conclus et promulgués selon la Constitution, et les règles généralement reconnues du droit international, ont le même effet que les lois internes*" (article 6). Enfin, la Constitution turque de 1982, dans son article 90.5, déclare que "*international agreements duly put into effect carry the force of law*". Cette optique ne correspond pas entièrement au monisme. Toutefois, ce type de clause constitutionnelle ne peut être classé parmi les dispositions dualistes, car ces dernières ne reconnaissent aucune valeur aux traités. Il s'agirait plutôt d'un intermédiaire, quelque peu indifférent aux catégories doctrinales.

Ensuite, on peut remarquer que certains textes constitutionnels, manquant de précision, laissent une grande latitude, tant au pouvoir législatif qu'au pouvoir judiciaire. Ceux-ci, dans la façon dont ils vont appliquer les traités, vont en même temps décider de leur place hiérarchique. Ce faux monisme, engendré par une lacune constitutionnelle, est courant aux Etats-Unis. Du texte constitutionnel, on a déduit un monisme de principe, impliquant insertion automatique et primauté. Or, sur le premier point, la pratique législative contourne 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*"<sup>645</sup>. Bien que cela ne soit pas directement lié à la hiérarchie des normes, cette pratique conduit en fait à neutraliser la primauté du traité : les normes contenues dans celui-ci, lorsqu'elles sont adaptées par des lois internes, sont donc formellement dotées du caractère de loi, donc inférieures à la valeur que le traité aurait du avoir. Ainsi, le pouvoir parlementaire préfère les lois d'applications. Il est suivi dans cette

<sup>645</sup> J. Dhommeaux, "Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme", *op.cit.* p. 461. De plus, on connaît l'exemple du PIDCP, pour lequel les Etats-Unis ont déclaré que les articles 1 à 27 du Pacte ne seraient pas applicables dans l'ordre interne, car celui-ci protège déjà les droits contenus dans le traité. On peut reconnaître ici une attitude similaire (mais encore accentuée) à celle du Royaume-Uni en matière de droits de l'homme.

attitude par les juges : ceux-ci sont non seulement réticents à reconnaître l'applicabilité directe des traités, mais ont recours, comme dans un système dualiste, au principe de la loi postérieure et à l'interprétation conforme<sup>646</sup>. C'est par la jurisprudence que le traité s'est vu doté (lorsque les juges acceptent de l'appliquer) d'une simple valeur légale.

Enfin, une troisième attitude paraît encore plus contradictoire. Il s'agit de celle qu'ont adoptée les juges français, en présence pourtant d'une clause constitutionnelle expresse de primauté des traités sur la loi. Refusant de renoncer à l'écran législatif, les juges administratifs ont fait prévaloir la loi postérieure jusqu'en 1989, date à laquelle l'arrêt *Nicolo* a (enfin) rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation, modifiée en ce sens en 1975 par l'arrêt *Jacques Vabre*. Il semble inutile de s'attarder désormais sur cette attitude. Toutefois, on peut évoquer les remous provoqués par les arrêts *Sarran* et *Fraisse* pris par ces deux ordres de juridictions. Certains ont pu penser qu'il s'agissait là d'une remise en cause du monisme. C'est ce que semblait affirmer H. Tourard, à propos de la jurisprudence belge. Citant un arrêt de 1991 ("*Commune de Lakanen*") de la Cour d'Arbitrage belge, par lequel celle-ci se reconnaît le pouvoir de contrôler la constitutionnalité de la loi d'assentiment à un traité, l'auteur en déduisait un contrôle de la constitutionnalité du traité, et ainsi la primauté de la Constitution. Elle affirmait alors que cet arrêt "*est venu remettre en question la position moniste de l'Etat belge*"<sup>647</sup>. Accepter cette opinion serait alors reconnaître qu'aucun Etat moniste ne l'est réellement, compte tenu de la similitude des jurisprudences tendant à faire primer la Constitution sur les traités. Il semble que le monisme doive se contenter de cela.

Ainsi, quel que soit le système, les juges résistent aux normes internationales. L'exemple français est expressif : bien que les évolutions aient été importantes depuis 1989, le refus de faire prévaloir le traité sur une loi postérieure, les réticences à reconnaître l'effet direct d'un traité, ou à se reconnaître un pouvoir d'interprétation constitue une attitude de "*judicial restraint*" commune à bien des Etats. Cela conduit P. Daillier à s'interroger : "*ne vaut-il pas mieux une approche dualiste qui conditionne l'acceptation de l'engagement international à une révision préalable de la Constitution ou de la législation nationale (voir le cas des Etats-Unis, qui admettent de plus des atténuations au principe) qu'une approche formellement moniste qui ne reconnaît pas la valeur supra-légale ou "supra-religieuse" des normes acceptées ?*"<sup>648</sup>. On pourrait répondre par l'affirmative, s'il était prouvé que les Etats dualistes exécutent totalement leurs engagements.

<sup>646</sup> M. Sastre, "La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des traités sur la loi", *op.cit.*, pp. 147-162.

<sup>647</sup> H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, *op.cit.*, p. 257.

<sup>648</sup> P. Daillier, "Monisme et dualisme, un débat dépassé ?", in R. Ben Achour et S. Laghmani (ss la dir. de), *Droit international et droits internes, développements récents*, *op.cit.*, p. 9.

La pratique des principes doctrinaux monistes et dualistes est confrontée à des exigences concrètes d'adaptation aux normes internationales. Elle est ainsi moins tranchée, plus diversifiée, plus pragmatique. Elle révèle bien des imperfections et contradictions. Tandis que le dualisme est parfois obligé de faire primer la norme internationale dans sa hiérarchie des normes, le monisme permet parfois à ses juges de ne pas en faire autant. Toutefois, dans les deux systèmes, l'évolution récente est favorable au droit international, plus présent et mieux appliqué. Ainsi, l'internationalisation des constitutions internes semble, dans les faits, prouver un développement, relatif certes, du monisme.

## **II. L'internationalisation des constitutions internes : le développement relatif du monisme**

Chaque bouleversement international, au cours de l'histoire du 20<sup>ème</sup> siècle, a entraîné un phénomène de constitutionnalisation des droits et libertés individuels, une volonté démocratique accrue, un regain d'intérêt pour le droit. L'affirmation, vérifiée après les deux guerres mondiales, peut être répétée aujourd'hui<sup>649</sup>. On assiste depuis quinze ans à la mise en œuvre d'un chantier constitutionnel mondialisé, cette fois-ci sous la pression du droit international. L'effondrement du communisme semble avoir produit cet effet, appartenant au mouvement de mondialisation. Les textes constitutionnels, rénovés, réécrits, prennent de plus en plus en compte le droit international, au moins conventionnel. Les ordres juridiques internes sont plus réceptifs aux normes internationales, dont la primauté est plus facilement acceptée, même s'il s'agit parfois de résignation. Par conséquent, on assiste bien à un développement du monisme, par les choix des nouveaux textes constitutionnels.

L'essor du constitutionnalisme, sous influence internationale, est réel (A). Toutefois, l'histoire a montré que les "vagues" des années 1920 et 1950 sont rapidement retombées. C'est pourquoi le développement du phénomène d'ouverture au droit international doit être relativisé : un bilan de la pratique constitutionnelle, effectué dans les différentes régions du monde, hésite entre optimisme et pessimisme (B).

### ***A. L'essor du constitutionnalisme sous influence internationale***

On peut rappeler que le monisme constitutionnel est un phénomène relativement récent : la France n'a réellement adopté le monisme qu'en 1958, et la Grèce en 1975. Les Etats monistes d'aujourd'hui ont souvent été d'abord dualistes. Il

---

<sup>649</sup> V.S. Vereschetin, "New Constitutions and the Old Problem of the Relationship Between International Law and National Law", *JEDI*, 1996-1, pp. 29-41. L'auteur, dont les réflexions sont axées sur les nouvelles constitutions des pays d'Europe de l'Est, estime que le changement, cette fois-ci, pourrait être plus effectif que les précédents.

s'agit toutefois d'un mouvement qui se confirme. Dans une tendance favorable au monisme, les frontières entre ordres juridiques deviennent de plus en plus perméables (1). L'imprégnation des droits constitutionnels par le droit international n'est pas qu'une façade. Elle est confirmée par l'accroissement de la valeur juridique et du poids politique de la Constitution, comme base fondamentale de tout système étatique (2).

1. Une perméabilité accrue de la frontière entre ordres juridiques nationaux et ordre international

L'influence des traités internationaux à l'intérieur même des frontières étatiques se traduit par deux réalités. D'une part, la modification de la physionomie des textes constitutionnels est indéniable (a). D'autre part, cette pression se ressent également sur l'exercice des pouvoirs internes, malgré des résistances législatives et judiciaires (b).

*a. La modification de la physionomie des textes constitutionnels*

Est-il vraiment utile de rappeler qu'une majorité des constitutions du monde ont été, si ce n'est entièrement réécrites, du moins profondément révisées depuis la fin des années 1980 ? Il faut néanmoins souligner que la mondialisation juridique n'est pas étrangère à ce phénomène. H. Tourard résume ainsi que *“les Etats ayant une Constitution relativement ancienne adoptent une attitude méfiante à l'égard du droit international et réservent une grande latitude au pouvoir législatif. Les constitutions les plus récentes démontrent en revanche une volonté d'assimiler les normes internationales aux normes internes et reconnaissent l'étroite imbrication des systèmes juridiques interne et international”*<sup>650</sup>. Les nouveaux textes constitutionnels révélant la prise en compte accrue des normes internationales sont, fort logiquement, ceux des Etats post-communistes ou, de façon plus générale, sortant d'un régime autoritaire. Toutefois, ils ne sont pas les seuls. Même les pays européens pratiquant déjà un monisme relativement ancien se sont ouverts davantage aux normes conventionnelles par le biais de révisions constitutionnelles. En outre, on a constaté que des Etats tels que le Japon ou l'Allemagne, refusant de modifier leur Constitution sur certains points, sont parfois obligés d'emprunter de nombreux détours interprétatifs pour assumer leurs obligations internationales.

On peut distinguer trois éléments qui symbolisent la pression internationale qui s'exerce sur les textes constitutionnels. D'abord, les intégrations régionales s'approfondissent. Le vaste chantier de la construction de l'Union européenne dans les années 1990 en est le meilleur exemple. Une clause constitutionnelle générale de transfert de souveraineté a été insérée dans de nombreux textes européens suite au

---

<sup>650</sup> H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, *op.cit.*, p. 131.

traité de Maastricht en 1992. Seuls les Pays-Bas disposaient déjà, depuis 1983 (date de leur Constitution), d'un tel article, disposant que *“des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires peuvent être conférés à des institutions internationales par traité...”*<sup>651</sup>. Outre cette clause générale, d'autres dispositions ont du être insérées dans ces textes, relatives aux règles de vote des étrangers, au droit d'asile et d'immigration, ainsi qu'à l'Union économique et monétaire. Ainsi, les intégrations régionales incitent, si ce n'est obligent, à prévoir des clauses d'adaptation automatique et continue à un droit supra-national<sup>652</sup>.

Ensuite, le second phénomène de pression internationale, lié à ces intégrations régionales, est néanmoins spécifique aux traités relatifs aux droits de l'homme, qui imposent de fait aux Etats (de plus en plus nombreux) qui les ratifient des obligations traduites dans les constitutions. Qu'il s'agisse d'une obligation réelle de compatibilité, comme l'impose le droit européen des droits de l'homme, ou d'une simple incitation à l'harmonisation, par les textes universels en la matière, le droit constitutionnel s'en trouve modifié<sup>653</sup>. Pour entrer au sein du Conseil de l'Europe, ou dans l'Union européenne, les PECO ont ainsi du offrir certaines garanties constitutionnelles : l'existence d'une démocratie pluraliste, impliquant séparation des pouvoirs et élections libres au suffrage universel, ainsi que les droits de l'homme contenus dans les conventions européennes. Au niveau international, les deux Pactes de 1966 et leurs protocoles ont également modifié la physionomie de nombreux préambules et déclarations des droits<sup>654</sup>. Nombre de constitutions d'Amérique latine intègrent ainsi dans leur bloc de constitutionnalité une foule de conventions internationales. Il en va de même pour les pays européens avec la CEDH, ou les pays africains avec la Convention africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP).

Enfin, le troisième phénomène est également lié au précédent : le nombre de grandes conventions multilatérales s'accroît, de la Convention d'Ottawa sur les mines anti-personnel au récent statut de Rome portant création de la CPI. On a vu, bien que

<sup>651</sup> Article 92 de la Constitution néerlandaise. Des dispositions identiques sont contenues dans les constitutions de l'Autriche (article 9.2), de l'Allemagne (article 24), de la Belgique (article 34), de l'Espagne (article 93) etc. La France, quant à elle, a opté pour plusieurs articles, 88.1 à 88.4.

<sup>652</sup> En Europe, il n'y a guère que l'Irlande qui ne possède pas ce type de clause générale, insérant un article pour chaque nouveau traité qui se présente. Pour une explication plus approfondie de l'influence des mécanismes régionaux, non seulement en Europe ou en Amérique, mais aussi en Afrique ou en Asie, voir J.Y. Morin, *“L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international”*, *RCADI*, 1995, vol. 254, surtout p. 335s.

<sup>653</sup> Ainsi, D. Maus distingue entre obligation nationale de conformité aux obligations internationales imposée par la construction communautaire, obligation de compatibilité due aux conventions du Conseil de l'Europe, et incitation à l'harmonisation des conventions universelles : voir D. Maus, *“L'influence du droit international contemporain sur l'ensemble du pouvoir constituant”*, *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges G. Conac, Paris, Economica, 2001, pp. 87-102.

<sup>654</sup> Deux Etats, parmi les plus démocratiques du monde, n'ont ainsi que récemment travaillé sur une telle constitutionnalisation des droits fondamentaux, civils et politiques. Ainsi, la Nouvelle-Zélande s'est dotée d'un *Bill of rights* en 1990, pendant que l'Australie réfléchit encore à la rédaction d'un tel texte.

rapidement, à quel point les constitutions étaient influencées par ce dernier traité. Son insertion dans les ordres juridiques internes, mettant en jeu de nombreuses questions de souveraineté, a donné lieu à d'innombrables révisions constitutionnelles et adaptations législatives. Là encore, certains Etats, dont la France, ont opté pour une clause générale d'adaptation (complétée, bien sûr, par plusieurs lois).

En bref, la Constitution s'internationalise, "physiquement". Elle s'enrichit au contact permanent de nouveaux traités internationaux. Les individus sont de plus en plus concernés par ces règles, qui leur confèrent droits et libertés constitutionnellement garantis. Le droit international encadre ainsi tant l'exercice de droits politiques (conditions d'octroi de la nationalité, protection des minorités) que civils (règles pénales, droits de la femme et des enfants). Cette action des traités internationaux sur le texte constitutionnel se prolonge, nécessairement, sur l'exercice des pouvoirs internes. Cela fait partie de ce que l'on nomme, avec mépris ou enthousiasme, le "constitutionnalisme".

*b. L'influence des traités internationaux sur l'exercice des pouvoirs internes*

L'augmentation du poids des normes internationales dans les ordres juridiques internes implique une relation différente entre les pouvoirs exécutif et législatif. A l'inverse, l'exportation des modèles constitutionnels influence l'ordre international. Il y a donc une interaction certaine entre droits constitutionnels et droit international.

Le pouvoir exécutif est, partout, le grand vainqueur apparent de l'internationalisation des ordres internes. Son monopole sur la conclusion des traités conduit à un affaiblissement relatif du pouvoir normatif des parlements. D'après H. Tourard, cela conduit ceux-ci à déployer leurs moyens de "résistance", en s'associant davantage à l'incorporation des traités<sup>655</sup>. Cela explique le décalage constaté entre options moniste ou dualiste et pratique parlementaire d'application des traités, similaire dans de nombreux Etats. La méthode de mise en conformité anticipée des lois nationales aux traités, qu'elle soit véritablement nécessaire ou non, se retrouve partout. En fin de compte, on peut considérer que, si cela contribue à une application plus effective des traités internationaux, cela entraîne également un risque croissant d'applications différentes d'un même traité d'un Etat à l'autre. A moins de les impliquer davantage dans la phase d'élaboration des traités, ce qui peut être souhaitable mais semble peu réalisable, "*les parlements doivent accepter que leur rôle ne soit plus d'initier de nouvelles normes, mais de compléter celles établies au plan international*"<sup>656</sup>.

<sup>655</sup> Pour une étude détaillée, voir H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, *op.cit.* La première partie de son ouvrage porte ainsi sur l'internationalisation des pouvoirs, essentiellement dans les pays occidentaux (notamment pp. 128-200). La seconde partie, quant à elle, est entièrement consacrée à l'internationalisation des droits et libertés dans les constitutions.

<sup>656</sup> *Ibid.*, p. 130.

Le pouvoir judiciaire, quant à lui, est également fortement sollicité dans la tâche d'application des traités internationaux. On connaît, en France comme ailleurs, les développements du contrôle de conventionnalité. Mais c'est surtout sur le juge constitutionnel que l'on peut mettre l'accent. Ainsi, *“le juge constitutionnel subit également, comme tous les autres organes publics, l'influence croissante de la société internationale qui conduit à l'internationalisation du contentieux constitutionnel. Cette tendance signifie le respect, par le fonctionnement de la justice constitutionnelle, de normes internationales, alors que traditionnellement seules des normes internes étaient applicables”*<sup>657</sup>. Cela se traduit notamment par une nouvelle tâche, celle du contrôle de constitutionnalité des traités. Qu'il soit obligatoire ou simplement possible, il se généralise et s'étend des anciennes constitutions aux nouvelles<sup>658</sup>. Il s'effectue de deux façons. Dans le premier cas, le traité est directement confronté à la Constitution. Dans le second, c'est par le biais du contrôle des lois d'exécution et d'application que le juge connaît du traité. Dans tous les cas, le juge constitutionnel se situe dans la zone intermédiaire de contact entre ordre international et ordre interne. Son contrôle de constitutionnalité se révèle alors non seulement influencé par la norme internationale, mais aussi extrêmement important pour son application.

Le rôle de la justice constitutionnelle, face au droit international, s'accroît de façon significative, non seulement quantitativement, mais également qualitativement.

## 2. Une perméabilité réelle : la valeur juridique croissante des constitutions

La Constitution est le texte fondamental qui garantit la séparation des pouvoirs, ainsi que les droits et libertés individuels et collectifs. Or, elle ne sert à rien, dans les faits, si deux moyens de la neutraliser sont trop facilement prévus et utilisés. Il en va ainsi lorsque le texte constitutionnel garantit un droit mais accorde en même temps toute latitude au pouvoir législatif pour le limiter, voire le supprimer. C'est également le cas lorsque la Constitution prévoit que l'état d'exception et autres mesures d'urgence peuvent être décidés par le chef de l'Etat ( qui devient dictateur exécutif) et suspendre totalement les droits et libertés. Ainsi, S. Belaïd souligne que *“pendant longtemps, sa normativité était restée incertaine, notamment en raison de la nature mitigée d'acte politique et*

<sup>657</sup> H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, op.cit., p. 252.

<sup>658</sup> Pour les "anciennes" constitutions, on remarque que le contrôle de constitutionnalité *a priori*, c'est-à-dire avant ratification du traité, est obligatoire dans de nombreux Etats monistes. C'est notamment le cas en France, en Espagne, au Portugal, en Hongrie ou en Bulgarie. La liste n'est pas exhaustive. Quant aux Etats dualistes, peu d'entre eux ne le pratiquent pas du tout, comme la Finlande. La plupart pratique un contrôle *a posteriori*, par le biais du contrôle de la loi d'assentiment au traité. Enfin, des Etats aménagent une double possibilité et connaissent les deux types de contrôle, comme l'Espagne. Il s'agit, le plus souvent, d'Etats au sein desquels existe un recours individuel de constitutionnalité des lois et traités. Voir par exemple F. Delpérée, P. Foucher (ss la dir. de.), *La saisine du juge constitutionnel, aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 201 p.

*juridique qu'on lui prêtait généralement*"<sup>659</sup>. Ce type de clauses existe encore, mais se raréfie<sup>660</sup>. La Constitution, de façon générale, semble mieux respectée dans son esprit protecteur des citoyens. Cela contribue ainsi à la réalité du constitutionnalisme. Indissociable du libéralisme politique, de la démocratie et de l'Etat de droit, il "*désigne les régimes politiques qui, grâce à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une instance politico-judiciaire indépendante, rendent possible la limitation du pouvoir législatif lui-même*"<sup>661</sup>. Ainsi, deux éléments concrétisent cette valeur constitutionnelle renforcée : l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois et traités, et le fait qu'il soit exercé par un juge indépendant.

Contrôler la constitutionnalité de la loi permet d'encadrer et de surveiller l'exercice du pouvoir législatif et d'éviter toute dérive autoritaire<sup>662</sup>. Le juge constitutionnel empêche l'empiètement de ce pouvoir dans le domaine de compétences des autres, et prévient les atteintes aux libertés. Les normes conventionnelles interviennent, dans ce processus, à deux moments de la justice constitutionnelle. D'abord, on peut considérer que le contrôle de constitutionnalité des traités permet lui aussi d'encadrer l'exercice du pouvoir, exécutif cette fois-ci. Dans la mesure où son pouvoir normatif augmente et s'impose hiérarchiquement à la loi, ce contrôle s'avère nécessaire. Le droit international est également impliqué dans cette hiérarchie, notamment lorsqu'il appartient au bloc de constitutionnalité : le contrôle de la loi

---

<sup>659</sup> S. Belaïd, "Droit international et droit constitutionnel : développements récents", in R. Ben Achour et S. Laghmani (ss la dir. de), *Droit international et droits internes, développements récents, op.cit.*, p. 52.

<sup>660</sup> Voir J.Y. Morin, "L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international", *RCADI* 1995, vol. 254, qui les recense toutes.

<sup>661</sup> *Dictionnaire de culture juridique, op.cit.*, p. 266.

<sup>662</sup> La légitimité du contrôle de constitutionnalité et de l'existence même du Conseil constitutionnel est encore contestée en France. D. Rousseau explique le débat, exposant un "dilemme parfait" : "*ou bien il n'existe pas de contrôle des lois, et le principe démocratique peut souffrir sous les coups de décisions du législateur contraires aux libertés et violant la Constitution adoptée par le peuple, ou bien il existe un contrôle des lois, et le principe démocratique peut également souffrir de la soumission progressive de la volonté des représentants élus du peuple à une institution sans légitimité électorale*" : D. Rousseau, "Pour une Cour constitutionnelle ?", *RDP* 2002, No. 1/2, p. 364. Soit l'on protège le suffrage universel par la première conception dite "électorale" de la démocratie (qui souhaite limiter les pouvoirs de la juridiction constitutionnelle), soit l'on protège les droits fondamentaux par une seconde conception dite "pluraliste". Il faut préserver les deux, par un exercice équilibré de la justice constitutionnelle. D. Rousseau appelle donc, pour parfaire la démocratie, à changer le mode de désignation des juges, en faisant intervenir les parlementaires, et surtout à changer les acteurs du procès constitutionnel, pour faire intervenir les justiciables eux-mêmes (pp. 372-374).

s'exerce donc aussi par rapport à des normes internationales<sup>663</sup>. Ensuite, par le contrôle de constitutionnalité des lois de ratification et d'application des traités, le juge procède à une appréciation indirecte de la constitutionnalité des traités, ce qui contribue au renforcement de la force juridique du texte fondamental : *“la revalorisation de la Constitution s’est trouvée renforcée, dans un grand nombre de cas, par la mise en place d’une institution garante de sa primauté normative. Cette institution constitue un progrès marquant des dernières décennies et va influencer notablement la solution du problème des rapports entre droits internes et droit international”*<sup>664</sup>.

L'existence d'une juridiction indépendante exerçant ce contrôle est donc déterminante dans la procédure d'application des traités internationaux. Or, à l'occasion du "chantier constitutionnel mondial", de très nombreux Etats ont établi ces nouveaux mécanismes, procédant par mimétisme selon les deux modèles occidentaux préexistants. Ainsi, on assiste désormais à la naissance de tribunaux et cours spécifiquement constitutionnels, inspirés du modèle français de Conseil constitutionnel. Dans d'autres Etats, le contrôle de constitutionnalité est confié aux tribunaux ordinaires et à une Cour suprême, comme aux Etats-Unis<sup>665</sup>. Ici, la différence entre les deux ne joue guère. En effet, *“quelque soit le modèle occidental retenu, il repose en définitive sur l'existence d'une autorité juridictionnelle indépendante des autres pouvoirs”*<sup>666</sup>.

Enfin, il faut remarquer que de nombreux auteurs considèrent que la justice constitutionnelle est imparfaite en l'absence d'un droit de recours individuel en constitutionnalité. Existant dans la plupart des pays dotés du modèle américain, il est en revanche absent du système français, bien que les Etats africains s'en soient défaits sur ce point. Ainsi, D. Turpin critique l'absence de saisine du Conseil

---

<sup>663</sup> Ce que refuse le Conseil constitutionnel depuis sa décision IVG de 1975. Son refus d'intégrer les traités dans le bloc de constitutionnalité est justifié par la condition de réciprocité prévue à l'article 55, que le Conseil interprète comme entraînant une primauté conditionnelle du traité sur la loi. De nombreuses critiques doctrinales ont été émises à ce sujet, notamment par D. Rousseau. Cette condition ne s'appliquant pas aux traités relatifs aux droits de l'homme, le refus du Conseil n'aurait plus de fondement sérieux. Sa jurisprudence en la matière évolue d'ailleurs : dans sa décision du 22 janvier 1999, relative au statut de la CPI, le Conseil reconnaît que cette condition ne s'applique pas en la matière. Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Précis Domat, Paris, Montchrestien, 1999, 5<sup>ème</sup> édition, pp. 110-113. Voir également A. Treppoz, “Les sujets du droit international public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *RDP*, 2000-6, pp. 1629-1659. L'article décrit les différents domaines du droit international auxquels est confronté le Conseil, notamment en ce qui concerne les individus (droits de l'homme, droit d'asile et droit humanitaire).

<sup>664</sup> S. Belaïd, “Droit international et droit constitutionnel : développements récents”, *op.cit.*, p. 54.

<sup>665</sup> Pour l'universalisation de ces modèles, voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 85-92 : l'Inde, le Pakistan, la Jamaïque, de nombreux Etats asiatiques, africains et sud-américains possèdent désormais des systèmes semblables à l'un des deux modèles.

<sup>666</sup> J.Y. Morin, “L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international”, *op.cit.*, p. 449.

constitutionnel par les particuliers, y voyant là autant "*d'occasions ratées de parfaire l'Etat de droit*"<sup>667</sup>.

Chacun souligne, cependant, que l'établissement de tous ces mécanismes de garantie de l'ordre constitutionnel, importants dans un système démocratique, n'est souvent qu'une façade. L'étude véritable de la pratique vient en effet souvent infirmer les textes. Il arrive ainsi qu'une Cour constitutionnelle, prévue par les textes, ne soit jamais mise en place, ou qu'elle n'ait ni activité ni indépendance réelle. Phénomènes nouveaux dans de nombreuses régions du monde, les tribunaux constitutionnels et leur contrôle de constitutionnalité, ainsi que la réelle influence du droit international en la matière, doivent faire leurs preuves. Les bilans régionaux de cette pratique constitutionnelle ne peuvent donc être, à l'heure actuelle, que très mesurés.

### ***B. Bilans régionaux de la pratique constitutionnelle, entre optimisme et pessimisme***

La lecture des auteurs commentant la pratique du constitutionnalisme contemporain révèle sans cesse l'alternance entre fatalisme et espoir. Certains, comme S. Milacic, considèrent que le constitutionnalisme actuel ressemble beaucoup à "*l'ancienne culture schizophrène où le discours supplétif visait à compenser une réalité défaillante*"<sup>668</sup>. D'autres, comme D. Rousseau, pensent qu'il ne faut pas nier les "potentialités démocratiques" du contrôle de constitutionnalité dans les Etats issus d'un régime autoritaire : "*là, comme ailleurs, il ne faut pas injurier l'avenir !*"<sup>669</sup>.

Afrique, Amérique latine, Moyen-Orient, Europe de l'Est, sont tous concernés par le phénomène. Même importé d'Occident, il semble fonctionner dans nombre de ces Etats, ce qui autorise une attitude optimiste (1). Cependant, on sait que les plus belles constitutions et Déclarations des droits ont été l'œuvre de régimes autocratiques, dictatoriaux. Le décalage toujours important entre les mots et les conduites ne peut être nié (2).

---

<sup>667</sup> D. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, 1994, 2<sup>ème</sup> édition. Pourtant, plusieurs projets ont été élaborés, qui visaient à instaurer ce type de recours. Toutefois, les derniers projets retenus, au début des années 1990, ne retenaient que la possibilité d'un recours par voie d'exception, par le biais d'une question préjudicielle posée lors d'une instance devant une juridiction administrative ou judiciaire. On craignait que le Conseil constitutionnel soit submergé de recours directs. Or, il apparaît, à l'étude de la pratique en Europe, que le recours direct pourrait bien être "plus faisable" et que "la sécurité juridique serait moins perturbée" que par la question préjudicielle : telle est l'opinion de L. Favoreu, "Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, No. 10, p. 102. Ce numéro de la revue contient un dossier spécial sur "L'accès des personnes à la justice constitutionnelle : droit, pratique, politique", pp. 65-102.

<sup>668</sup> S. Milacic, "Les ambiguïtés du constitutionnalisme postcommuniste", *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges G. Conac, *op.cit.*, p. 348.

<sup>669</sup> D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op.cit.*, p. 91.

## 1. Version optimiste : un chantier constitutionnel mondialisé

Deux régions incitent particulièrement à l'optimisme : il s'agit des pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO) et du continent africain.

### a. Les PECO <sup>670</sup>

On peut synthétiser l'attitude de ces Etats, face au droit international et au constitutionnalisme, de la façon suivante : jusqu'à la fin des années 1980, "*l'inexistence de dispositions constitutionnelles portant sur le rapport entre le droit international et le droit interne, la réception inconséquente des engagements internationaux, la pratique législative désordonnée des clauses législatives sur la priorité des traités internationaux, le non-respect de ces clauses par les autorités de l'Etat ainsi que l'impossibilité par l'individu d'invoquer des traités internationaux devant les instances nationales, tout cela implantait dans la conscience juridique de la population des Etats d'Europe orientale l'impression forte que le droit international n'était pas un droit authentique, et suscitait des sentiments répandus de "nihilisme juridique" à son égard*" <sup>671</sup>. Les plus directement touchés par l'effondrement du bloc soviétique, ces Etats se sont alors tournés vers le modèle européen de démocratie. Toutes leurs constitutions ont été revues depuis 1990 <sup>672</sup>. Dans l'ensemble, ils ont choisi une optique moniste quant à l'insertion des traités internationaux, aidés dans leur tâche de rédaction par le Conseil de l'Europe. Leur pratique constitutionnelle est fondée sur le modèle français. Certains d'entre eux, comme la Pologne, connaissaient déjà le système du tribunal constitutionnel. La nouveauté, instaurée par la Constitution de 1997, réside alors dans le contrôle de constitutionnalité des traités, inconnu jusqu'alors. Au demeurant, le texte fondamental prévoit, pour la première fois, l'insertion et la primauté des traités <sup>673</sup>. Quant à ceux dont l'institution est totalement nouvelle, il apparaît que les cours constitutionnelles sont bien plus réceptives au droit international que les tribunaux ordinaires. C'est ce que souligne notamment J. Malenovski. Tout en critiquant l'ensemble des juridictions, handicapées par une formation imparfaite des juges, des connaissances linguistiques insuffisantes et une certaine inertie professionnelle, l'auteur affirme que "*cela étant, il est évident qu'il s'agit là d'un phénomène passager à la disparition duquel les nouvelles constitutions des*

<sup>670</sup> Les cahiers du Conseil constitutionnel ont pour spécialité d'analyser dans chaque numéro le constitutionnalisme de l'un de ces Etats. Ils présentent ainsi les cours constitutionnelles de Bosnie-Herzégovine (2001, No. 11), de Hongrie (2002, No. 13), de Bulgarie (2003, No. 14), et d'Ukraine (2004, No. 16).

<sup>671</sup> J. Malenovski, "Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des PECO", *op.cit.*, p. 31.

<sup>672</sup> On peut citer notamment : Bulgarie (1991), Roumanie (1991), Tchéquie (1992), Russie (1993), Moldavie (1994), Pologne (1997). La Constitution hongroise, quant à elle, date toujours de 1949 mais a été profondément remaniée en 1997. La liste n'est pas exhaustive.

<sup>673</sup> Voir L. Garlicki, "Le droit communautaire et le droit interne dans la nouvelle Constitution polonaise de 1997", *Mélanges G. Conac, op.cit.*, pp. 375-387. Voir également M. Wyrzykowski, "Le tribunal constitutionnel polonais", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, No. 3, pp. 46-53.

*PECO vont largement contribuer par leur esprit d'ouverture envers le droit international*<sup>674</sup>. C'est ainsi que la nouvelle Cour bulgare joue, dans les faits, un rôle fondamental dans l'établissement, la stabilisation et le maintien du système démocratique, face à une instabilité politique chronique : *"le constitutionnalisme bulgare est désormais une réalité, encore fragile, mais en plein essor"*<sup>675</sup>.

### b. L'Afrique

Les regards optimistes portés sur le constitutionnalisme africain, s'ils sont nombreux, sont loin de concerner l'ensemble de ces Etats. Toutefois, on peut affirmer que, si le mimétisme constitutionnel avait été un échec généralisé lors de la décolonisation, on assiste pourtant à son grand retour depuis 1990. Il semble que les importations juridiques aient, cette fois-ci, plus d'efficacité. Ainsi, *"par-delà ce mimétisme qui ne se réduit plus au seul modèle français..., le nouveau constitutionnalisme africain s'incarne dans un double mouvement indissociable l'un de l'autre. Il s'agit d'une part de l'irruption du constitutionnalisme dans le débat démocratique, d'autre part de la consécration de la justice constitutionnelle"*<sup>676</sup>. La multiplication des exemples médiatisés d'atteinte aux droits de l'homme est l'arbre qui cache la forêt : le "progrès" est réel. En outre, comme on l'a déjà noté, la plupart des constitutions africaines inspirées du modèle français s'en séparent sur un point : nombre d'entre elles prévoient une saisine directe par les individus.

En 1995, J.Y. Morin constatait déjà que deux-tiers des lois fondamentales avaient été modifiées dans le sens du pluralisme démocratique et de la protection des droits fondamentaux<sup>677</sup>. Même si sous-développement et démocratie ne font pas bon ménage, une tradition juridique est en voie d'ancrage dans certains pays comme le Bénin ou le Sénégal, et la volonté démocratique du Mali ne fait plus de doute depuis 1992. Dans ces Etats, on remarque que *"l'indépendance et l'autorité des juges constitutionnels tranchent avec l'incurie de la justice ordinaire"*<sup>678</sup>. Sur le continent, un Etat s'illustre

<sup>674</sup> J. Malenovski, "Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des PECO", *op.cit.*, p. 54.

<sup>675</sup> F. Frison-Roche, "L'émergence du constitutionnalisme en Bulgarie", *Mélanges G. Conac, op.cit.*, p. 443.

<sup>676</sup> A. Bourgi, "L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité", *RFDC* 2002, No. 52, p. 723.

<sup>677</sup> J.Y. Morin, "L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international", *RCADI* 1995, vol. 254, notamment p. 184. Le Malawi, dont la Constitution date de 1994, semble être un bon exemple de ce changement théorique et pratique. Pour les Etats ayant de nouvelles constitutions faisant (pour l'instant, du moins) l'objet de constats positifs, on peut citer le Bénin (1990), le Burkina-Faso (1991), le Mali (1992), le Togo (1992), le Sénégal (2001). En revanche, d'autres Etats de la même région sont beaucoup plus instables. Le Niger a déjà connu deux constitutions, en 1996 et 1999, tandis que la Constitution ivoirienne de 2000 n'a pas fait les preuves de sa viabilité. A l'opposé, les constitutions de l'Afrique des grands lacs sont sans cesse revues ou suspendues : on peut citer l'exemple de la RDC, où un décret-loi de 1997 a neutralisé la Constitution de 1990.

<sup>678</sup> A. Bourgi, "L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité", *op.cit.*, p. 739.

particulièrement : la Constitution d'Afrique du Sud, ainsi que la pratique constitutionnelle qui en découle effectivement, font l'objet de tous les éloges. N. Lenoir estime qu'il s'agit de la Constitution la plus démocratique du monde, soumise à une *"influence réciproque du droit constitutionnel et du droit international"*<sup>679</sup>. Elle souligne l'instauration d'un ordre juridique constitutionnel, fondé sur la primauté du droit, abandonnant de ce fait le modèle anglais fondé sur la suprématie du Parlement. Elle affirme également le rôle essentiel et efficace joué par la nouvelle Cour constitutionnelle installée en 1994, deux ans avant l'adoption de la Constitution définitive. Sa jurisprudence y est régulière, efficace et respectée.

Toutefois, cet optimisme ne peut être généralisé. Les auteurs sont unanimes : *"c'est en Afrique que l'impact de la fin de la guerre froide s'est fait le plus vivement ressentir dans le domaine de la démocratie et de l'Etat de droit, ...cette indéniable avancée normative n'a pas été suivie partout de changements durables dans les comportements, cependant?"*<sup>680</sup>. De plus, l'influence (théorique et réelle) du droit international et du constitutionnalisme est très limitée dans bien d'autres régions du monde.

## 2. Version pessimiste : les mots et les conduites

Le constitutionnalisme non occidental est avant tout le produit d'un mimétisme presque parfait. Cela pose tous les problèmes inhérents à l'importation de normes juridiques internationales ou constitutionnelles, relative aux droits fondamentaux, dans des Etats aux cultures très diversifiées. Au-delà des débats enflammés autour du néo-colonialisme, sous une forme politique, économique, ou juridique, l'efficacité de ces transferts est plus que douteuse.

Cela ne peut que renforcer une vision pessimiste, soulignant soit le décalage entre théorie et pratique (a), soit, plus radicalement, une attitude d'indifférence ou de rejet face à cette internationalisation du constitutionnalisme (b).

### a. Décalages entre théorie et pratique : Amérique latine, Afrique, PECO

Même dans les Etats les plus démocratiques, ceux-là même qui sont à l'origine du constitutionnalisme, on tente souvent de limiter les conséquences internes de ses

<sup>679</sup> N. Lenoir, "Le nouvel ordre constitutionnel d'Afrique du Sud", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, No.1, p. 40. Voir aussi X. Philippe, "La Cour constitutionnelle sud-africaine", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, No. 9, pp. 41-53. Sur le même sujet, J. Dugard, "International Law and the South African Constitution", *JEDI*, 1997-1, pp. 77-92.

<sup>680</sup> J.Y. Morin, "L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international", *op.cit.*, p. 451.

engagements internationaux<sup>681</sup>. Les pays européens eux-mêmes sont encore en pleine évolution. On ne peut donc s'attendre à une révolution démocratique soudaine dans des pays "nouvellement" tentés par ce modèle. Comme le souligne J.Y. Morin, "*on ne sort pas de plusieurs décennies de régime autoritaire comme on change de chemise*"<sup>682</sup>. Ainsi, les PECO sont encore très fortement marqués par le communisme. Même si la transition démocratique est à peu près satisfaisante dans les nouveaux membres de l'Union européenne, on en est très loin dans les autres pays concernés par le postcommunisme. Les cinq autres pays musulmans d'Asie mineure n'ont pas bougé. "*Les aides du FMI, de la BIRD, du G7/8 obligent, d'où les quelques gesticulations démocratiques d'ordre symbolique, pour répondre aux exigences idéologiques minimales du nouvel ordre mondial... Les constitutions nouvelles ont été votées, reconnaissant le pluripartisme et les droits fondamentaux, avec des cours constitutionnelles pour les garantir. Mais, en réalité, aucune espèce de concurrence politique légitime ne s'est instaurée*"<sup>683</sup>. De même, les trois Etats slaves sont restés largement hermétiques au changement, n'adoptant que des réformes de façade. La Russie, bien que moins concernée par l'affirmation, rejoint néanmoins la Belarus et l'Ukraine dans cette catégorie. Géorgie, Arménie, Azerbaïdjan, ne sont pas stabilisés. D'après l'auteur, même dans des pays tels que la Bulgarie et la Roumanie, des "*obstacles économiques et culturels freinent le développement constitutionnaliste*"<sup>684</sup>. Sa conclusion, sur cette région, est celle de "*légitimités à géométrie variable*", et de "*légalités chaotiques*"<sup>685</sup>.

L'Amérique latine, touchée moins brutalement par la révolution post-communiste, est néanmoins elle aussi en pleine évolution<sup>686</sup>. Cependant, nettement moins de nouvelles constitutions ont vu le jour. Le "chantier" constitutionnel a été mis en œuvre plutôt dans les années 1970. De plus, il a souvent été préféré procéder à des révisions multiples plutôt qu'à la rédaction d'un nouveau texte. Les constitutions d'Amérique latine, dans l'ensemble, sont impressionnantes quant à la liste des droits et

---

<sup>681</sup> La pratique des réserves est ainsi très caractéristique. On a souvent beau jeu de citer l'exemple de la réserve libyenne sur le PIDCP : en 1989, la Libye affirme que "*l'adhésion est faite sous la réserve générale que cette adhésion ne saurait aller contre les lois régissant le statut personnel, issues de la chari'a islamique*" (voir J. Dhommeaux, "Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme", *op.cit.*, p. 463). Toutefois, cette même pratique des réserves par les Etats-Unis, sur le même traité, ainsi que les procédures de réception partielle souvent utilisées, produisent en fin de compte le même effet. Pour une critique de l'attitude américaine face à ce Pacte, émise par la doctrine américaine, voir L. Henkin, "US Ratification of Human Rights Conventions : the Ghost of Senator Bricker", *AJIL* 1995, p. 341-350.

<sup>682</sup> J.Y. Morin, "L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international", *op.cit.*, p. 450.

<sup>683</sup> S. Milacic, "Les ambiguïtés du constitutionnalisme postcommuniste", *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges G. Conac*, p. 345. L'auteur développe un point de vue que l'on espère plus pessimiste que réaliste, bien que rédigé avec une verve authentique.

<sup>684</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>685</sup> *Ibid.*, p. 353.

<sup>686</sup> Les dates des constitutions reflètent cette évolution des années 1990. Ainsi, la Constitution colombienne date de 1991, celle de l'Argentine de 1994, celle de l'Equateur de 1998, et celle du Venezuela de 1999. Toutefois, bien d'autres sont plus anciennes : Brésil (1988), Nicaragua et Guatemala (1987), Cuba (1976), jusqu'au Mexique dont la Constitution date de 1917.

libertés qu'elles protègent, incluant de nombreux droits économiques et sociaux. L'influence socialiste s'y fait ressentir. Les préambules sont autant de nobles déclarations d'intention. Le bilan actuel de l'efficacité constitutionnelle est pourtant très nuancé, voire négatif. Largement constitutionnalisées, les expressions de l'Etat de droit sont considérablement amoindries par les dispositions relatives aux situations d'exception et d'urgence, dans lesquelles les droits et libertés constitutionnels peuvent être suspendus. Le bilan effectué par J.Y. Morin, après une étude approfondie, est le suivant : *"l'impression qui domine en est une de transition : au sortir de plusieurs régimes autoritaires et de guerres civiles très dures, l'hémisphère s'est mis activement à la recherche des moyens qui lui assureraient stabilité et développement"*. Une intense activité constitutionnelle est indéniable, mais peu de textes fondamentaux assurent un *"rempart constitutionnel contre les tribunaux d'exception"*<sup>687</sup>. Même si les Etats membres de la CIADH sont *a priori* plus sensibles au constitutionnalisme, J.Y. Morin souligne néanmoins le manque d'une justice réellement indépendante.

*b. Indifférence et rejet : Asie, Moyen-Orient*

Le monde musulman du Moyen-Orient, ainsi que les pays d'Asie, sont peut-être les régions aux cultures les plus éloignées des valeurs occidentales, notamment juridiques. Il n'est plus question ici des problèmes dus au changement brutal de régime, ou au mimétisme imparfait. Le mimétisme semble y être tout bonnement impossible. Le droit international ne peut, *a priori*, prendre prise dans ces Etats.

L'Etat de droit, dans le monde musulman, ne fait que susciter des interrogations<sup>688</sup>. Compte tenu du profond décalage entre le système politico-religieux de ces Etats et celui exporté par les valeurs onusiennes, est-il possible d'identifier un dénominateur juridique commun ? Le constat présent ne peut qu'être celui de l'étanchéité des ordres juridiques de la plupart des Etats arabes face au droit international, ainsi que l'absence de constitutionnalisme. Ainsi, la Constitution du Bahreïn de 1973, fidèle reproduction de celle du Koweït de 1962, est révélatrice<sup>689</sup>. Elle instaure une monarchie héréditaire, un Etat islamique, affirme que la Charia est la source principale de la législation. Les pouvoirs exécutif et législatif sont concentrés entre les mains de l'Emir ; les pouvoirs de l'Assemblée nationale sont suspendus depuis

<sup>687</sup> J.Y. Morin, "L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international", *op.cit.*, p. 158. Pour l'Etat de droit dans le système régional interaméricain, voir pp. 274-299.

<sup>688</sup> Tous les Etats musulmans, de même que tous les Etats arabes, ne sont pas concernés ici. Le système politique tunisien n'a rien de commun avec celui du Bahreïn, de même que Liban et Iran ne peuvent être comparés. On fait donc essentiellement référence à l'Arabie Saoudite, au Bahreïn, aux Emirats arabes unis, Koweït, Oman, Qatar, Yemen. Voir, pour ces Etats, E. Canal-Forgues (ss la dir. de), *Recueil des constitutions des pays arabes*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 515 p. (l'ouvrage contient en plus une version en arabe).

<sup>689</sup> Une nouvelle Constitution est entrée en vigueur le 14 février 2002. L'Emirat devient un royaume. Aucune des dispositions citées n'a été modifiée.

1975. Dès lors, l'article 37 relatif aux traités est totalement privé de sens : il prévoit que les traités devaient être présentés à l'Assemblée nationale pour être ratifiés, et soumet leur valeur (légale) à cette ratification <sup>690</sup>.

Cependant, là encore, la généralisation est interdite. A. Mahiou souligne ainsi que, entre "résistance au constitutionnalisme moderne" (Oman et l'Arabie Séoudite étant les plus fermes) et "tentation du constitutionnalisme", les solutions nationales sont très variables. Il conclut que "*l'Etat de droit, le respect des droits de l'homme et la démocratie ne peuvent pas s'importer clés en main à l'instar des usines*", mais affirme aussi qu'il "*est important de refuser l'alibi de la "différence" ou de la "spécificité" culturelle pour dispenser du respect des droits fondamentaux de l'homme*" <sup>691</sup>.

La spécificité culturelle explique néanmoins l'absence quasi-totale de constitutionnalisme en Asie. Tout comme en Afrique, l'expression "droits fondamentaux individuels" n'y a pas de sens. Outre le fait que les valeurs sont celles des devoirs de l'individu envers la collectivité, la notion même de droit est rejetée. Ainsi, "*les pays de l'Extrême-Orient, au contraire, rejettent cette conception. Loin de représenter la condition de l'ordre et d'être le symbole de la justice, le droit traditionnellement est aux yeux des chinois l'instrument de l'arbitraire et un facteur de désordre...La conciliation a plus de valeur que la justice*" <sup>692</sup>. Dans la plupart des Etats de la région, le droit est donc une notion récente, partiellement étrangère à la société. Partiellement, seulement, pour certains d'entre eux <sup>693</sup>. Même si, comme ailleurs, il y règne une grande diversité culturelle et constitutionnelle, les principes de l'Etat de droit n'y sont pas constitutionnalisés <sup>694</sup>. Le droit international y est d'autant moins présent que le régionalisme n'y est pas un facteur de réceptivité, notamment en l'absence notable de toute organisation protectrice des droits de l'homme. L'attitude hermétique de la Chine influence grandement les Etats de la région même si, "*les temps changent, en Chine comme ailleurs*" <sup>695</sup>. Même un Etat comme le Japon, qui pratique le constitutionnalisme, connaît de grandes

<sup>690</sup> Ce système constitutionnel est donc, non seulement l'illustration de la distance qui existe entre les cultures juridiques arabe et occidentale, mais également la preuve du décalage entre le texte et les faits. Cela n'empêche pas, au demeurant, l'article 1<sup>er</sup> de contenir à la fois l'affirmation d'une monarchie héréditaire et celle selon laquelle "*le gouvernement du Bahreïn est démocratique*" (article 1.d).

<sup>691</sup> A. Mahiou, "Rapport introductif", in *L'Etat de droit dans le monde arabe*, Paris, CNRS Editions, 1997, pp. 24-25.

<sup>692</sup> R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Précis Dalloz, 2002, 11<sup>ème</sup> édition, p. 22.

<sup>693</sup> Le Japon, notamment, fortement influencé par les Etats-Unis, doit être distingué des autres pays. Voir, par exemple, Société de législation comparée, *Etudes de droit japonais*, Vol. 1, 1989, 582 p., et Vol. 2, 1999, 237 p. Il s'agit de deux recueils d'articles de juristes japonais, couvrant l'ensemble des domaines du droit, de réflexions générales sur "Les japonais et le droit", au droit constitutionnel, administratif, civil, etc.

<sup>694</sup> Voir J.Y. Morin, "L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international", *op.cit.*, p. 170.

<sup>695</sup> *Ibid.*, p. 332. L'entrée de cet Etat dans l'OMC est souvent annoncée comme potentiellement porteuse d'évolution en la matière. Voir L. Choukroune, "Chine – OMC : l'Etat de droit par l'internationalisation ?", [www.ridi.org/adi](http://www.ridi.org/adi), mars 2002 : l'auteur répond de façon plutôt négative, envisageant les nombreuses possibilités de résistance de l'Etat chinois à l'Etat de droit.

résistances internes au phénomène. La Constitution protège les droits individuels, contrairement aux principes des civilisations asiatiques ; le contrôle de constitutionnalité est pratiqué, sur le fondement de l'article 81 de la Constitution <sup>696</sup>. Toutefois, la vie politique est toujours bipolarisée entre les "pros-Constitution" et les "anti-Constitution" <sup>697</sup>

Pourquoi les oppositions entre monisme et dualisme sont-elles dépassées par la pratique ? On peut estimer que la réponse à cette question peut résider essentiellement dans la pression permanente exercée par le droit international sur l'ensemble des pouvoirs internes, exécutif, législatif, judiciaire. Elle contribue à l'internationalisation de l'ordre juridique interne, contraint, non pas de se soumettre, mais au moins de concilier ses engagements internationaux avec son droit interne. Ce phénomène met à jour les contradictions internes des systèmes, surtout dans ceux pratiquant le dualisme. Celui-ci, plus hermétique *a priori* à la réception des traités, est contraint de s'adapter. L'augmentation du nombre de normes d'origine conventionnelle ne simplifie pas le travail d'incorporation, multiplié par la double procédure de conclusion et de réception dualiste, sans oublier la phase d'application de ces traités. Les intégrations régionales, Union européenne en tête, obligent les Etats dualistes à s'adapter en permanence. Les Etats monistes, quant à eux, font de la résistance, face à l'accroissement du pouvoir normatif de l'exécutif, souvent perçu comme anti-démocratique. Les méthodes se rejoignent donc partiellement et l'opposition théorique entre les deux écoles doit être fortement relativisée.

En outre, ces oppositions ne concernent pas l'ensemble du monde. L'internationalisation des constitutions internes est un phénomène indéniable, qui participe à la mondialisation du droit et de "l'Etat de droit". La plupart des constitutions postérieures à 1990, en Europe de l'Est et en Afrique notamment, ont opté pour la solution moniste. Toutefois, là encore, ce "constitutionnalisme à tendance moniste" n'est que relatif et contingent, et empreint par les caractéristiques culturelles propres à chaque région. L'effectivité du droit international conventionnel y est soumise à la nature trop récente des changements. Outre que l'on ne peut parler d'universalisation, ni du monisme, ni du constitutionnalisme, ni de la démocratie, l'on ne peut préjuger de l'avenir.

---

<sup>696</sup> Article 81 de la Constitution de 1946 : la Cour suprême "*a le pouvoir de décider sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et de tous autres actes officiels quels qu'ils soient*". On peut supposer que cela inclut les traités.

<sup>697</sup> H. Yamamoto, "Une réception du constitutionnalisme : le cas du Japon", in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges G. Conac, op.cit.*, pp. 313-327.

## Conclusion chapitre I

Les choix constitutionnels en matière d'intégration des traités dans les ordres juridiques internes montrent une opposition apparente entre monisme et dualisme. Malgré le désintérêt doctrinal commun pour les questions théoriques du monisme et du dualisme, ceux-ci n'ont pas disparu de la pratique pour autant. Il existe bel et bien une version modernisée de ces deux tendances, nettement illustrée par certains textes constitutionnels. Deux d'entre eux, parmi les plus récents, sont très révélateurs. Ils peuvent être pris comme exemples, non seulement en raison de la clarté de leurs choix, mais aussi parce qu'ils régissent deux Etats issus récemment d'un régime autoritaire avec, semble-t-il, un certain succès. Ainsi, la Constitution polonaise de 1997 est tout à fait représentative du monisme moderne, son équivalent dualiste étant caractérisé par la Constitution sud-africaine de 1996.

D'un côté, le traité acquiert, en Pologne, une validité automatique (après ratification et publication, comme dans l'ensemble des Etats monistes). Il a une autorité supérieure à la loi. Ces dispositions sont de facture classique. Nettement plus significatif de la modernité moniste, la Constitution établit en outre une présomption d'applicabilité directe des traités, ce qui constitue une petite révolution, même si la pratique n'est guère différente de celle des autres Etats. Les traités instituant des organisations internationales sont également concernés expressément par cette présomption, "*si cela résulte du traité*" (article 91.2). Ainsi, la nouveauté moniste réside dans la volonté affichée de reconnaître davantage l'effet direct des traités. Toute autre est la question de savoir si les termes de rédaction des traités vont également dans ce sens.

De l'autre côté, l'Afrique du Sud a clairement choisi un dualisme moderne, c'est-à-dire beaucoup plus ouvert qu'auparavant aux normes internationales. Sa Constitution affirme, on ne peut plus clairement, ce qui est rare dans les constitutions dualistes, qu'un traité n'appartient pas à l'ordre juridique interne à moins d'avoir été "transformé" par la loi<sup>698</sup>. Toutefois, cette affirmation typiquement dualiste est nuancée par deux dispositions originales. Le même article 231.4 reconnaît expressément l'existence de dispositions conventionnelles d'applicabilité directe, pour lesquelles une loi d'application n'est pas nécessaire. La question de la hiérarchie des normes est également évoquée (bien qu'implicitement), ce qui est également très rare dans les textes dualistes, étant donné que le traité prend la valeur de l'acte qui l'incorpore. Ces traités d'effet direct sont insérés dans l'ordre interne, sauf s'ils sont contraires à la Constitution et à la loi. On leur attribue, en quelque sorte, une valeur infra-légale.

<sup>698</sup> Article 231.4 de la Constitution. Le terme exact est "enacted", en anglais, qui signifie promulguer, donner force de loi. Le participe doit être distingué de "implemented", qui signifie exécuter, donner suite à. Les deux termes sont fréquemment voisins dans les constitutions de langue anglaise.

Toute la différence entre monisme et dualisme réside, en fin de compte, dans la valeur hiérarchique du traité : primauté contre valeur (au mieux) légale. Toutefois, s'il existe encore deux façons d'envisager le droit international conventionnel en droit interne, les pratiques nationales contemporaines effacent en partie ces distinctions, que ce soit dans les méthodes d'insertion ou d'application des traités. Un point de vue cynique incite à conclure que "*Etats monistes et Etats dualistes se rejoignent souvent pour limiter – parfois de manière copieuse – leurs engagements. Ce qui prouve que les deux types d'attitude apparemment antithétiques peuvent provoquer les mêmes conséquences*"<sup>699</sup>. Pourtant, la place du droit international dans les ordres internes est indéniablement en net progrès.

L'étude de la pratique constitutionnelle le démontre, révélant deux tendances. D'une part, on peut affirmer sans aucun doute le développement contemporain d'une ouverture constitutionnelle au droit international, favorable au monisme. Les régions qui sont en reconstruction constitutionnelle optent le plus souvent pour cette tendance. D'autre part, on doit néanmoins relativiser cette affirmation, dans le sens où ni monisme, ni dualisme ne sont pratiqués ni même connus dans de nombreux Etats. Les théories du droit international, les pratiques constitutionnelles influencées par le droit international, ne sont que l'apanage des Etats occidentaux et de ceux qui subissent leur influence, en nombre toujours croissant. Il ne s'agit parfois que d'une façade.

Quelles conclusions en tirer pour l'individu et son éventuelle personnalité juridique internationale ? De façon négative, certes, il faut rappeler que les valeurs véhiculées par le droit international ne sont pas toujours partagées par tous, et que son application dans les ordres internes est inégale. Les conceptions du droit et de l'individu en Asie, ou bien la notion d'Etat de droit dans le monde arabe, nous mènent à considérer comme utiles, pour l'objet de cette étude, uniquement les Etats pratiquant un "juridisme démocratique" tel qu'on l'entend dans les sociétés occidentalisées. En effet, on peut considérer qu'il ne faut comparer que ce qui est comparable. Alors, on peut affirmer que, quel que soit le système, moniste ou dualiste, la norme internationale peut parfois franchir ce premier écran étatique et prendre l'individu comme destinataire direct. Il faudra donc poursuivre son chemin à travers la seconde manifestation de l'écran, qui est celle de l'application effective des normes internationales par les juges, afin de voir si l'individu devient réellement titulaire des droits et obligations qu'elles portent.

---

<sup>699</sup> J. Dhommeaux, "Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme", *op.cit.*, p. 458.

Avant cela, il convient d'étudier également les choix constitutionnels pour les normes non conventionnelles, qui sont aussi des sources potentielles de droits et obligations pour les individus.

## Chapitre II. L'intégration du droit international non conventionnel : les lacunes constitutionnelles

Le bilan du constitutionnalisme moderne s'imposait dans la partie consacrée aux traités. En effet, ce n'est guère qu'à cette source du droit que les textes et la pratique constitutionnelle se consacrent. De par leur poids sur la séparation des pouvoirs, et du fait qu'ils demeurent la source principale de droit international, les traités contribuent largement à l'internationalisation des constitutions. En revanche, le droit non conventionnel se prête beaucoup moins à ce type de réflexions. Par conséquent, l'étude de ces autres normes internationales sera illustrée principalement par les règles et pratiques des Etats connaissant le constitutionnalisme. Certaines régions ne seront donc pas étudiées ici. Moyen et Extrême Orient, par exemple, n'ont pas de dispositions constitutionnelles au sujet des autres normes internationales. L'accent sera donc mis sur les systèmes occidentaux, notamment européens.

Le droit international coutumier dispose d'un statut généralement moins favorable que les traités, au sein des constitutions. En effet, l'insaisissabilité de ce droit non écrit rend sa réception en droit interne relativement difficile. L'appréciation de son statut est fréquemment effectuée par des raisonnements *a contrario*, déduits des clauses relatives aux traités. On peut alors se demander si l'encadrement constitutionnel du droit international non écrit est réellement possible (section I).

Quant aux actes unilatéraux des organisations internationales, ils sont une source de droit international en plein essor. Cependant, la question de leur application en droit interne est un phénomène récent, que la plupart des constitutions n'ont pas véritablement pris en compte. La rareté des choix constitutionnels en la matière limite donc leur portée dans les ordres juridiques nationaux (section II).

## ***Section I. L'impossible réception constitutionnelle du droit international non écrit ?***

Au début du 20<sup>ème</sup> siècle, D. Anzilotti pouvait affirmer que “*le cas le plus important de réception concerne les normes du droit international commun coutumier... Ces normes ne pourraient pas être observées sans l'existence de normes correspondantes propres des différents ordres*”<sup>700</sup>. Toutefois, depuis lors, les traités ont pris une place prépondérante au sein des sources de droit international. Que l'on se situe dans un système moniste ou dualiste, le droit international général possède une importance moindre. La précision et la technicité croissantes du droit international s'accoutument mal avec le caractère très général de la coutume. Cela se vérifie au niveau des options constitutionnelles. En effet, celles-ci montrent que, tant en ce qui concerne l'insertion (I) que la valeur hiérarchique (II) du droit coutumier, l'homogénéité n'est pas de mise. Incertitudes et diversités règnent en la matière.

### **I. L'insertion de la coutume : incertitudes et diversité**

La place de la coutume au sein des ordres juridiques internes est conditionnée par sa nature très particulière, différente des traités. Dès lors, son appréhension par le droit interne est également spécifique (A). En outre, les choix constitutionnels en la matière sont très variés (B).

#### ***A. Une approche interne particulière de la coutume internationale***

L'étude des systèmes constitutionnels qui aménagent les relations entre droit coutumier international et droit interne est d'une utilité toute relative. En effet, il s'agit d'un droit souvent qualifié d'insaisissable (1). Son insertion en droit interne, si elle existe, est alors largement indifférente aux principes monistes et dualistes (2).

##### 1. Insaisissabilité du droit international non conventionnel

L'appellation droit international "non conventionnel" n'implique pas que la coutume proprement dite. Sont concernés aussi les principes généraux, *de* droit international ou *du* droit international. Il ne faut pas confondre les principes généraux du droit international, “*c'est-à-dire les règles générales déduites de l'esprit des coutumes et des conventions en vigueur*”, qui relèvent du droit coutumier, et les principes généraux de droit international, source autonome de droit international, non incluse dans la coutume<sup>701</sup>. Ceux-là, visés par l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice (CIJ), sont des principes issus des droits internes. La question de leur transposition est alors

<sup>700</sup> D. Anzilotti, *Cours de droit international, op.cit.*, p. 59.

<sup>701</sup> Voir A. Pellet, P. Daillier, *Droit international public, op.cit.*, p. 229 s.

inversée, puisque leur chemin va de l'ordre interne jusqu'à l'ordre international. Ils ne nous préoccupent donc pas ici, où l'on considèrera uniquement les premiers.

La distinction entre coutume et principes généraux du droit international est malaisée. Il semble que la caractéristique de ces derniers réside avant tout dans un *“haut niveau d'abstraction et à leur extrême généralité”*<sup>702</sup>. De plus, certains estiment que *“ces principes se distinguent de la coutume par le fait qu'ils émanent indirectement de règles écrites, dont ils révèlent l'essence, et pas seulement de la pratique – fût-elle universellement admise – des Etats”*<sup>703</sup>. Ce sont, par exemple, ceux définis par la Résolution 2625 de 1970 relative "aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération des Etats". Si la question de leur distinction avec la coutume internationale possède un intérêt pratique pour le juge interne, elle importe peu au stade de l'étude des principes constitutionnels. Pour des raisons de commodité, ils seront assimilés dans l'expression "coutume internationale".

La problématique de l'insertion de la coutume dans l'ordre interne appelle une remarque préliminaire essentielle. En effet, la coutume n'est jamais citée en tant que telle dans les textes constitutionnels. Il y est question de "règles", de "principes", de "normes", qui sont "généralement", "universellement", ou "communément", "reconnus", "acceptés" etc. Les formulations sont vagues. Ainsi, l'article 15.4 de la Constitution russe évoque *“les principes et normes universellement reconnus du droit international”*. En revanche, la Constitution grecque fait référence aux *“règles du droit international généralement reconnues”*. Enfin, la Constitution française de 1946 se contente d'un renvoi aux *“règles du droit public international”*. Toutefois, on s'accorde à reconnaître, dans toutes ces expressions, le droit international général, c'est-à-dire non conventionnel. Ainsi, de nombreux textes constitutionnels contiennent, tant des clauses propres aux traités internationaux, qu'au "droit international", lequel n'inclut alors que le droit non conventionnel, à l'exclusion des traités. Le caractère imprécis de ces formulations est un premier indice de l'insaisissabilité de ce droit, qu'on ne sait exactement comment qualifier. L'usage alternatif des termes "universels" ou "communs" pour représenter ces principes révèle ainsi un problème majeur : celui d'identifier les sujets liés par une coutume. Faut-il considérer que son existence n'est acceptée par un Etat que si elle est réellement universelle ? A vrai dire, il semble que cela importe peu pour la question de l'insertion constitutionnelle.

Le caractère particulier de ces normes internationales, non écrites, peut laisser perplexe quant à la possibilité d'une réception formelle, par nature écrite. En outre, son contenu est, non seulement indéfini, mais surtout évolutif : comment réceptionner une norme qui évolue en permanence ? De plus, nombreux sont ceux qui soulignent

<sup>702</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, Précis Dalloz, 2002, 6<sup>ème</sup> édition, p. 329.

<sup>703</sup> Note sous CE 23 octobre 1987, *Société Nachfolger navigation company*, *AJDA* 1987, p. 728.

encore son caractère interétatique, non seulement par sa procédure de formation, mais également par son objet. Le droit international général joue un rôle réduit dans le droit interne : *“l'explication principale tient au fait que le droit international général régit essentiellement les relations entre Etats ; il est rare qu'il attribue directement des droits et obligations aux individus”*<sup>704</sup>. Dès lors, s'il ne présente un intérêt qu'au niveau international, on est incité à se demander s'il y a même lieu d'envisager son insertion en droit interne. Dans les faits, de par sa volatilité et sa moindre importance en droit interne, la coutume est envisagée de façon beaucoup plus rudimentaire que les traités par les mécanismes constitutionnels. Souvent, elle n'est même pas évoquée.

On peut souligner, enfin, les problèmes d'identification des normes coutumières. Les juges internationaux eux-mêmes éprouvent des difficultés à les affronter. Le moment de leur naissance et la durée de leur existence sont incertains, l'identification de leur contenu est malaisée. Dès lors, il paraît logique que les organes étatiques internes y soient moins réceptifs.

L'ensemble de ces éléments défavorables à l'utilisation interne de la coutume conduit à l'envisager, la plupart du temps, en termes d'applicabilité plutôt que d'insertion. Ainsi, tant la nature de la coutume que l'étude des choix constitutionnels démontrent que poser cette problématique d'insertion en termes de monisme et de dualisme n'a guère de sens.

## 2. Pertinence relative de l'opposition monisme-dualisme

L'opposition doctrinale repose sur l'articulation (séparation ou intégration) des ordres juridiques. Or, entre coutume internationale et droit interne, le lien est bien plus direct que dans le cas des traités : l'un des éléments composant la coutume est la pratique des organes étatiques, cette "pratique" pouvant résider dans l'adoption de normes juridiques internes. Ainsi, comme l'expose H. Ruiz Fabri, *“en toute hypothèse, quelque soit le système adopté, favorable ou pas, sophistiqué ou pas, il n'y a jamais de séparation entre le droit interne et la coutume internationale dans la mesure où celle-ci s'alimente pour une part de celui-là”*<sup>705</sup>.

Le processus original de formation de la coutume n'implique pas de procédure formelle d'élaboration et de conclusion. Il n'est issu que de pratiques et du sentiment juridique qu'elles impliquent ou génèrent. L'entrée en vigueur de ces normes n'est pas conditionnée par le contentement express des Etats, même s'ils en sont à l'origine. Dès lors, ce processus ne possède pas l'influence qu'ont les traités sur la répartition des compétences internes. Le pouvoir exécutif n'a nul monopole en la matière, les

<sup>704</sup> C. Dominicé, F. Voefray : *“L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne”*, in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique international, op.cit.*, p. 51.

<sup>705</sup> H. Ruiz Fabri, *Sur quelques aspects de la coutume en droit international contemporain*, Thèse dactylographiée, Bordeaux I, 1989, p. 563.

pratiques constitutives d'une coutume pouvant émaner de tout organe composant l'Etat. Les prémisses de cette norme peuvent ainsi être tant des actes exécutifs que législatifs ou judiciaires. Par conséquent, aucune lutte ne peut exister entre l'exécutif et le législatif. Soucieux de préserver leur pouvoir normatif face à l'empiètement des traités dans leur domaine de compétence, les parlements nationaux n'ont pas la même attitude face à la coutume. Il n'est nul besoin de légitimation démocratique d'une norme qui doit être implicitement acceptée pour exister. En outre, il n'existe pas de moment précis déterminant l'entrée en vigueur, ni internationale ni interne, de la coutume. Celle-ci ne peut en effet ni être promulguée, ni publiée.

Cela conduit ainsi à l'affirmation, peut-être un peu rapide, selon laquelle *"l'introduction des règles coutumières et leur applicabilité dans l'ordre juridique national ne font pas problème. On ne se heurte pas ici aux difficultés créées par la "réception" formelle des règles conventionnelles internationales"*<sup>706</sup>. Cela ne signifie pas que le dualisme coutumier est impossible ou n'existe pas, même s'il est vrai que la "transformation" de la coutume internationale en norme interne peut laisser perplexe, puisqu'elle implique une transcription écrite d'une norme non écrite. Ainsi, de nombreux Etats ont choisi d'exprimer leur position générale envers la coutume à travers leurs constitutions, et certains acceptent sa présence dans l'ordre juridique interne plus facilement que d'autres. La plupart du temps, il est vrai, ces énoncés constitutionnels sont extrêmement vagues et rudimentaires, puisqu'il ne s'agit pas, dans ce cas, de délimiter les compétences internes. Ils se limiteront alors souvent à une reconnaissance de principe des normes non conventionnelles comme source de droit.

La pertinence toute relative de l'opposition entre monisme et dualisme coutumiers conduit à éviter de présenter les options constitutionnelles en fonction de ces deux catégories. Elles sont peu pertinentes quant aux procédures d'insertion ou de réception. En réalité, la qualification générale d'un Etat comme étant moniste ou dualiste est emportée par son rapport avec le droit conventionnel. De nombreux Etats dualistes (pour les traités) sont en fait monistes pour la coutume, puisqu'elle est reçue automatiquement.

En outre, la question de la place hiérarchique de la coutume se présente aussi en termes plus particuliers que celle des traités. En effet, le principe dualiste qui veut que la norme internationale prenne le rang de l'acte qui l'incorpore est, sauf cas très exceptionnel, inapplicable. On pourra constater par ailleurs que la coutume est souvent, en pratique, considérée "à côté" de la pyramide hiérarchique plutôt qu'en son sein. Toutefois, là encore, cela n'implique pas l'absence totale d'influence des doctrines moniste et dualiste. Certains traits généraux quant à la primauté de la norme internationale sur le droit interne pourront ainsi être repérés dans plusieurs Etats.

---

<sup>706</sup> A. Pellet, P. Daillier, *Droit international public, op.cit.*, 1999, p. 341.

En fin de compte, la présence de la coutume internationale dans l'ordre interne ne fait guère intervenir les pouvoirs exécutif et législatif. Seuls les juges sont véritablement amenés à les rencontrer. C'est pourquoi la problématique coutumière se pose plus en termes d'applicabilité que d'insertion. Comme pour toute norme non écrite, interne ou internationale, il est du rôle du juge de l'identifier et d'évaluer, non seulement son applicabilité, mais aussi sa valeur. Le poids de l'intervention du juge explique alors que, plus que l'opposition entre monisme et dualisme, celle entre *civil law* et *common law* intervient ici. La fonction du juge n'y est pas la même. Elle possède plus d'importance dans un pays de *common law*, dans lequel le droit est formé essentiellement par un ensemble de précédents judiciaires. En outre, ceux-ci sont davantage familiarisés avec les normes coutumières que les pays de tradition écrite qui composent la famille "romano-germanique"<sup>707</sup>. Ainsi, le droit international non conventionnel prendra une place d'autant plus grande que les juges seront à l'aise pour l'utiliser. Toutefois, s'il est vrai que la coutume est plus appliquée dans les pays de *common law*, la pertinence de la distinction avec les Etats de *civil law* s'efface, elle aussi, devant les questions de hiérarchie. Le rang hiérarchique résiste, semble-t-il, à cette distinction, tout comme il a résisté aux principes monistes et dualistes. Ainsi, ce n'est pas forcément dans les systèmes de *common law* que la coutume internationale possède la meilleure place. Ce n'est pas non plus dans les Etats soi-disant monistes. En effet, il est impossible d'affirmer que l'insertion automatique de la coutume rime avec sa primauté, ni que sa réception implique une valeur aléatoire ou faible.

Sa place est, en fin de compte, le produit d'un mélange de deux oppositions, entre rapports de systèmes et entre grands systèmes juridiques internes. De l'influence conjuguée des deux phénomènes, il résulte l'impossibilité de présenter la place interne de la coutume de façon binaire : il n'existe pas deux solutions, mais plusieurs, bien que cela soit un peu gênant pour l'esprit juridique continental. En conclusion, la coutume sera plus souvent appliquée dans un pays de *common law*, mais pas nécessairement à un rang hiérarchique élevé : soit elle sera considérée en dehors de la hiérarchie soit, au mieux, en deçà de la loi. A l'inverse, les pays de *civil law* seront très réticents quant à l'applicabilité de la coutume, mais certains lui accordent une place hiérarchique très élevée, ce qui est le cas de l'Italie, par exemple.

### ***B. Variété des choix constitutionnels***

Le degré de prise en compte de la coutume dans les constitutions est très variable. La précision des énoncés est exceptionnelle. Sauf dans de rares cas, on ignore

---

<sup>707</sup> D'ailleurs, la coutume internationale, qui "s'alimente" en partie du droit interne, se nourrit avant tout dans les pays anglo-saxons.

s'il s'agit d'une véritable insertion. La diversité certaine des textes (1) laisse donc une large place à la pratique constitutionnelle, également diversifiée (2).

### 1. Diversité des textes

S'il est encore relativement aisé de distinguer les clauses courantes en matière d'insertion des traités, il en va autrement pour la coutume. On peut estimer qu'environ un quart des constitutions comportent des clauses relatives au droit international général. Cependant, elles expriment une prise en compte très aléatoire de la coutume. Compte tenu de l'absence de nécessité d'aménager les procédures internes de répartition des compétences, l'évocation de la coutume se limite, généralement, à une disposition de principe, exprimant la reconnaissance du droit international général comme source de droit.

Néanmoins, on peut distinguer au moins trois attitudes générales, variant selon le degré de prise en compte de la coutume dans l'ordre interne.

Le premier type de disposition est aussi le plus elliptique. Caractérisé notamment par la France et l'Italie, il consiste simplement en un engagement de principe à respecter la coutume. Ainsi, la Constitution italienne, qui n'aménage pas l'insertion des traités, dispose en revanche que "*l'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues*" (article 10 de la Constitution de 1947). Parallèlement, le cas français est spécifique. En effet, la Constitution de 1958, moniste pour les traités, ne dit mot sur les autres sources de droit international. Seul le préambule du texte de 1946, par l'alinéa 14, déclare que "*la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international*". La valeur de cette disposition était toute relative, jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel en 1971 d'inclure ce texte dans le bloc de constitutionnalité<sup>708</sup>. Désormais, les textes italiens et français sont tout à fait comparables, ce qui prouve, en apparence, l'absence de distinction entre monisme et dualisme en la matière. Toutefois, de ces déclarations de principe, on ne saurait déduire que la coutume est réellement insérée dans l'ordre juridique, ni qu'elle y est automatiquement applicable. En effet, on peut penser qu'elle ne constitue qu'un engagement envers les autres Etats et non un principe d'insertion interne. De même, si la Constitution polonaise, nettement moins progressiste que pour les traités, affirme que la "*La République de Pologne respecte le droit international général par lequel elle est liée*" (article 9), cela peut n'être qu'un engagement au niveau international. Cette opinion

<sup>708</sup> L'intention des rédacteurs de la Constitution de 1946 était toute autre. Cette disposition, lors de la rédaction, avait ainsi été transférée du texte même de la Constitution vers le préambule, considéré comme un simple guide, dépourvu de valeur juridique. Voir par exemple M. Mignon, "La valeur juridique du préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence", *Dalloz*, Chronique 1951, p. 127.

peut être confortée par le second type de clauses constitutionnelles, plus explicites, prolongeant le principe.

Ainsi, plusieurs Etats précisent que la coutume est respectée, mais en tant que normes de conduite dans les relations extérieures de l'Etat. C'est notamment le cas de l'Irlande, dont le texte dispose que *"Ireland accepts the generally recognised principles of international law as its rule of conduct in its relations with other States"* (article 29.3). On peut également citer, pour l'Europe de l'Est, l'article 10 de la Constitution roumaine de 1991, qui, bien que moins explicitement, affirme que *"la République développe ses relations en vertu des principes reconnus par les normes universellement acceptées..."*<sup>709</sup>. Ce type de clause est également connu en Amérique latine, où la Constitution de l'Equateur, par exemple, *"déclare que le droit international est la norme de conduite de l'Etat dans ses relations extérieures..."* (article 4.3). Si, des premières clauses, on ne peut déduire une inapplicabilité interne de la coutume, il semble en aller autrement dans ce second cas. La coutume y est conçue comme une source de droit international, certes, mais utilisée dans les relations interétatiques. *A contrario*, cela peut impliquer que ces clauses n'opèrent pas nécessairement une insertion de la coutume dans l'ordre interne. C'est ce que semble penser J. Malenovski : évoquant la Constitution roumaine, il estime que *"si une règle de droit international régit le comportement des Etats uniquement dans leurs rapports mutuels, elle n'est pas adaptée à une application à l'intérieur de l'Etat"*<sup>710</sup>. Cela signifie-t-il pour autant une attitude strictement dualiste, hermétique à l'entrée de la coutume dans l'ordre interne ? Cela semble douteux, notamment dans le cas irlandais. En effet, pays de *common law* à l'instar de la Grande-Bretagne, l'Irlande est liée par la célèbre maxime anglaise "International law is part of the law of our land". Cependant, l'insertion de la coutume sera alors aménagée par la pratique constitutionnelle, et non par le texte constitutionnel. Aucune déduction ne peut être effectuée, quant à une insertion automatique ou une volonté de transformation de la norme coutumière en droit interne. En outre, on ne peut justifier ce faible intérêt pour le droit international général par l'ancienneté du texte constitutionnel. Alors que la prise en compte des traités est de plus en plus forte dans les constitutions récentes, il n'en va pas de même pour la coutume : si la Constitution irlandaise date de 1937, celle de l'Equateur date de 1998...

<sup>709</sup> Formulée différemment, cette clause est également présente en Bulgarie : l'article 24.1 déclare que la politique extérieure est "menée conformément aux principes et normes internationales".

<sup>710</sup> J. Malenovski, "Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des PECO", *op.cit.*, p. 36. Le bilan que nous livre l'auteur, quant à la présence interne de la coutume, est explicite et révélateur : *"Bien que les 15 PECO fassent donc allusion dans leurs constitutions aux normes coutumières du droit international, les effets de telles règles constitutionnelles à l'intérieur de l'Etat demeurent généralement limités, ce qui est d'ailleurs vrai également pour les Etats de la partie occidentale de l'Europe dont les constitutions contiennent des dispositions similaires"* (p. 35).

En revanche, une troisième attitude penche nettement dans le sens d'une insertion automatique de la coutume. Il est alors permis de conclure sur un monisme de principe. L'Autriche, nettement classée dans les Etats dualistes pour les traités, et le Portugal moniste, ont ainsi en commun une attitude envers la coutume relativement plus réceptive que les précédents Etats cités. La Constitution autrichienne de 1929 précise ainsi que "*les règles de droit international généralement reconnues font partie intégrante du droit fédéral*" (article 9).

On a constaté précédemment que ce type de clause est relativement courant pour l'insertion des traités, et qu'il présuppose une optique moniste. La coutume, reconnue comme appartenant au droit interne, sans davantage de précision, peut ainsi être considérée comme automatiquement valable. Il en va donc de même au Portugal<sup>711</sup>. En outre, la Constitution russe, déjà citée en exemple pour son attitude favorable envers les traités, peut être rappelée ici. L'article 15.4 adopte en effet une position cumulative, considérant les traités et la coutume comme d'égales parties du système juridique interne. Enfin, phénomène rare en Asie, la coutume internationale est également insérée par la Constitution des Philippines, qui dispose que "*the Philippines ... adopts the generally accepted principles of International law as part of the law of the land ...*" (article 2, section 2). Tout comme dans le cas des traités, il faut préciser que ces clauses ne font qu'indiquer une optique générale et ne permettent pas réellement de préjuger de la pratique effective.

Toutefois, parallèlement à ces trois attitudes générales, le degré de réceptivité de la coutume internationale est exceptionnellement élevé dans deux Etats : à notre connaissance, les constitutions allemande et grecque sont uniques en ce domaine. En effet, ces textes contiennent chacun deux clauses exprimant une conception extrêmement réceptive envers la coutume. Il est précisé, non seulement que la coutume appartient à l'ordre juridique interne, mais une procédure d'identification de celle-ci est également aménagée<sup>712</sup>. Ainsi, l'article 100. 2 de la Constitution allemande prévoit que "*si, au cours d'un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et si elle crée directement des droits et obligations pour les individus (art. 25), le tribunal doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale*". La Constitution grecque contient une disposition quasiment similaire, en son article

<sup>711</sup> Portugal, Constitution de 1976, article 8.1 : "Les normes et les principes du droit international général ou commun font partie intégrante du droit portugais". En revanche, la Constitution espagnole, tout à fait comparable en matière de traités, se distingue de la Constitution portugaise pour la coutume. Si les normes générales de droit international sont citées (article 96.1), c'est uniquement en tant que source de référence pour l'abrogation ou la modification des traités.

<sup>712</sup> Ces deux constitutions sont également exceptionnelles, en ce qu'elles affirment la primauté de la coutume internationale dans l'ordre interne, phénomène recensé dans trois Etats seulement. Voir *infra*, B.

100. 1, qui confère cette compétence d'interprétation et d'identification à une Cour spéciale supérieure.

*A contrario*, de nombreux Etats, notamment dans les pays de l'Est, expriment assez clairement leur refus de considérer la coutume comme applicable dans l'ordre interne. Cette attitude est identifiée par le biais des clauses relatives aux compétences du pouvoir judiciaire. Certains textes, en effet, évoquent la coutume en tant que norme générale de conduite, mais l'excluent comme source de droit pour les juges. C'est notamment le cas en Macédoine, où l'article 8 fait de ces normes coutumières une des "valeurs fondamentales du régime constitutionnel", mais où l'article 98 précise que "*les tribunaux jugent sur la base de la Constitution, des lois et des traités internationaux ratifiés conformément à la Constitution*", ce qui exclut de fait le droit international général. Il en va de même en Roumanie, en Moldavie, ou en République tchèque.

Enfin, on doit considérer à part la Constitution hongroise, qui constitue un intermédiaire entre plusieurs attitudes envers la coutume. En effet, à l'instar de la France ou de l'Italie, elle déclare "accepter" le droit international général ; de plus, le même article 7 "*garantit l'harmonie entre ses engagements contractés dans le domaine du droit international et le droit interne*". Il est, là encore, impossible de déterminer, à la seule lecture du texte, si l'insertion de la coutume sera effectuée selon un choix moniste ou dualiste, ni même si elle sera insérée dans l'ordre interne. Le biais par lequel l'harmonisation sera appliquée ne peut être révélé que par la pratique.

En ce domaine, la diversité est également de mise. Dans le silence des textes, beaucoup plus fréquent qu'en matière conventionnelle, les juges, sous une influence plus ou moins forte de la doctrine, réservent une place souvent limitée et rarement limpide à la coutume.

## 2. Diversité des pratiques

Le raisonnement *a contrario*, très souvent utilisé pour la coutume, au regard des règles régissant les traités, ne doit pas conduire à des conclusions excessives. Le silence constitutionnel n'est pas toujours significatif d'un refus de prendre en compte le droit international général au niveau interne. Si tel est parfois le cas, la pratique peut néanmoins se révéler favorable à une application de la coutume, que cela soit dans une optique dualiste (a) ou moniste (b). Dans les deux cas, il faut souligner que les cas d'application du droit international non écrit par le juge interne restent, dans l'ensemble des Etats, relativement rares.

### *a. Pratique favorable à la réception dualiste de la coutume*

Les Etats dualiste en matière conventionnelle doivent faire face, comme les autres, à une norme dont la réception formelle est fort malaisée, bien que possible. Si

rien n'empêche qu'une norme non écrite soit reprise par un acte écrit interne, qui vient la codifier, aucun législateur ne se lance dans cette tâche. Dès lors, Italie, Royaume-Uni et pays scandinaves connaissent, plus qu'un dualisme véritable, une certaine tendance en ce sens. En réalité, il ne s'agit pas tant d'une pratique, que d'une interprétation de cette pratique.

L'exemple italien est tout à fait représentatif de ce phénomène d'interprétation. Bien que la Constitution comporte une disposition des plus vagues, la pratique étatique face à la coutume a été justifiée, tant par la doctrine que par les juges, de façon à éviter l'emploi du terme "monisme". Il semble que la doctrine italienne, profondément attachée aux principes dualistes, ait tenté de les adapter à la situation de la coutume, malgré la plus grande simplicité de la réception de la coutume. L'absence de toute mesure de transposition, logique puisqu'il s'agit de droit coutumier, est expliquée par l'existence de l'article constitutionnel. Qualifié de "transformateur permanent" par R. Quadri, ou de "mécanisme d'ajustement automatique" par la Cour constitutionnelle, il est interprété dans une optique ambiguë par la doctrine, à cheval entre monisme et dualisme. Ainsi, l'article 10 est une règle qui "*a pour effet d'introduire automatiquement dans l'ordre juridique italien les changements nécessaires pour donner aux obligations qui naissent des règles du droit international coutumier... Ce mécanisme fonctionne de la même manière que celui de l'ordre d'exécution pour les traités, avec une notable différence : il est automatique et continu*"<sup>713</sup>. Ainsi, au fur et à mesure de l'évolution de la coutume internationale, l'ordre juridique italien est réputé évoluer également. On ne peut que constater que ce mécanisme ressemble fort à une insertion automatique, et serait interprété de façon moniste dans d'autres d'Etats. En effet, il est similaire aux choix monistes en matière de traités : la seule présence d'une clause dite d'insertion automatique n'a, dans ces Etats, jamais entraîné la qualification dualiste. En outre, l'article 10 est rédigé dans les mêmes termes que son équivalent français, considéré comme moniste.

La justification du système anglais, si elle emprunte également des détours doctrinaux, est plus approfondie. En outre, en tant que système de *common law*, ce droit lui est plus familier. Depuis le 18<sup>ème</sup> siècle, les Etats de *common law* sont soumis à l'obligation coutumière, provenant de la jurisprudence anglaise, affirmant que le droit international (entendu comme non écrit) appartient à leur ordre juridique. Cet adage régit toute la pratique constitutionnelle anglaise en la matière. Les juges appliquent ainsi la coutume directement, sans exiger de transposition formelle. De même qu'en Italie, l'interprétation donnée à la pratique hésite encore entre deux doctrines, de tendance opposée. J. Dutheil explique clairement que "*selon la doctrine de l'incorporation, les règles du droit international sont, automatiquement, incorporées et considérées comme faisant partie du droit*

<sup>713</sup> T. Treves et M.F di Rattalma, "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 398.

anglais pour autant qu'elles n'entrent pas en conflit avec un acte du Parlement. La doctrine de la *transformation*, au contraire, ne considère les règles de droit international comme faisant partie du droit interne que si elles ont été introduites dans une décision de justice, ou un acte du Parlement, ou une coutume ancestrale. La différence d'approche est capitale lorsque la règle de droit international a connu un changement. En effet, selon la doctrine de l'incorporation, quand la règle de droit international change, le droit anglais change simultanément. Par contre, avec la doctrine de la transformation, le juge anglais est lié par les précédents ; il doit respecter les règles de droit international telles qu'elles ont été adoptées, dans le passé<sup>714</sup>. L'auteur, quant à elle, considère qu'il s'agit d'une insertion directe de la coutume dans un système tenant d'un monisme extrême, mais aux conséquences fâcheuses. En effet, jusqu'à la fin des années 1970, les juges utilisaient davantage la doctrine de la transformation. Considérant que la coutume internationale était en partie issue de précédents anglo-saxons, et liés par le principe de *stare decisis*, les juges avaient tendance à n'utiliser que des coutumes ancestrales, "transposées" par des décisions judiciaires anciennes, même si des coutumes plus récentes existaient. Il semble qu'aujourd'hui, la méthode adoptée soit celle de l'incorporation, depuis qu'une décision rendue en 1977 par Lord Denning constate que "*le droit international ne connaît pas de règle de stare decisis*". L'évolution de celui-ci est ainsi, semble-t-il, mieux prise en compte. On pourrait alors considérer le système britannique comme totalement moniste.

Toutefois, cela ne signifie pas, loin s'en faut, que la coutume internationale est davantage utilisée par les juges. En fin de compte, elle n'est acceptée dans l'ordre interne que sous deux réserves essentielles : elle doit être "self-executing", c'est-à-dire immédiatement applicable, et ne pas être en opposition avec le droit interne. C'est ainsi que le texte irlandais est interprété : son allusion aux relations interétatiques signifie (encore une fois en vertu d'une interprétation *a contrario*) que la coutume n'est applicable en droit interne que si elle crée des droits et obligations pour les individus. De plus, la pratique est similaire dans tous les pays de *common law*. Australie, Canada, Etats-Unis, Inde, Israël, ne possèdent aucune clause constitutionnelle écrite faisant référence à la coutume. En revanche, ils sont soumis, de par la *common law*, aux mêmes principes que ceux en vigueur au Royaume-Uni. Ainsi, ce n'est pas tant à la problématique de l'insertion, automatique ou non, que s'intéressent les juges, mais à celle de savoir si la coutume est directement applicable.

Il semble que, parmi l'ensemble des pays de "dualisme conventionnel", un seul soit véritablement dualiste, de façon identique pour les traités et la coutume. En effet, la situation du Danemark est souvent prise comme contre-exemple de l'impossibilité de réceptionner formellement le droit international général. En l'absence de disposition

<sup>714</sup> J. Dutheil de la Rochère, "Le droit international fait-il partie du droit anglais", in *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges P. Reuter, Paris, Pedone, 1981, p. 246. C'est nous qui soulignons.

constitutionnelle, la pratique semble avoir, de façon très surprenante, exigé une incorporation textuelle de la coutume au cas par cas<sup>715</sup>. Cette réception peut être effectuée tant par la loi que par un acte administratif, mais non par une décision juridictionnelle comme au Royaume-Uni. Cette interprétation extrême doit toutefois être acceptée avec précaution. En effet, les références récentes relatives au système danois manquent. En outre, comme souvent, très peu de jurisprudence est disponible, qui traite de ce sujet. Les affirmations de principe ne sont pas nécessairement suffisamment étayées pour être véritablement probantes.

Pour conclure, les affirmations selon lesquelles la coutume est universellement incorporée automatiquement à l'ordre interne doivent être relativisées : les juges sont très hésitants à reconnaître son existence en droit interne, sans même aller jusqu'à évoquer les questions de hiérarchie.

*b. Pratique favorable à l'insertion moniste de la coutume*

Si les Etats qui sont dualistes pour les traités le sont nettement moins pour la coutume, les Etats monistes, quant à eux, restent fidèles au principe. Les constitutions des Pays-Bas, de la Belgique, du Luxembourg, sont silencieuses. Toutefois, la pratique semble y admettre facilement le principe d'insertion (et d'application) automatique de la coutume. Ainsi, *“les juges belges n'ont jamais hésité à faire application des règles du droit international non écrit, sans au demeurant faire toujours clairement le point de départ entre coutume et principes généraux du droit”*<sup>716</sup>. Toutefois, d'autres soulignent le manque de pratique permettant de réellement identifier l'appartenance interne de la coutume. Au Luxembourg, notamment, aucune affaire n'a, semble-t-il, expressément tranché la question de l'applicabilité de la coutume. Cependant, on estime qu'il découle du système conventionnel moniste que la situation est identique pour la coutume. En outre, la faible portée pratique de la question est remarquée, compte tenu de l'augmentation quantitative du droit conventionnel et de la codification des règles coutumières<sup>717</sup>. Aux Pays-Bas, bien qu'aucune jurisprudence n'ait à nouveau précisé la question, un arrêt de 1959 a utilisé une coutume internationale, admettant son

<sup>715</sup> Voir notamment F. Harhoff, "Danemark", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 173. Voir également C. Dominicé, F. Voefray : "L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne", *ibid.*, p. 52 : les auteurs affirment, eux aussi, que *“en définitive, la méthode de la transformation ad hoc ne paraît solidement établie qu'au Danemark...”*. En outre, on peut évoquer le système finlandais, plus rarement étudié. En effet, son texte constitutionnel contient une disposition qui, bien qu'implicitement, semble prévoir une méthode similaire. L'article 95.1 de la Constitution de 1999 dispose que *“The provisions of treaties and other international obligations, in so far as they are of a legislative nature, are brought into force by an Act”*. C'est nous qui soulignons.

<sup>716</sup> J. Verhoeven, "Belgique", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 143.

<sup>717</sup> R. Biever, N. Edon, L. Weitzel, "Luxembourg", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 429.

intégration directe à l'ordre juridique néerlandais<sup>718</sup>. Il en va de même en France. Même si la jurisprudence est peu abondante, il ne fait aucun doute que la coutume appartient à l'ordre juridique interne de façon automatique. La question de sa valeur et de son applicabilité est toute autre.

La situation de l'Espagne est similaire. Toutefois, on peut noter que la précédente Constitution, datant de 1931, comportait un article 7 exprimant clairement que "*l'Etat observera les normes universelles du droit international en les incorporant dans son droit national*". En revanche, le texte actuel ne contient rien de tel. Cependant, l'Espagne semble avoir conservé une certaine tradition en la matière. Ainsi, "*in conclusion, international custom as well as general principles of law are inserted into our domestic legal system*"<sup>719</sup>. Cependant, en Espagne comme dans les autres Etats à la fois monistes et de tradition écrite, on semble manquer de droit positif sur la question et les analyses restent au stade des principes.

On peut enfin conclure sur l'immense majorité silencieuse, pour qui le silence semble signifier le refus. Les pays d'Europe de l'Est, pour nombre d'entre eux, ne reconnaissent la coutume que comme référence pour la conduite des relations extérieures, mais refusent constitutionnellement leur application dans l'ordre interne. La plupart des constitutions asiatiques sont dénuées de toute référence au droit international général<sup>720</sup>. L'Amérique latine, quant à elle, de tradition écrite, est également peu réceptive à cette branche du droit international. Aucun des pays arabes recensés n'y fait référence. Enfin, s'il est souvent fait mention des principes internationaux relatifs aux droits de l'homme dans les préambules des constitutions africaines, celles-ci ne font pas référence au droit international général, exception faite de quelques Etats de *common law*, comme la Guinée Equatoriale ou l'Afrique du Sud. On peut, à cet égard, rappeler les mouvements de contestation du droit international général provenant de l'ensemble des pays luttant pour leur décolonisation dans les années 1960. Etant donné que la "pratique générale" doit être "acceptée comme étant le droit", ils estimaient ne pouvoir être liés par une coutume internationale à la formation de laquelle ils n'avaient pas participé. Ainsi, ces Etats l'ont d'abord fortement rejetée en tant que source de droit, avant de finalement l'utiliser à leur tour, pour créer

<sup>718</sup> Voir A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, p. 52.

<sup>719</sup> "Espagne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 231.

<sup>720</sup> C'est le cas notamment pour la Chine, le Japon, le Cambodge, le Laos, et le Vietnam. De façon presque anecdotique, on peut noter que la Constitution de Birmanie de 1974 comportait un article similaire au système irlandais. Cependant, depuis le coup d'Etat de 1988, le Myanmar a suspendu toute activité des tribunaux et de l'Assemblée nationale. Un projet de Constitution, destinée à confirmer la dictature, est en cours depuis 1993...

des normes de contestation, coutumes "sauvages" et régionales<sup>721</sup>. La critique émise par ces Etats était encore plus forte à l'encontre des principes généraux de droit "reconnus par les nations civilisées", "*relents persistants d'une hautaine conception européocentrique de la civilisation, héritée de l'âge colonial*"<sup>722</sup>.

La coutume est théoriquement largement reconnue dans l'ordre juridique interne des Etats occidentaux. Cependant, les cas d'application sont rares, d'autant plus que sa valeur hiérarchique, incertaine, est rarement élevée.

## II. La valeur hiérarchique de la coutume : incertitudes et diversité

Textes et pratiques sont rares, qui déterminent clairement la valeur hiérarchique de la coutume. Elle est donc essentiellement découverte *a contrario*, par rapport aux dispositions relatives aux traités<sup>723</sup>. Cependant, certains Etats confèrent au droit international général une primauté sur le droit interne. Assez curieusement, il s'agit de pays de tradition écrite, réputés éprouver des difficultés pour identifier non seulement le contenu, mais également la valeur du droit non écrit. Cette primauté est toutefois rarissime (A). A l'inverse, l'immense majorité des pays de *common law*, qui appliquent sans difficulté la coutume, le font par le biais de méthodes très spécifiques. Dans ces systèmes, on est amené à se demander si la coutume est dotée d'une faible valeur ou si sa place n'est pas plutôt en dehors de la hiérarchie des normes (B).

### A. Une primauté rarissime

Une valeur supra-légale est parfois conférée au droit coutumier, que ce soit par les textes (1) ou par la pratique (2).

#### 1. De par les textes

Deux types de clauses constitutionnelles permettent de découvrir la primauté de la coutume sur le droit interne. Il peut s'agir d'une affirmation tout à fait explicite. Il peut également s'agir des possibilités de contrôle de la hiérarchie conférées aux cours constitutionnelles.

<sup>721</sup> Une grande part du droit de la mer et du droit du développement s'est formée ainsi au cours des années 1970. Voir R.J. Dupuy, "Coutume sage et coutume sauvage", in *La communauté internationale, Mélanges Ch. Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87. Voir également P.M. Dupuy, "A propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'objecteur persistant", in *Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 257-273.

<sup>722</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, 2002, p. 326.

<sup>723</sup> L'exemple russe peut être cité : la Constitution n'affirme pas la primauté de la coutume. "Bien au contraire, dès lors que la Constitution russe, dans l'article 15 par.4, entérine la règle de l'application prioritaire exclusivement au profit du traité international, l'argument *a contrario* écarte une telle priorité en faveur de la coutume internationale" : J. Malenovski, "Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des PECO", *op.cit.*, p. 37.

Dans le premier cas, on peut citer l'Allemagne et la Grèce. Ces deux Etats, pris en exemple pour le rôle d'interprétation de leurs cours constitutionnelles, sont également exceptionnels en matière de hiérarchie des normes. En effet, ce sont les seuls qui possèdent une clause de primauté de la coutume. Ainsi, l'article 25 de la Loi fondamentale allemande dispose que *“les règles générales de droit international public font partie intégrante du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et obligations pour les habitants du territoire fédéral”*. Cette disposition constitue véritablement une exception, en ce qu'elle reconnaît, outre la primauté de la coutume, le principe de son applicabilité directe. Cela ne signifie pas pour autant que n'importe quelle coutume bénéficiera de ce caractère, devant être identifié au cas par cas par les juges. La Constitution grecque, quant à elle, ne précise pas les questions d'applicabilité de la coutume, mais impose sa valeur supra-légale, par son article 28.1, qui inclut côte à côte traités et droit international général <sup>724</sup>.

Une troisième Constitution doit être citée dans cette catégorie particulière. De par sa clarté en la matière, le texte du Cap-Vert est également un modèle du genre. En effet, s'il dispose que *“le droit international général ou commun fait partie intégrante de l'ordre juridique cap-verdien pendant qu'il est en vigueur dans le système juridique international”* (article 11.1), il affirme surtout que *“les règles et principes du droit international général ou commun et du droit international conventionnel dûment approuvés ou ratifiés prévalent, après leur entrée en vigueur dans l'ordre juridique international et interne, sur tous les actes législatifs et réglementaires internes soumis aux principes de la Constitution, à compter de leur entrée en vigueur dans l'ordonnement juridique international et interne”* (article 11.4). Hormis ces trois constitutions, il ne semble pas exister de texte établissant une primauté coutumière. Grèce et Cap-Vert établissent ainsi une communauté de régime entre traités et droit international général. L'Allemagne, en revanche, pratique un dualisme affirmé en matière de traités, mais un monisme véritable pour le droit coutumier, ce qui peut paraître étrange pour un pays de tradition écrite.

De façon encore plus rare, certains textes aménagent un pouvoir de contrôle de compatibilité ou de conformité entre les lois et la coutume internationale. Parmi les constitutions recensées, une seule prévoit ce mécanisme : l'article 149 de la Constitution bulgare dispose que *“la Cour constitutionnelle : ...4) statue sur la conformité à la constitution des accords internationaux conclus par la République de Bulgarie, avant leur ratification, ainsi que sur la conformité des lois aux normes universellement reconnues du droit international et aux accords internationaux auxquels la Bulgarie est partie”* <sup>725</sup>. L'effectivité de ce contrôle peut néanmoins être mis en doute : il paraît difficile de confronter une loi, dont la date

<sup>724</sup> Article 28.1, cité p. 231.

<sup>725</sup> C'est nous qui soulignons. Il semble que la Constitution slovène comporte également une telle disposition : voir J. Malenovski, “Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des PECO”, *op.cit.*, p. 37.

d'entrée en vigueur et le contenu sont clairement déterminés, avec une norme internationale dont la formation est incertaine et peut-être inachevée.

Ainsi, le véritable monisme coutumier, prévoyant non seulement l'insertion directe, mais aussi et surtout la primauté de la coutume internationale, est rarissime dans les textes. La pratique en vigueur dans certains autres Etats, si elle parvient à un résultat similaire, ne renseigne pourtant guère sur l'effectivité de cette primauté. Comme le souligne H. Ruiz Fabri, *“de ce fait, la place réservée à la coutume dans les ordres juridiques internes reste encore à élucider. Quelle que soit la logique de sa primauté, elle doit passer le test de l'effectivité”*<sup>726</sup>.

## 2. De par la pratique

Comme on a pu le constater, le silence des constitutions n'empêche pas certains Etats d'accepter, en pratique, l'insertion de la coutume dans leur ordre juridique. Cependant, l'identification de son rang est délicate : compte tenu de la pertinence limitée des principes monistes et dualistes, on ne peut proposer de déductions *a priori*. Ainsi, bien que Espagne, Portugal, Belgique, Pays-Bas, et Luxembourg, puisse être considérés comme monistes, cela n'entraîne pas de conséquences automatiques sur la valeur de la coutume. Les seuls Etats pratiquant un monisme véritable sont les trois précités, dont la Constitution affirme la primauté.

Au Portugal, il est affirmé que *“les normes internationales non écrites s'imposent au juge qui doit écarter toute règle nationale contraire, fût-elle législative”*<sup>727</sup>. La situation en Espagne semble moins claire, le fondement textuel ou pratique du rang hiérarchique étant mal identifié. Les normes coutumières sont néanmoins évoquées par l'article 96.1 de la Constitution, selon lequel les traités ne peuvent être abrogés, modifiés ou suspendus qu'en vertu du droit coutumier. Certains en déduisent que *“l'article 96.1 de la Constitution ...laisse entendre que les normes générales du droit international général ont un rang supérieur à la loi”*<sup>728</sup>. Cette interprétation paraît contestable. La coutume n'est citée qu'en tant que règle secondaire de procédure à respecter : il peut s'agir ainsi d'une référence à la Convention de Vienne sur le droit des traités, ce qui n'implique nullement un rapport hiérarchique avec les normes légales internes. En outre, la jurisprudence n'apporte pas d'éclaircissement sur ce point. La question ne semble donc pas pouvoir être tranchée.

Les Etats du Benelux peuvent être considérés comme étant dans une situation similaire. Ainsi, en Belgique, le rapport entre loi et coutume est très incertain, compte tenu de l'absence de jurisprudence récente, mais pourrait opter pour une certaine

<sup>726</sup> H. Ruiz Fabri, *Sur quelques aspects de la coutume en droit international contemporain*, *op.cit.*, p. 573.

<sup>727</sup> A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, *op.cit.*, p. 61.

<sup>728</sup> *Ibid.*

primauté de la coutume<sup>729</sup>. Aux Pays-Bas, l'incertitude est également de mise, en raison de l'articulation entre les règles fédérales et les autres. Il semblerait que le droit international général possède une valeur moindre que les "*formal statute*", mais supérieure à la "*national legislation of a lower rank*"<sup>730</sup>. Enfin, au Luxembourg, malgré le fait qu'aucune affaire n'ait expressément tranché la question, la doctrine penche en faveur de la primauté du droit non écrit sur la loi<sup>731</sup>. Pour tous ces Etats, la situation est donc peu fixée. Leur tradition de droit écrit et les réticences jurisprudentielles en sont la cause.

Un Etat doit être distingué des autres. En effet, l'Italie concède une place prépondérante à la coutume internationale, plus encore que ne le fait l'Allemagne. La pratique italienne repose sur une interprétation de l'article 10 de la Constitution, combinée avec les principes dualistes. Cette disposition n'exprime rien, en elle-même, quant à la valeur hiérarchique de la coutume. Toutefois, le principe dualiste, qui veut que la norme internationale prenne la valeur de l'acte de réception, a été appliqué en la matière. Or, étant donné que seul l'article constitutionnel y fait référence, la jurisprudence italienne, unique en son genre, a alors conféré un rang constitutionnel à la coutume<sup>732</sup>. Le paradoxe d'un Etat dualiste tel que l'Allemagne, qui accorde une place bien plus importante à la coutume qu'aux traités, se retrouverait ainsi en Italie, avec encore plus de vigueur. Toutefois, la doctrine est très partagée quant à la portée de cette solution, déjà ancienne. L'interprétation dualiste de l'article 10 est parfois remise en cause. Ainsi, selon H. Ruiz Fabri, "*ce texte est considéré comme consacrant le principe de l'applicabilité directe du droit international coutumier par les juridictions internes, et non comme consacrant la primauté des règles...*"<sup>733</sup>.

De tous les cas cités, on ne peut que conclure sur un bilan contrasté : si la coutume internationale est dotée d'une valeur certaine d'un point de vue théorique, en revanche les applications sont trop rares pour être véritablement pertinentes.

A l'inverse, les pays de *common law* semblent conférer une valeur moindre au droit international non écrit, mais l'appliquer plus régulièrement. Les principes semblent alors mieux fixés.

<sup>729</sup> J. Verhoeven, "Belgique", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, pp. 143-144.

<sup>730</sup> C.M. Brölmann, "Pays-Bas", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 455. Cela rapprocherait alors les Pays-Bas davantage des Etats fédéraux de *common law* tels que les Etats-Unis.

<sup>731</sup> R. Biever, N. Edon, L. Weitzel, "Luxembourg", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 429.

<sup>732</sup> La Cour constitutionnelle en a décidé ainsi par un arrêt de 1979. Elle a affirmé que les coutumes internationales antérieures à la Constitution de 1947 possédaient une valeur supra-constitutionnelle (!), les autres ayant "simplement" une valeur para-constitutionnelle. Voir T. Treves et M.F. di Rattalma "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 398.

<sup>733</sup> H. Ruiz Fabri, *Sur quelques aspects de la coutume en droit international contemporain*, *op.cit.*, p. 570.

### B. La coutume, entre valeur aléatoire et absence de valeur

Dans les systèmes de *common law*, on peut dégager une tendance générale qui confère un rang légal à la coutume. Cependant, la question de son rang hiérarchique est souvent évitée au profit des questions pratiques d'applicabilité. On peut alors se demander si la place de la coutume n'est pas à côté de la hiérarchie des normes (1). En outre, un système de *civil law* doit être distingué des autres : le cas français reflète la valeur souvent très aléatoire du droit coutumier, en raison des divergences entre les juridictions, non soumises au principe de *stare decisis* (2).

#### 1. La coutume, à côté de la hiérarchie des normes ?

Le seul Etat, parmi ceux répertoriés ici, qui dispose d'une règle constitutionnelle écrite relative à la place hiérarchique de la coutume est la Corée du Sud, qui place les traités et le droit coutumier sur un pied d'égalité : ils ont force de loi <sup>734</sup>. De plus, dans les rares Etats appliquant les principes dualistes au droit coutumier, les règles hiérarchiques sont alors les mêmes que pour les traités. Au Danemark, le principe de la *lex posterior* s'applique si la coutume a été transposée par une loi. La coutume dispose donc, au mieux, d'une valeur légale.

En revanche, dans le système de *common law* britannique, la coutume possède une valeur infra-légale. Comme pour les traités, en cas de conflit éventuel avec une loi interne, le juge tentera d'abord une interprétation conforme. Toutefois, si la contrariété est insurmontable, la loi s'applique et prime donc sur la coutume <sup>735</sup>. Les autres Etats ayant adopté le modèle anglais suivent également cette règle. Par exemple, "*Israeli courts follow, in general, the pattern established in British law. International customary law automatically becomes part of Israeli law, without need of any act of transformation, unless it is opposed to a law of the Knesset*"...*If there is a clear-cut incompatibility between international law and a Knesset law, the latter will prevail. This will not be the case when the clash is between international custom and a subsidiary regulation*" <sup>736</sup>. Cependant, on peut remarquer qu'en pratique, la coutume n'est appliquée que si elle est d'effet direct. En général, elle ne sera reconnue comme telle que dans l'hypothèse où aucune norme interne n'existe en la matière : les situations de conflit sont donc exceptionnelles, et penchent en faveur de la loi. De plus, compte tenu de la nature du droit international général, un conflit avec une loi interne peut signifier une opposition de l'Etat face à cette coutume, ou le début d'un processus de création d'une coutume opposée. Cet inconvénient, bien que largement théorique, incite également les juges à éviter au maximum les situations de conflit. Cela peut ainsi

<sup>734</sup> Voir *supra*, p. 277.

<sup>735</sup> Court of Justiciary, Scotland, *Mortensen v. Peters* (1906). Voir également Queen's Bench Division, *Al Adsani v. Gouvernement of Kuwait* (1995), [www.hmsc.gov.uk](http://www.hmsc.gov.uk)

<sup>736</sup> N. Lerner, "International Law and the State of Israel", in *Introduction to the Law of Israel*, Edited by A. Shapira and K.C. Dewitt-Ara, The Hague, Kluwer, 1995, p. 386.

conduire à estimer que la place de la coutume se situe plus en parallèle de la hiérarchie des normes qu'en son sein.

Le système américain confirme cette idée. Bien qu'ayant adopté (et adapté) la maxime anglaise intégrant le droit coutumier, les Etats-Unis ont une conception légèrement différente de son rang. En effet, le célèbre arrêt de la Cour suprême *The Paquete Habana*, de 1900, a posé les principes d'application du droit international non écrit, toujours respectés aujourd'hui. La décision affirme que "*International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice...For this purpose, where there is no treaty and no controlling executive or legislative act or judicial decision, resort must be had to the customs and usages of civilized nations*"<sup>737</sup>. La pratique est de plus en plus réticente envers la coutume et le Président américain peut y déroger.

Le droit international non écrit n'est donc, en général, applicable qu'en l'absence de toute norme interne utilisable. Cette condition d'applicabilité, qui semble très fréquemment respectée, implique que la coutume ne peut guère s'insérer dans la hiérarchie des normes internes. Cette hiérarchie n'a en effet d'utilité que pour résoudre les conflits de norme. Or, en matière coutumière, le conflit semble quasiment impossible, surtout dans le système américain. Cela est nettement confirmé par une disposition de la Constitution d'Afrique du Sud. Celle-ci peut ainsi, une fois encore, être considérée comme un modèle de clarté. En effet, l'article 232 dispose que "*Customary International Law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of the Parliament*". Les conséquences de cette clause, en termes de hiérarchie, sont les suivantes : d'une part, la coutume n'est pas considérée comme faisant partie de l'ordre juridique interne si elle contrevient à une norme constitutionnelle ou législative. Elle n'a donc pas de place au sein de la pyramide normative. D'autre part, cela révèle un paradoxe : afin d'évaluer la contradiction entre coutume et loi, il est nécessaire de les avoir préalablement confrontées. La situation de conflit existe donc, et est réglée en défaveur de la norme internationale. Deux interprétations de la valeur de la coutume peuvent alors être concomitamment justes. Soit on considère qu'elle est infra-légale, soit on considère qu'elle vient se placer en parallèle. Ainsi, comme le soulignait H. Ruiz Fabri au sujet de la Constitution italienne, ce type de clause est destiné à résoudre des questions d'applicabilité et non des questions de hiérarchie. On peut y voir une illustration supplémentaire du pragmatisme anglo-saxon.

En revanche, la position française face au droit coutumier est des plus confuses. Certaines décisions françaises ont également opté dans le sens d'une applicabilité conditionnée par l'absence de règle de droit interne. Cependant, d'autres ont fait face aux situations de conflits, mais sans accorder une valeur unique à la coutume.

---

<sup>737</sup> United States Supreme Court, *The Paquete Habana*, *The Lola*, 175 US 677, 8 janvier 1900.

## 2. Valeur aléatoire, entre infra-légale et constitutionnelle : le cas français

La France est en retrait par rapport aux règles constitutionnelles étrangères, car la coutume n'est pas directement inscrite dans la Constitution. En outre, les contradictions du monisme français, relevées pour l'application des traités, sont également présentes dans le domaine coutumier. Le problème posé par la place de la coutume est lié à l'existence de trois ordres de juridictions aux jurisprudences divergentes en la matière : Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'Etat sont encore aujourd'hui opposés.

Ainsi, le Conseil constitutionnel semble avoir reconnu depuis longtemps la valeur de la coutume. Alors qu'il nie l'appartenance des traités au bloc de constitutionnalité, son raisonnement est différent pour le droit international général, intégré par le biais du préambule de 1946. Sa jurisprudence constante en la matière reconnaît ainsi que la primauté du droit international sur la loi inclut le droit non conventionnel, qu'il s'agisse de la coutume ou des principes généraux du droit international<sup>738</sup>. Il n'est nullement question de nier l'importance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour l'application des normes internationales. Cependant, si le Conseil interprète la loi par rapport au droit international, cela ne signifie pas que celui-ci crée des droits et obligations pour les individus. L'absence de recours individuel au Conseil implique que les particuliers ne peuvent donc bénéficier directement de l'application de la coutume à un rang supra-légal. En revanche, ils peuvent bénéficier de la jurisprudence de la Cour de cassation, plus réceptive en la matière<sup>739</sup>.

La coutume est peu appliquée, mais sa primauté est reconnue par ces deux ordres juridictionnels. A l'inverse, la jurisprudence du Conseil d'Etat est extrêmement restrictive. Dans un premier temps, les juges administratifs ont, à la manière des juges anglo-saxons, évité les conflits entre coutume et normes internes. Ainsi, en 1989, on

<sup>738</sup> Notamment par la DC 93-321 du 20 juillet 1993 relative au projet de loi réformant le code de la nationalité, et surtout par la DC du 22 janvier 1999 relative au statut de la Cour pénale internationale. Voir A. Berramdane, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, op.cit., pp. 136-147. Pour une vue d'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir N. Lenoir, "Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international" in P.M. Dupuy (sous la dir. de), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2001, pp. 11-30. N. Lenoir semble considérer que l'ensemble du droit international, écrit comme non écrit, est utilisé comme norme de référence par le Conseil constitutionnel, depuis la décision de 1999 sur le statut de la CPI : "il n'aura échappé à personne que le Conseil Constitutionnel, dans son "considérant de principe", sur la création de la CPI, invoque le respect par la France des "principes généraux du droit public international", expression légèrement différente de celle de l'alinéa 14 du Préambule de 1946 qui se réfère au respect par la France des "règles de droit public international". S'il est logique de penser que la substitution des mots "principes généraux" aux mots "règles" n'est pas fortuite, il est tout aussi logique de considérer que le Conseil a voulu faire allusion au droit international, non seulement écrit, mais également non écrit. La notion de principe général du droit, utilisée par le Conseil, est de caractère générique englobant la diversité des actes juridiques du droit international : traités, coutumes et principes généraux du droit international" (p.24).

<sup>739</sup> Voir notamment Cour de Cassation 13 mars 2001, *Kadhafi*, conclusions J.Y. Launay, *Gazette du Palais*, 25 mai 2001, pp. 27-33. L'invocabilité de la coutume devant les juridictions nationales est développée *infra*, Titre II, Chapitre II, section II.

pouvait affirmer que “*la prise en considération de la coutume est limitée aux cas où il n'existe aucune règle écrite de droit interne*”<sup>740</sup>. Le premier arrêt du Conseil reconnaissant l'applicabilité du droit non écrit fut rendu en 1989, selon ce raisonnement. Le commissaire du gouvernement Massot, faisant remarquer aux juges que “*les tribunaux de l'ordre judiciaire se sont montrés depuis longtemps plus audacieux que vous*”, les invitait donc à examiner si la décision “*peut trouver un fondement dans les principes généraux du droit international applicables à la haute mer, formulation peut-être moins malsonnante à vos oreilles que celle qui se référerait à une coutume internationale*”<sup>741</sup>. Cependant, cette prise en compte par le juge ne pouvait s'effectuer qu'en raison de l'absence totale de tout texte de droit interne ou international applicable en France, la Convention de Montego Bay n'ayant pas été signée par la France à cette époque. Ainsi, en l'absence de tout conflit de normes, il était impossible de savoir quel rang hiérarchique occupaient ces normes internationales non écrites. En outre, la portée de l'arrêt est faible car, en l'espèce, le juge a simplement estimé que la décision attaquée était légale parce qu'aucun principe de droit international ne l'interdisait.

Par la suite, le Conseil d'Etat a plus clairement reconnu l'existence de la coutume internationale, mais “*sans la primauté*”<sup>742</sup>. Le requérant estimait que, malgré la rédaction de l'article 55 de la Constitution, on ne pouvait exclure la coutume du principe de primauté des normes internationales sur la loi. Les juges ont rejeté le moyen, affirmant que “*ni cet article ni aucune disposition de nature constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes*”<sup>743</sup>.

La juridiction administrative adopte ainsi un raisonnement *a contrario* déjà souligné à de nombreuses reprises et qui semble être le moyen le plus courant d'analyse des normes coutumières. Il s'agit pourtant d'une jurisprudence tout à fait contestable : en décalage avec les deux autres juridictions françaises, elle nie indirectement la portée de l'alinéa 14 du préambule, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel.

<sup>740</sup> H. Ruiz Fabri, *Sur quelques aspects de la coutume en droit international contemporain*, *op.cit.*, p. 594.

<sup>741</sup> Conclusions Massot sous CE, 23 octobre 1987, *Sté Nachfolger Navigation Company*, RFDA, 1987 p. 967. Pourquoi cette réticence envers la coutume ? J. Massot ne l'explique pas. La crainte de ne pouvoir identifier une volonté claire des Etats semble ainsi motiver ces décisions. Le commissaire du gouvernement, quant à lui, s'est attaché essentiellement à rechercher les positions doctrinales ainsi que les pratiques de gouvernements étrangers. Note sous CE 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation Company*, *op.cit.*, p. 728.

<sup>742</sup> D. Alland, “La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté”, RGDIP 1997-4, p. 1054. Texte de l'arrêt Aquarone reproduit à AJDA 1997, p. 630. Conclusions G. Bachelier sous CE 6 juin 1997, *Aquarone*, RFDA, 1997, p. 1068 s. Le juge administratif a adopté un raisonnement similaire dans l'arrêt Paulin du 28 juillet 2000 au sujet des principes généraux du droit international.

<sup>743</sup> Voir conclusions G. Bachelier sous CE 28 juillet 1997, *Paulin*, RFDA 2000-5, pp. 1068 s, texte de l'arrêt p. 1081.

Peut-on parler d'une impossible réception constitutionnelle de la coutume ? Peut-être pas. Toutefois, il est indéniable que les règles sont rares, tout comme la pratique. La présence du droit international général dans les ordres internes est aléatoire. Sa valeur hiérarchique est non seulement très variable d'un Etat à l'autre, mais souvent incertaine, voire paradoxale, au sein d'un même Etat. Partout, le pragmatisme règne, la confusion aussi. En résumé, on préfère l'éviter. Sa nature particulière, insaisissable, implique des difficultés d'application certaines.

Cependant, le droit international non écrit est bien présent dans les ordres étatiques. Son application par les juges prouve qu'elle peut atteindre, en tant que tel, les individus dans l'ordre interne. Une étude plus poussée de son invocabilité sera néanmoins nécessaire, car ce sont les choix des juges bien plus que les choix constitutionnels qui sont pertinents en ce domaine <sup>744</sup>.

---

<sup>744</sup> Voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II, II, p. 432.

## ***Section II. La rareté des choix constitutionnels pour les actes internationaux unilatéraux***<sup>745</sup>

Autant la coutume internationale tombe quelque peu en désuétude, à la fois dans l'ordre international et surtout dans l'ordre étatique, autant le droit unilatéral des organisations internationales prend de l'ampleur. On assiste depuis une quinzaine d'années à un regain d'activité du Conseil de sécurité, grand pourvoyeur de décisions obligatoires pour les Etats, ainsi qu'à un essor des décisions de la CIJ : ce sont là deux phénomènes d'accentuation de la pression internationale sur les ordres juridiques internes. Toutefois, rarement prévue dans les pratiques constitutionnelles, l'insertion et l'application de ce droit unilatéral sont plus que jamais marquées par le pragmatisme le plus total.

Cette rareté s'explique facilement : il s'agit d'un phénomène récent que la plupart des constitutions, plus anciennes, n'ont pas eu à prendre en considération. Même l'article 38 du Statut de la CIJ ne le considère pas comme une source de droit international. L'insertion des actes unilatéraux dans les ordres étatiques existe cependant, qu'il faille adopter des mesures internes d'exécution ou pas. Comme le souligne P.M. Dupuy, "*dans un cas comme dans l'autre, cependant, ce n'est pas le droit interne de l'Etat membre mais l'acte constitutif de l'organisation qui détermine les conditions dans lesquelles de tels actes peuvent produire leurs effets à l'égard des Etats membres*"<sup>746</sup>. L'affirmation n'est toutefois pas absolue, puisque certains Etats prévoient, par le biais de leur Constitution, ces conditions de validité.

Il existe ainsi plusieurs modes d'insertion des actes unilatéraux (I). Néanmoins, leur portée en droit interne est plutôt faible (II).

### **I. Modes d'insertion des actes internationaux unilatéraux**

Il a été constaté précédemment que l'insertion du droit international général était nettement moins organisée constitutionnellement que celle des traités. L'affirmation est encore plus valable pour les actes unilatéraux. Ceux-ci, plus encore que la coutume, sont extérieurs à la volonté individuelle des Etats, puisque, grâce à la fiction de la personnalité juridique, ils émanent de l'organisation internationale. Cette évidence met en lumière le fait qu'il ne possède donc pas, *a priori*, une influence suffisamment forte sur la répartition des compétences internes entre exécutif et législatif, pour que la Constitution doive aménager ces compétences. Toutefois, si les

<sup>745</sup> On ne retiendra que les actes des organisations internationales, et non les actes unilatéraux étatiques, puisque qu'il s'agit déjà d'actes internes. La problématique de leur insertion ne se pose donc pas dans l'ordre interne. Cela inclut donc les actes obligatoires (résolutions, décisions) des organisations internationales, ainsi que la jurisprudence internationale.

<sup>746</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, 2002, pp. 427-428.

textes sont rares (A), la pratique tente de pallier à ces lacunes. Elle est cependant peu homogène (B).

### ***A. Rareté des dispositions constitutionnelles***

Dès qu'il est question de l'insertion des actes unilatéraux, on a coutume de souligner qu'il s'agit d'un phénomène non seulement récent, mais rare, et que la spécificité du droit dérivé communautaire ajoute à la difficulté de théoriser la question. Quelques dispositions constitutionnelles peuvent néanmoins être citées, qui évoquent les actes des organisations internationales à vocation universelle (1). Cependant, pour la plupart, ces dispositions sont propres au droit dérivé des intégrations régionales (2).

#### 1. Les actes des organisations internationales universelles

En Europe, on souligne fréquemment le caractère unique de la Constitution des Pays-Bas, non seulement en ce qu'elle envisage l'applicabilité directe des traités, mais aussi des actes unilatéraux. Elle est en effet la seule à contenir un article disposant que *“Provisions of treaties and of resolutions by international institutions, which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published”* (article 93). Ainsi, le régime des actes des organisations internationales est assimilé à celui des traités internationaux.

D'autres textes, européens et non européens, contiennent eux aussi des dispositions relatives aux actes de ces organisations. Toutefois, un élément important les distingue du cas précédent. Il vient confirmer l'affirmation de P.M. Dupuy selon laquelle les organisations prévoient elles-mêmes les conditions d'application de leurs actes. En effet, la disposition constitutionnelle aménage l'insertion des actes internationaux en effectuant un renvoi à l'acte constitutif de l'organisation qui les édicte. Ainsi, l'article 8.3 de la Constitution portugaise déclare que *“les normes émanant des organes compétents des organisations internationales auxquelles le Portugal participe entrent directement dans l'ordre interne, dès lors que ceci figure dans leur traité constitutif”*. Le Portugal n'est pas un cas isolé. Ainsi, la Constitution polonaise (déjà prise en exemple pour son monisme moderne) va encore plus loin, en affirmant non seulement l'insertion directe de ces actes, mais également leur primauté hiérarchique. L'article 91.3 dispose en effet que *“si cela résulte du traité ratifié par la République de Pologne instituant une organisation internationale, le droit qu'il crée est directement applicable et a une autorité supérieure en cas d'incompatibilité avec les lois”*<sup>747</sup>. Ces dispositions ne sont pas propres aux Etats européens. Ainsi, la Constitution du Cap-Vert, très réceptive au droit international, comme on a déjà pu le constater, possède un article similaire : *“les actes juridiques émanant des organes compétents des organisations supranationales auxquelles appartient le Cap-Vert entrent en*

<sup>747</sup> La Constitution albanaise contient un article 126.3 au contenu identique.

*vigueur d'office dans l'ordre juridique interne à condition que leurs actes constitutifs prévoient une disposition à cet effet*" (Article 11.3).

De ces exemples, deux réflexions s'ensuivent. D'une part, les actes internationaux ne sont pas inexistant dans les ordres juridiques internes : ils peuvent y pénétrer de façon directe, aussi bien que le droit conventionnel. Aucune obligation de prendre des mesures nationales d'exécution n'est imposée. On peut alors remarquer que ces dispositions sont toutes, fort logiquement, issues d'un régime constitutionnel à tendance moniste. Aucun texte dualiste n'envisage la situation interne des actes unilatéraux. Même la très moderne Constitution d'Afrique du Sud ignore cette source de droit international. D'autre part, de par le renvoi effectué, les dispositions citées impliquent la nécessité d'une lecture des actes constitutifs des organisations auxquelles appartient chaque Etat.

Peu de traités instituant une organisation internationale à vocation universelle contiennent de telles dispositions, en des termes précis. Dans la plupart des traités, on pose une obligation générale de collaboration des Membres avec l'organisation, sans plus de détails. Certains imposent une obligation étatique de mise en conformité avec les normes régissant l'organisation, mais en général, seules les normes conventionnelles sont visées<sup>748</sup>. La question du respect des actes unilatéraux obligatoires de l'organisation est en revanche évoquée par la Charte des Nations Unies. Toutefois, si l'article 25 de la Charte impose une obligation d'exécution des décisions du Conseil de sécurité, il s'agit d'une obligation de résultat dont les moyens sont laissés à la libre appréciation des Etats<sup>749</sup>. On doit donc revenir aux règles constitutionnelles internes. Le traité instituant l'Organisation Internationale du Travail (OIT) fait partie des rares exemples plus directifs, non seulement sur l'application interne des conventions édictées, mais également sur les "recommandations" émises, dotées de force obligatoire. Son article 19.6.b énonce que "*chacun des membres s'engage à soumettre...la recommandation à l'autorité ou aux autorités dans la compétence desquelles rentre la matière, en vue de la transformer en loi ou de prendre des mesures d'un autre ordre*"<sup>750</sup>. *A priori*, il n'est donc nullement question d'effet direct, mais au contraire d'une transformation de ces actes en normes internes. Enfin, on peut citer le traité fondateur de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) qui, s'il prévoit une obligation d'application, ne précise pas, lui non

<sup>748</sup> C'est ainsi le cas, notamment, de l'article 16.4 de l'accord instituant l'OMC, qui dispose que "*chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords...*".

<sup>749</sup> L'article 25 dispose que "les membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte" : voir E. Suy, "Article 25", in J.P. Cot, A. Pellet, *La charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1991, p. 475s. Son commentaire porte sur le pouvoir décisif du Conseil de sécurité et non sur l'obligation de respect des Etats.

<sup>750</sup> La disposition suivante (article 19.7) comporte des obligations détaillées quant à l'application de ces recommandations dans les systèmes particuliers que sont les Etats fédéraux.

plus, la méthode à suivre : *“les règlements adoptés en exécution de l'article 21 entreront en vigueur pour tous les Etats membres...”*<sup>751</sup>. Cela signifie-t-il que les règlements acquièrent une validité automatique et immédiate dans les ordres juridiques internes ? La règle ne le précise pas, mais semble l'impliquer, *a contrario*. Cependant, il est impossible de déduire de ces quelques dispositions une obligation, ni même une présomption, d'application directe des actes unilatéraux. Les directives émises par quelques traités doivent être largement complétées par les choix constitutionnels nationaux.

Outre les clauses expresses précitées, un second type de clause constitutionnelle peut permettre de découvrir les principes relatifs à l'intégration des actes unilatéraux. Il s'agit des clauses relatives aux transferts de compétences souveraines aux institutions internationales<sup>752</sup>. Phénomène récent dans les constitutions, ces clauses se multiplient, modifiant la physionomie des textes. On peut ainsi citer l'exemple de l'article 93 de la Constitution espagnole, qui affirme que *“une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il incombe aux Cortes generales ou au Gouvernement, selon les cas, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux qui bénéficient de la cession de compétences”*. Toutefois, pour ces dernières résolutions, la formule est différente, à la fois par rapport aux traités et par rapport aux dispositions précitées sur les actes unilatéraux. Ici, l'Espagne "garantit" leur exécution, mais ne précise pas si elle entend le faire par une insertion directe ou par l'adoption de mesures internes.

La plupart des clauses de transfert de compétences ne citent pas le droit dérivé des institutions visées. Elles sont, en majorité, formulées à la façon de l'article 24.1 de la Loi fondamentale allemande, qui prévoit que *“la Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales”*. Le rattachement du régime interne des actes unilatéraux à la règle constitutionnelle est donc très implicite. C'est ainsi que, d'un article équivalent dans la Constitution du Luxembourg, d'aucuns ont déduit qu'il *“admet l'hypothèse de décisions directement opérantes émanant d'organisations internationales”*<sup>753</sup>. La disposition en question ne laisse pourtant rien percevoir de tel. En outre, un transfert de compétences à une institution supra-étatique signifie, en général, que l'on se trouve dans le cadre d'une organisation d'intégration, et non plus uniquement de coordination. Il faut alors clairement distinguer selon que les actes

<sup>751</sup> Article 22. Cette validité interne est imposée, exception faite pour les Etats qui déclarent les refuser ou émettent des réserves. Article 21 : *“l'Assemblée de la Santé a autorité pour adopter les règlements...”*.

<sup>752</sup> Clauses déjà évoquées, dans les phénomènes révélant la pression du droit international sur les constitutions internes : voir *supra*, p. 280.

<sup>753</sup> R. Biever, N. Edon, L. Weitzel, "Luxembourg", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 423. Article 49 bis de la Constitution du Luxembourg : *“L'exercice d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international”*.

unilatéraux émanent d'une organisation d'intégration régionale ou d'une organisation à vocation universelle. Les premiers se verront effectivement plus facilement reconnaître une vocation d'effet direct.

Enfin, pour pallier le silence des constitutions, la doctrine tente, toujours par des interprétations extensives, de relier indirectement le statut des actes unilatéraux aux dispositions relatives au droit international général ou aux traités. C'est ainsi que F. Poirat tente de procéder pour le système français, estimant que *“le silence de la Constitution amène à envisager comme fondements possibles au moins implicites, les seules dispositions relatives au droit international figurant dans la Constitution, c'est-à-dire le couple formé par l'article 55 et les alinéas 14 et 15 du préambule de 1946”*. Sa conclusion est clairement négative : *“Cependant, chacun des termes de l'alternative semblent conduire à une impasse, réservant ainsi à l'acte unilatéral décisoire un sort assez peu envié dans la panoplie et la hiérarchie des normes internationales”*<sup>754</sup>.

*In fine*, hormis les quelques clauses explicites, les décisions internationales ne se voient pas reconnaître constitutionnellement de statut précis. Toutefois, si l'on peut dégager un principe gouvernant leur insertion, c'est celui de leur rattachement au régime juridique des traités dont ils découlent. Ils sont en effet, du droit "dérivé" d'un traité originaire : celui créant l'institution internationale. Cela ressort beaucoup plus explicitement des textes constitutionnels, dès lors qu'il s'agit d'un véritable droit d'intégration régionale.

## 2. Particularité du droit dérivé d'intégration régionale

L'exemple du droit communautaire, s'il n'est pas unique, est le plus emblématique du statut spécifique des actes décisores des institutions d'intégration<sup>755</sup>. C'est dans ce domaine que l'affirmation, selon laquelle l'institution elle-même prévoit les règles d'application interne de ses actes, prend toute sa portée. C'est une banalité que de rappeler que l'article 189 du traité de Rome instituant la CEE a ainsi prévu les conditions d'applicabilité directe des règlements et non des directives<sup>756</sup>.

Le droit communautaire dérivé est donc soumis à un régime identique, quel que soit le système étatique considéré, moniste ou dualiste. On a vu les difficultés de

<sup>754</sup> F. Poirat, “Les résolutions du Conseil de sécurité devant le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation : variations sur un même thème”, *Chronique de jurisprudence française en matière de droit international public*, *RGDIP* 2000, p. 547.

<sup>755</sup> Ainsi, en 1972, D. Ruzié consacrait la moitié d'un article intitulé “Le juge français et les actes des organisations internationales” à cette spécificité du droit communautaire. In *l'application du droit international par le juge français*, Journée d'études SFDI 1970, Paris, Armand Colin, 1972, pp. 103-126.

<sup>756</sup> Article 249 du Traité de Maastricht (ancien article 189) : “...Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable dans tous les Etats membres. La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre...”. La nouvelle Constitution européenne réforme entièrement les catégories d'actes unilatéraux. Toutefois, la distinction demeurera, entre les actes directement applicables et ceux nécessitant des mesures nationales d'exécution.

résolution des problèmes posés par le droit originaire aux Etats dualistes tels que le Royaume-Uni et l'Italie. Ils se sont présentés en termes identiques pour le droit dérivé. On peut néanmoins rappeler la règle d'intégration directe et permanente effectuée par la *European Communities Act* britannique de 1972, et son équivalent danois la même année. Considérés comme équivalents à des principes constitutionnels, ils ont assimilé le régime juridique des traités communautaires et celui du droit dérivé d'application directe.

Ainsi, l'immense majorité des dispositions constitutionnelles (européennes) existant en matière d'actes unilatéraux internationaux est relative à la construction communautaire. L'affirmation est valable, que la clause constitutionnelle vise explicitement l'Union européenne ou soit formulée en des termes plus généraux. La spécificité de l'insertion du droit communautaire dérivé s'exprime ainsi de trois façons <sup>757</sup> : par les lois générales adoptées par Royaume-Uni et Danemark, par une disposition constitutionnelle spécifiquement destinée à l'Union européenne <sup>758</sup>, ou par la clause de transfert de compétences. Toutefois, cette dernière, à l'inverse des deux autres, reste de nature très générale, comme on l'a déjà souligné. Elle ne définit aucunement la méthode d'insertion du droit dérivé communautaire, ni sa valeur hiérarchique, qui reposent alors avant tout sur le traité originaire. Toutefois, le rattachement du droit dérivé au traité originaire est encore plus fermement appuyé sur ces clauses. Ainsi, la jurisprudence française a clairement utilisé toutes les clauses constitutionnelles relatives au droit international pour reconnaître la validité du droit dérivé communautaire. En 1992, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'alinéa 14 du préambule pour affirmer la compétence de la France pour créer et développer une organisation "*investie de pouvoirs de décisions par l'effet du transfert de compétences*" <sup>759</sup>. De plus,

---

<sup>757</sup> Voir E. Roucouas, "L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, notamment p. 41.

<sup>758</sup> Par exemple, l'article 29.3.7 de la Constitution d'Irlande : "No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State which are necessitated by the obligations of membership of the European Union or of the Communities, or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the European Union or by the Communities or by institutions thereof, or by bodies competent under the Treaties establishing the Communities, from having the force of law in the State". C'est nous qui soulignons.

<sup>759</sup> DC 92-308 relative au traité de Maastricht, *Recueil* p. 59. La décision du Conseil ne visait pas expressément le droit communautaire et son principe aurait pu être étendu à l'ensemble des organisations internationales. Toutefois, suite à cette décision, la Constitution a été révisée, pour comporter une disposition expresse (Titre XIV) en matière de transferts de compétence, visant l'Union Européenne uniquement.

le Conseil d'Etat a reconnu l'applicabilité de l'article 55 de la Constitution au droit communautaire dérivé <sup>760</sup>.

Une nouvelle originalité du droit communautaire dérivé apparaît depuis peu. Il s'agit de la réception des résolutions du Conseil de sécurité par le biais des règlements communautaires. En effet, bon nombre de ces décisions entre dans le champ des compétences transférées à l'Union européenne. Les Etats, en fin de compte, ne reçoivent les actes internationaux qu'indirectement, par le biais des règlements. On assiste ainsi à un déplacement de la question de l'effet des actes unilatéraux internationaux à un niveau différent, des ordres internes vers l'ordre communautaire. Du point de vue étatique, il s'agit alors d'un "réacheminement normatif" non dénué de conséquences sur la question de l'effet direct des normes internationales <sup>761</sup>. Comment les juges internes interprètent-ils ce double degré de normativité ? <sup>762</sup>. En effet, il semble que les règlements communautaires, s'ils incorporent les résolutions du Conseil de sécurité au droit communautaire, n'aient pas de réel contenu normatif. Il ne s'agit, comme pour l'ordre d'exécution italien, que d'une copie conforme de la norme internationale. Celle-ci est bien insérée dans le droit communautaire, mais non transformée. Or, le règlement communautaire étant d'applicabilité directe, "dans ces hypothèses, l'on ne voit pas pourquoi les décisions du Conseil de sécurité ne satisferaient pas aux critères matériels de l'applicabilité directe, dès lors que les règlements communautaires d'application, rédigés en termes similaires, y répondent pas nature" <sup>763</sup>.

Enfin, on peut souligner que ce phénomène de spécificité du droit d'intégration ne concerne pas que les pays européens. Ainsi, la Constitution du Venezuela se montre moderne sur la question, affirmant que "*provisions adopted within the framework of integration agreements shall be regarded as an integral part of the legal order in force, and shall be applicable*

---

<sup>760</sup> Voir les conclusions du commissaire de gouvernement M. Laroque dans les affaires *Rothmans, Philip Morris et Arizona Tobacco*, AJDA 1992, p. 213 : elle affirme que les engagements de la France sur le fondement de l'article 55 concernent le traité de Rome, "ainsi que les mesures prises pour leur exécution qui en sont soit indissociables soit nécessairement dérivées, et donc de la même nature puisqu'elles relèvent du droit international". De cette dernière généralisation au droit international, certains ont déduit, de façon peut-être trop extensive, que "dans la mesure où la jurisprudence relative au droit dérivé communautaire ne semble pas fondée sur une quelconque spécificité de cet ordre juridique, on peut raisonnablement penser que l'article 55 inclut dans son champ d'application l'ensemble des décisions adoptées par les organisations internationales, notamment celles émanant du Conseil de sécurité de l'ONU" : M.P. Lanfranchi, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité", AFDI, 1997, p. 43. Toutefois, on peut souligner que, si la jurisprudence ne distingue pas entre droit communautaire et droit international, cela ne signifie pas que la pratique d'insertion choisie par les autorités exécutives et législatives suivra les mêmes principes.

<sup>761</sup> E. Roucouas, "L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, op.cit., pp. 44-45. L'auteur constate que "...l'exemple le plus pertinent de cette transformation du droit dérivé au niveau international est donné par la mise en œuvre des sanctions récemment décidées par les Nations Unies contre l'Irak, la République Fédérale de Yougoslavie et la Libye" : 14 décisions et 16 règlements européens ont ainsi appliqué les résolutions du Conseil de sécurité entre novembre 1991 et avril 1993.

<sup>762</sup> Voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

<sup>763</sup> M.P. Lanfranchi, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité", op.cit., p. 50.

*directly and with priority over internal legislation*"<sup>764</sup>. Cette disposition n'est en revanche pas retrouvée dans les constitutions des Etats voisins.

Cette particularité est souvent perçue comme un "handicap" pour une systématisation du statut interne des actes internationaux unilatéraux. Quoiqu'il en soit, la pratique se passe de principes constitutionnellement définis. De façon pragmatique, l'insertion des actes unilatéraux s'effectue de façon peu homogène, au cas par cas.

### ***B. Absence d'homogénéité des pratiques d'insertion***

D'un point de vue théorique, on rattache le statut des actes unilatéraux, en tant que droit dérivé, à celui des traités. Ainsi, étant donné la fréquente communauté de régime entre droit conventionnel et actes unilatéraux, la distinction entre monisme et dualisme devrait retrouver l'intérêt qu'elle avait perdu en matière de droit coutumier. Cependant, la pratique montre que ce n'est pas réellement le cas : les procédures d'insertion sont nettement moins formalisées. Trois questions doivent notamment être résolues : la pratique utilise-t-elle la méthode de la législation d'exécution ? Si réception il y a, par quel acte interne est-elle effectuée ? Quel est le régime de la publication de ces actes ? Il semble que les Etats dualistes conservent la pratique conventionnelle des mesures nationales de réception et d'exécution. Toutefois, les Etats monistes recourent beaucoup moins à une insertion directe que pour les traités, et adoptent souvent une attitude qui rejoint les principes dualistes.

Dans les Etats dualistes, la pratique est effectivement la même qu'en matière de traités, à une nuance près : en l'absence de dispositions constitutionnelles, aucune règle (ni internationale, ni interne) n'oblige à incorporer ces actes au droit interne. La présomption de leur non appartenance au droit interne est donc encore plus forte qu'en matière conventionnelle. En revanche, certains Etats recourent davantage aux techniques de réception "en bloc" : compte tenu du nombre croissant d'actes émanant d'une même organisation, il est plus facile d'adopter une seule mesure interne qui réceptionne plusieurs actes. Ainsi, en Allemagne, une seule loi a donné approbation aux règlements de l'OMS, respectant en cela l'esprit du traité constitutif de l'organisation<sup>765</sup>. Dès lors, les règlements à venir bénéficient quasiment d'une applicabilité immédiate, à l'instar du droit communautaire. En revanche, dans les systèmes dualistes anglo-saxons que sont le Royaume-Uni et l'Irlande, le principe reste figé : la loi doit transposer la norme internationale. Ainsi, les juges irlandais déclarent, fidèles au principe, que les résolutions du Conseil de sécurité "*do not form part of Irish*

<sup>764</sup> Article 153 de la Constitution de 1999. Le Venezuela appartient notamment à la Communauté des Nations andines avec la Bolivie, l'Equateur, la Colombie et le Pérou.

<sup>765</sup> Voir J. A. Frowein, "Allemagne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 90.

*domestic law*"<sup>766</sup>. L'Italie, quant à elle, utilise davantage le moyen de l'adaptation que de l'ordre d'exécution, avec les inconvénients que cela comporte. Sa pratique, qui modifie parfois le sens de la norme internationale, fait ainsi toujours l'objet de critiques<sup>767</sup>.

En résumé, pour les Etats dualistes, la situation de l'insertion des actes internationaux, surtout pour les résolutions du Conseil de sécurité, "*ressemble à l'introduction dans l'ordre interne des conventions internationales en matière pénale, qui invitent les Etats à légiférer pour rendre les individus pénalement responsables...*"<sup>768</sup>.

Dans les Etats monistes, la pratique est encore moins homogène. En effet, compte tenu de l'absence de règles répartissant les compétences des pouvoirs exécutif et législatif en la matière, l'insertion ne suit guère de logique, hormis celle de la volonté du pouvoir exécutif. Il ne peut y avoir de contrôle législatif équivalent à l'autorisation parlementaire sur les traités. Les procédures de conclusion, d'approbation, d'insertion et d'exécution sont entre les mains de l'exécutif. Le débat récurrent autour de l'absence de légitimité démocratique des normes internationales se présente avec acuité, compte tenu de l'influence de certaines décisions du Conseil de sécurité sur la politique interne. Les actes unilatéraux relatifs aux embargos, mesures de rétorsion, ou même aux règles de vote dans les organisations internationales, possèdent parfois une importance plus grande que certains traités de nature technique. Or, comme le souligne H. Tourard, "*leur contrôle n'est possible que par la voie de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement ou, si elle n'existe pas, par la voie du contrôle budgétaire par le Parlement*"<sup>769</sup>.

Ainsi, dans la plupart des Etats monistes, les actes internationaux décisifs appartiennent à l'ordre juridique, sans qu'il soit besoin de mesures d'exécution. Tel est en tout cas le principe qui découle de la nature de ce droit dérivé d'un traité. Cependant, la pratique est quelque peu différente. Si de nombreux traités font l'objet de mesures d'exécution, il en va de même pour les actes unilatéraux. Par exemple, pour la pratique en Belgique, J. Verhoeven explique que "*de la même manière que pour les traités, il appartient à chacun des pouvoirs intéressés de prendre le cas échéant les mesures d'exécution requises pour donner effet aux actes des organisations internationales, lorsque ceux-ci ne sont pas d'effet direct*"<sup>770</sup>. On estime ainsi, dans de nombreux pays, que tel est le cas pour les sanctions

<sup>766</sup> C.R. Symmons, "Irlande", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 343.

<sup>767</sup> Une loi du 14 février 1992 adaptant la résolution du Conseil de sécurité instituant le TPIY prévoit ainsi "*un contrôle par les autorités italiennes de la compétence personnelle et territoriale du tribunal, contrôle qui ne semble pas compatible avec la résolution*" : T. Treves et M.F. di Rattalma "Italie", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 393.

<sup>768</sup> E. Roucouas, "L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne", *op.cit.*, p. 43.

<sup>769</sup> H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, *op.cit.*, pp. 196-197.

<sup>770</sup> J. Verhoeven, "Belgique", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 141. Dans cet Etat, le principe de l'insertion automatique des actes unilatéraux repose, comme dans les autres pays européens, sur la clause de transfert de souveraineté (article 34 de la Constitution).

décidées par le Conseil de sécurité. L'insertion directe est alors peu fréquente. En France, notamment, il est courant de prendre un acte interne de transposition. Le pouvoir exécutif choisit, la plupart du temps, de procéder par décret<sup>771</sup>. Une simple décision administrative peut également remplir la même fonction. En Grèce, la pratique est identique, pour l'application des mêmes résolutions<sup>772</sup>. En 1996, l'on pouvait affirmer, au sujet de la pratique grecque, qu'il n'y avait jamais eu d'acte inséré par approbation parlementaire. Selon E. Roucouas, "*l'explication se trouve dans le fait qu'il suffit que le droit dérivé soit inséré par décret présidentiel ou par décision ministérielle, étant donné que le traité constitutif est inséré par une loi*"<sup>773</sup>. L'affirmation ne peut être étendue au système français, qui connaît une exception notable. En effet, des résolutions du Conseil de sécurité ont été mises en œuvre par des lois : il s'agit des résolutions 827 et 955 instaurant les tribunaux pénaux internationaux<sup>774</sup>. De nature très particulière, ces résolutions impliquaient l'adoption de mesures entrant dans le domaine de compétence de la loi. Il s'agit alors d'une adaptation du droit interne aux obligations internationales, plus que d'une véritable réception de l'acte international, comme on l'a vu à propos des traités en Italie<sup>775</sup>. Cependant, la pratique de leur insertion n'a pas été uniforme : "*Certains Etats ont déclaré que leur ordre juridique n'avait pas besoin d'ajustements pour permettre l'exécution des obligations posées par le statut du tribunal (Corée, Singapour, Venezuela, Russie)*"<sup>776</sup>.

Lorsque l'acte international ne fait l'objet d'aucune mesure d'insertion ou d'application, quel statut possède-t-il dans les ordres juridiques internes monistes ? Aucune règle ne l'explique. L'acte semble ne pas exister dans l'ordre interne. Le seul élément permettant de matérialiser son existence est alors l'hypothèse d'une publication. Or, là encore, les principes sont fixés pour les traités (même s'ils ne sont pas toujours strictement respectés), mais pas pour les actes unilatéraux. Seuls les Pays-Bas, conformément à leur principe constitutionnel, imposent leur publication. En

<sup>771</sup> Pour une liste de décrets d'application de résolutions, voir G. Guillaume, "L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des Etats des résolutions du Conseil de Sécurité prises en vertu du Chapitre VII de la Charte", *RIDC*, 1998-2, p. 547-548. L'auteur confirme le monopole du pouvoir exécutif sur l'ensemble des mesures de sanctions, depuis celles adoptées contre la Rhodésie du Sud dans les années 1960, jusqu'à plus récemment envers l'Irak, la Libye, Haïti, etc. "*Dans tous ces cas, le gouvernement avait pu agir sans avoir à saisir le Parlement, soit en recourant à un règlement communautaire (ou à une décision de la CEEA), soit en usant des pouvoirs généraux dont il dispose en matière de commerce extérieur ou de relations financières avec l'étranger*" (p. 548).

<sup>772</sup> E. Roucouas, "Grèce", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 306.

<sup>773</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>774</sup> Loi No. 95.1 du 02 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du 25 mai 1993 instituant le TPIY. Résolution 955 du 8 novembre 1994 instituant le TPIR.

<sup>775</sup> Voir *supra*, p. 264.

<sup>776</sup> G. Cataldi, "L'application des décisions du Conseil de sécurité en droit interne", in R. Ben Achour et S. Laghmani (ss la dir. de), *Droit international et droits internes, développements récents*, *op.cit.*, p. 217.

Belgique, la publication ne s'impose que si l'acte est considéré comme étant d'effet direct<sup>777</sup>. En Espagne, il semble confusément que les actes ne soient pas publiés, mais que la doctrine les considère néanmoins comme appartenant à l'ordre juridique interne<sup>778</sup>. En revanche, les actes émanant de l'ONU sont publiés au journal officiel grec, en anglais suivi d'une traduction nationale<sup>779</sup>. Ainsi, "*d'une manière générale, la publication interne des actes normatifs des organisations internationales est sporadique*"<sup>780</sup>. Cela est encore confirmé par la pratique française. La publication des normes internationales, régie par les décrets du 14 mars 1953 et du 11 avril 1986, ne concerne que partiellement les actes unilatéraux. Leur publication interne n'est pas obligatoire si l'organisation qui les édicte possède un bulletin officiel de publication, comme tel est le cas pour le Journal Officiel des Communautés Européennes<sup>781</sup>. Or, tel n'est pas le cas dans le système onusien : les publications du Secrétariat général ne sont pas considérées par la jurisprudence comme étant accessibles au public, mais uniquement destinées à un public restreint de professionnels. Logiquement, les résolutions du Conseil de sécurité, pour être applicables en France, devraient donc y être publiées. La pratique française ne respecte pas toujours cette obligation. Pourtant, cela n'a pas empêché l'applicabilité (et l'invocabilité) de certaines résolutions, les juges n'ayant pas tenu compte de l'absence de publication de l'acte international<sup>782</sup>. Certains auteurs désapprouvent, considérant la jurisprudence "*quelque peu erratique et contestable. S'agissant des résolutions du Conseil de sécurité, il semblerait peu conforme aux exigences minimales de l'Etat de droit de les considérer d'effet direct, en l'état actuel des mesures de publicité dont elles font l'objet*"<sup>783</sup>. D'autres, au contraire, retiennent que l'attitude du juge est, en fin de compte, favorable aux citoyens lésés par une résolution. En outre, elle contribue à une meilleure effectivité des normes internationales. Ainsi, "*ne pourrait-on pas alors considérer que les résolutions du Conseil de sécurité ont aujourd'hui une telle notoriété au sein de la société qu'elles*

<sup>777</sup> J. Verhoeven, "Belgique", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 141. La question se pose alors de savoir qui possède la compétence d'identifier un acte international d'effet direct.

<sup>778</sup> "Espagne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 231. En l'absence de jurisprudence en la matière, l'on ne peut qu'émettre des hypothèses.

<sup>779</sup> E. Roucouas, "Grèce", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 306.

<sup>780</sup> E. Roucouas, "L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne", *op.cit.*, p. 46.

<sup>781</sup> Le décret de 1953 impose la publication des "conventions, accords, protocoles et règlements internationaux dont la France est signataire ou par lesquels la France se trouve engagée" (article 1). Cependant, l'article 3 précise que "les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux règlements émanant d'une organisation internationale lorsque ces règlements sont intégralement publiés dans le Bulletin officiel de cette organisation, **offert au public**, et lorsque cette publication suffit, en vertu des dispositions expresses d'une convention engageant la France, à rendre ces règlements **opposables** aux particuliers". C'est nous qui soulignons.

<sup>782</sup> Voir par exemple C.Cass, soc., 4 juin 1996, *JAT c. Dupond*. Texte de l'arrêt disponible in *RDGIP* 1998-2, pp. 495-496.

<sup>783</sup> M.P. Lanfranchi, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité", *op.cit.*, p. 56.

*échappent aux exigences classiques de publication... ?*<sup>784</sup>. Toutefois, cette notoriété ne bénéficie qu'à certains actes internationaux. Or, l'attitude du juge ne peut dépendre d'une telle considération : la sécurité juridique ne peut être atteinte que par le respect de règles établies pour l'ensemble de cette catégorie de normes.

Le rôle dévolu au juge en matière d'appréciation de la place interne des actes internationaux unilatéraux est déterminant, bien plus que pour les traités. Or, les divergences dans les points de vue jurisprudentiels, les incohérences parfois, démontrent à quel point la tâche est difficile. Dans la grande majorité des Etats européens, qu'ils soient monistes ou dualistes, le juge évitera ainsi, autant que possible, d'avoir recours à ces actes. Par conséquent, au silence des textes constitutionnels s'ajoute le silence des juges. Tout cela concourt à reconnaître que, pour l'instant, ces normes internationales n'ont que peu de portée dans les ordres internes.

## II. Faible portée des actes unilatéraux dans l'ordre interne

Souvent, le rang des actes unilatéraux dans la pyramide normative interne est, théoriquement, identique à celui du traité dont ils dérivent. Cependant, cette primauté n'est guère effective. Dès lors, la place de ces normes internationales est peu importante (A). Par conséquent, elles n'ont qu'un effet relativement faible sur les individus (B).

### A. Place des actes unilatéraux dans la hiérarchie des normes

Les règles régissant la place hiérarchique des actes unilatéraux dans les ordres juridiques internes sont soumises au même principe que pour leur insertion : dans le silence constitutionnel et la rareté des décisions jurisprudentielles, c'est par un rattachement implicite au régime conventionnel que leur rang est délimité.

La seule exception parfois prévue par les textes constitutionnels bénéficie, là aussi, au droit dérivé d'intégration régionale. Certaines constitutions reconnaissent sa primauté sur les lois internes, sous la seule condition que cela soit impliqué ou expressément déclaré par l'acte constitutif de l'organisation. En Europe, seule la Constitution polonaise comporte une disposition déclarant la primauté de ce droit (article 91.3 précité). Hors de l'Europe, la Constitution du Venezuela fait de même. Les autres sont silencieuses : la Constitution des Pays-Bas, exemple emblématique de la prise en compte de l'applicabilité directe des actes unilatéraux, ne précise pas leur place au sein de la hiérarchie. Celle du Cap-Vert, citée à plusieurs reprises comme un exemple de l'intégration de toutes les sources de droit international, précise la valeur des traités et du droit international général, mais pas celle des actes unilatéraux : *a contrario*, ils ne paraissent donc pas bénéficier de la primauté, et la tâche est reléguée aux

<sup>784</sup> Commentaire de M. Sastre sous C.Cass, soc., 4 juin 1996, *JAT c. Dupond*, RGDIP 1998-2, p. 504.

juges. Seul le droit dérivé communautaire possède donc, dans l'ensemble des pays européens, la supériorité qui lui est conférée par le traité de Rome.

Cependant, certains Etats semblent appliquer cette primauté aux actes unilatéraux, sans distinction entre droit communautaire et droit international. La Belgique et le Luxembourg se placent dans cette optique, sous condition. Ainsi, pour l'Etat belge, l'acte unilatéral est supérieur à la loi, dans la mesure où il est directement applicable<sup>785</sup>. Au Luxembourg, *“les actes des organisations internationales, dans la mesure où ils participent du caractère des traités dont ils sont issus, jouissent de la même primauté par rapport au droit national”*. Dès lors, *“le juge interne, à condition qu'il reconnaisse à ces actes le caractère d'applicabilité directe, les applique, le cas échéant, de préférence à la règle nationale contraire”*<sup>786</sup>. La primauté de ces actes semble également être reconnue en Grèce, si le traité constitutif de l'organisation internationale appartient à l'ordre juridique grec, et si l'acte a été publié. Toutefois, le gouvernement pratique la réception de ces actes par décrets présidentiels et décisions ministérielles. Cela révèle une tendance dualiste, obstacle à la reconnaissance de leur l'applicabilité directe. Dès lors, les juges grecs utilisent la norme interne de préférence à la norme internationale<sup>787</sup>. Le système français est comparable au système grec. Il semble d'ailleurs impropre d'utiliser le terme "système", tant le statut des actes unilatéraux est hétérogène. Aucune cohérence entre les solutions des diverses juridictions ne peut être relevée. La doctrine elle-même est loin d'être unanime. Ainsi, on peut relever des affirmations selon lesquelles *“les résolutions du Conseil de sécurité bénéficient donc, en droit français, de la supériorité que l'article 55 de la Constitution confère aux règles internationales par rapport à la loi. Ceci est notamment le cas en matière de sanctions internationales”*<sup>788</sup>. Toutefois, au même moment, d'autres remarquent que *“s'agissant de la question spécifique des décisions du Conseil de sécurité, la jurisprudence est-elle inexistante?”*<sup>789</sup>. Faut-il retenir, alors, une affirmation de principe, ou l'attitude très réservée des juges ?

La jurisprudence française relative aux actes unilatéraux a nettement évolué, notamment depuis la fin des années 1990. Un malaise véritable, sinon une maladresse,

<sup>785</sup> J. Verhoeven, "Belgique", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 141.

<sup>786</sup> R. Biever, N. Edon, L. Weitzel, "Luxembourg", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 424.

<sup>787</sup> E. Roucouas, "Grèce", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 307.

<sup>788</sup> "France", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 272. Cette affirmation est également relayée par d'autres auteurs, dont C. Deffigier, "L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire", *RCDIP*, 2001-1, p. 80 : *“il ne fait pas de doutes que ces actes, normes internationales obligatoires dotées de l'effet direct, bénéficient de la supériorité des règles internationales classiques sur les lois affirmée par l'article 55 de la Constitution”*.

<sup>789</sup> M.P. Lanfranchi, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité", *op.cit.*, p. 39. Toutefois, depuis cet article (1997), plusieurs décisions ont été rendues, tant par les juridictions administratives que judiciaires, qui permettent d'envisager de façon plus pratique les solutions retenues par les juges.

pouvait auparavant être perçu au sein des juridictions administratives et judiciaires. La jurisprudence alternait entre l'application d'actes internationaux pourtant non dotés de force obligatoire dans l'ordre international, et le rejet d'actes dont l'organisation d'origine avait affirmé l'applicabilité directe <sup>790</sup>. L'évolution est sensible, notamment en ce qui concerne les résolutions du Conseil de sécurité, qui ont fait l'objet de plusieurs décisions récentes en France. Ainsi, récemment, la Cour d'appel de Paris a affirmé que “*considérant que dès que le Conseil agit pour le maintien de la paix ou son rétablissement dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ses résolutions, qui ont à la fois une fonction normative et coercitive, s'imposent aux juges des Etats membres, dont la France, comme possédant une autorité dérivée du traité constitutif des Nations Unies*” <sup>791</sup>. Cependant, si le juge judiciaire semble enclin, ces dernières années, à reconnaître l'applicabilité de tels actes, en les rattachant au régime conventionnel, il semble bien que la question de leur rang hiérarchique soit pour l'instant non résolue. Aucun arrêt ne se penche sur la question, en l'absence de conflit entre une résolution et une norme interne <sup>792</sup>. En outre, la jurisprudence administrative, quant à elle, reste sur un quant-à-soi frappant : les actes unilatéraux internationaux appartiennent, pour le Conseil d'Etat, à la catégorie des actes de gouvernement, non détachables de la conduite des relations internationales. Dès lors, ils ne sont pas invocables, quel que soit l'acte formel qui porte la norme internationale : cela peut être la résolution elle-même, aussi bien qu'une norme communautaire ou française reprenant les dispositions internationales <sup>793</sup>.

Ainsi, on ne peut que conclure que “*la primauté de ces actes, dans le sens indiqué, ne peut être sanctionnée que par le juge. Encore faut-il que les décisions du Conseil de sécurité puissent être invoquées devant lui*” <sup>794</sup>. L'auteur de ces phrases tente alors de fournir des réponses théoriques quant à la valeur des résolutions. Elle estime que, au regard des solutions relatives aux autres normes internationales, la primauté des actes internationaux applicables sur les actes réglementaires ne fait pas de doute. Quant au rapport entre acte international et loi interne, elle estime que la clause de primauté de l'article 55 de la

---

<sup>790</sup> Entre 1959 et 1966, la Cour d'appel de Paris a ainsi accepté d'appliquer une recommandation de l'Assemblée générale, sans parler d'une jurisprudence judiciaire constante, à l'époque, utilisant la Déclaration universelle des droits de l'homme. En revanche, elle a refusé d'appliquer un règlement sanitaire de l'OMS qui, en vertu de l'article 22 de l'accord institutif, est interprété généralement comme conférant auxdits règlement une applicabilité directe. Voir, pour une analyse générale, D. Ruzié, “Le juge français et les actes des organisations internationales”, *op.cit.*, pp. 103-113.

<sup>791</sup> CA Paris, 20 février 2002, *Irak c. Société Dumez G.T.M.*, texte de la décision in *RGDIP* 2003-4, p. 1008.

<sup>792</sup> Dans les affaires récentes, les résolutions du Conseil ont ainsi été uniquement utilisées par le juge judiciaire dans le cadre de relations contractuelles entre personnes privées, aucune loi ne venant s'interposer.

<sup>793</sup> Voir par exemple les deux arrêts du Conseil d'Etat, *Société Héli-Union*, de 1997 et 1999. Commentaires F. Poirat, *RGDIP* 2000, pp. 541-558.

<sup>794</sup> M.P. Lanfranchi, “La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité”, *op.cit.*, p. 47.

Constitution doit s'appliquer. Pourtant, le CE lui-même refuse d'appliquer ce principe, qui reste lettre morte <sup>795</sup>.

La synthèse effectuée en 1996 par E. Roucouas traduit bien des principes généraux, mais qui, sans application concrète, sont d'une valeur très relative. Ainsi, on peut retenir que pour les pays dualistes (Royaume-Uni, Irlande, Allemagne, Italie, Danemark, Autriche), l'acte international possède la valeur de l'acte interne qui le reçoit. Pour les pays monistes, en principe, "*le droit dérivé possède la même valeur que l'acte constitutif de l'organisation internationale en cause ou, mutatis mutandis, la même valeur que le droit conventionnel en général*"<sup>796</sup>. En principe, seulement, tant les réticences des juges sont fortes. En outre, ceux-ci sont davantage soucieux des conditions d'applicabilité directe des actes internationaux que de leur place dans la hiérarchie des normes. Ainsi, en ce domaine, comme pour les normes conventionnelles ou coutumières, ce sont les conditions de l'effet direct qu'il faut étudier, car celles de leur insertion ne fournissent guère d'informations quant à leur statut interne. Les choix des juges sont ici bien plus importants que les options constitutionnelles <sup>797</sup>.

### ***B. Conséquence : peu d'effet pour l'individu***

Hormis le silence des constitutions nationales, deux phénomènes expliquent le peu de cas qui est fait aux actes internationaux dans l'ordre interne.

D'une part, il faut souligner la rare volonté des organisations internationales de viser directement les individus. Des commentaires autorisés ont ainsi à plusieurs reprises affirmé l'absence d'effet des résolutions du Conseil de sécurité sur les individus. Ainsi, G. Guillaume soutient que "*les résolutions du Conseil de sécurité et en particulier ses décisions sont en outre constamment rédigées à l'intention des Etats. Dans ces conditions, il apparaît très douteux qu'elles puissent avoir un caractère auto-exécutoire*" <sup>798</sup>. L'assertion est également présente dans les propos de J.L. Florent : "*le Conseil de sécurité n'entend pas, par ses résolutions, légitimer ces entités non étatiques en tant que sujets, si elles n'ont pas ce statut par ailleurs*" <sup>799</sup>. Ainsi, l'organe international n'entend conférer directement ni

<sup>795</sup> M.P. Lanfranchi, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité", *op.cit.*, pp. 41-44. Elle s'interroge également sur le rapport avec les normes constitutionnelles : en 1997, les juges administratifs et judiciaires n'étaient pas encore intervenu pour affirmer la primauté des normes constitutionnelles sur les traités internationaux. Désormais, la solution peut être étendue aux actes unilatéraux : aucune norme internationale ne l'emportera désormais ("dans l'ordre interne", selon la précision des arrêts) sur la Constitution.

<sup>796</sup> E. Roucouas, "L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne", *op.cit.*, p. 47.

<sup>797</sup> Voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

<sup>798</sup> G. Guillaume, "L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des Etats des résolutions du Conseil de Sécurité prises en vertu du Chapitre VII de la Charte", *op.cit.*, p. 546.

<sup>799</sup> J.L. Florent, "le Conseil de sécurité et les destinataires non étatiques des résolutions", in SFDI, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, juin 2004, Paris, Pedone, 2005.

droits ni obligations aux individus. Pourtant, l'auteur reconnaît lui-même que certaines résolutions peuvent s'adresser aux individus, et pas seulement aux Etats. Toutefois, il affirme qu'il s'agit d'une prise en compte factuelle de certains acteurs d'un conflit, sans effet sur leur statut juridique<sup>800</sup>. Néanmoins, cette volonté apparente du Conseil de sécurité n'empêche pas le nombre croissant de recours fondés sur les décisions internationales.

D'autre part, il faut rappeler la réticence des juges, habituelle face aux normes internationales, mais encore plus accentuée face aux actes unilatéraux : ils déploient un arsenal de moyens pour éviter ces actes, dont l'application est étroitement liée à la politique gouvernementale et de ce fait, délicate. Outre le recours à la notion d'acte de gouvernement, le juge préférera, dans tous les cas, recourir à une norme interne. De plus, très souvent, les moyens utilisés par les requérants, fondés sur les normes internationales, sont simplement rejetés comme "manquant en fait". Dès lors, ils ne sont pas étudiés par le juge.

A l'absence soulignée de cohérence de la jurisprudence, on peut également ajouter l'absence de cohérence de la doctrine, qui semble adopter des avis très partagés, non seulement sur les principes, mais également sur la pratique jurisprudentielle. Ainsi, d'aucuns affirment que *“la pratique des tribunaux nous montre que, en général, les cours sont disposées à procéder à l'application directe quand il s'agit de résoudre des "questions préliminaires", c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de reconnaître l'autorité internationale des résolutions, comme par exemple en matière de questions relatives au régime juridique et à l'indépendance des territoires, d'admission d'un nouveau membre aux Nations Unies et ainsi de suite. Lorsqu'il s'agit, par contre, d'appliquer directement une résolution du Conseil à titre principal, et donc reconnaître sa pleine et autonome autorité en droit interne, la jurisprudence penche pour la thèse négative”*<sup>801</sup>. A l'inverse, d'autres auteurs tentent une conclusion plus heureuse, bien que mesurée. E. Roucouas, par exemple, considère que, pour les pays européens, la situation évolue en faveur des actes unilatéraux. Il assure que *“néanmoins, les quelques exemples jurisprudentiels apportés vont dans le sens de l'effectivité (Italie, Pays-Bas, Suisse) de la protection des droits individuels et du renforcement*

<sup>800</sup> Le Conseil réclame souvent des belligérants le respect de normes humanitaires. En outre, l'auteur expose la volonté récente du Conseil, une fois les hostilités finies, de prendre des mesures post-conflit, s'intéressant aussi directement aux groupes (posant par exemple des obligations de démobilisation, désarmement, rapatriement et réinsertion des combattants. Voir, pour le Burundi, la résolution 1545 du 21 mai 2004). Les entités non étatiques sont aussi visées dans le domaine des sanctions, par le gel des avoirs, les embargos, et autres interdictions de voyager. Toutefois, les conséquences de ces actes internationaux sur la situation juridique des individus peuvent être réelles. Ainsi, récemment, la CJCE a eu à connaître de requêtes d'individus inscrits à tort sur les listes des sanctions du Conseil, rendues applicables par le droit communautaire.

<sup>801</sup> G. Cataldi, "L'application des décisions du Conseil de sécurité en droit interne", *op.cit.*, p. 220. L'auteur cite notamment l'attitude des juridictions américaines : US Supreme Court, *Diggs v. Schultz*, 1972, ILM p. 1252 s. La Cour a rejeté un recours fondé sur la résolution 232 du Conseil imposant un embargo contre la Rhodésie du Sud (1966), en estimant, dans ce cas, que la volonté du Congrès de se dissocier de l'embargo rendait la résolution inapplicable sur le sol américain.

*des normes conventionnelles primaires (Allemagne, Grèce), sans pour autant sous-estimer les réticences du juge (France) devant un matériel avec lequel il n'est pas familiarisé*<sup>802</sup>.

Il paraît donc impossible, pour l'heure, d'évaluer précisément le statut et la portée des actes des organisations internationales dans les ordres juridiques internes. Les avis répertoriés semblent également dépendre de l'esprit enthousiaste ou résigné de ceux qui les émettent. En outre, les principaux exemples étudiés sont ceux des résolutions du Conseil de sécurité. Or, bien que très médiatiques, elles sont loin d'être uniques.<sup>803</sup> Si certains actes unilatéraux font depuis peu leur apparition dans quelques constitutions, les décisions des juges internationaux, en revanche, sont les véritables inconnues du droit interne. Cela signifie-t-il qu'elles sont dépourvues de toute valeur ? Certains semblent l'avoir affirmé<sup>804</sup>. Ainsi, la grande diversité de la nature des actes unilatéraux, du droit dérivé communautaire aux arrêts de la CIJ, en passant par les résolutions de l'Assemblée générale, rend la synthèse difficile.

---

<sup>802</sup> E. Roucouas, "L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne", *op.cit.*, p. 48.

<sup>803</sup> Une étude plus approfondie s'imposerait, qui prendrait également en compte, par exemple, la jurisprudence internationale. L'influence de celle-ci sur le droit interne est en effet peu étudiée. On peut évoquer notamment P. Weckel, "Les suites des décisions de la CIJ", *AFDI* 1996, p. 428. En effet l'auteur expose que l'exécution des décisions par les Etats est relative. Cependant, sa problématique relève de l'application internationale de ces décisions. Il n'étudie pas les suites internes qui leur sont données.

<sup>804</sup> Pour une étude d'ensemble, essentiellement axée sur la jurisprudence internationale, voir A. Giardina, "La mise en œuvre au niveau national des arrêts et décisions internationaux", *RCADI* 1979-4, vol. 165, pp. 233-352. L'auteur est très clair quant à la place de ce type d'actes internationaux dans les ordres internes : "*Aucun effet direct de la sentence internationale dans les ordres étatiques ne saurait être envisagé*" (p. 248). Toutefois, est-ce toujours vrai ? De plus, l'auteur affirme également que les solutions d'insertion et/ou d'application des arrêts sont exactement les mêmes que pour les résolutions, celles-ci étant considérées suivant le modèle des traités (p. 252). Ces affirmations paradoxales sont, soit le fait de raccourcis bien rapides, soit de solutions périmées du droit positif et nécessitent, dans les deux cas, une réactualisation de la question.

## Conclusion chapitre 2

L'intégration du droit non conventionnel en droit interne se présente dans des conditions différentes que pour les traités, qui demeurent la source majeure de "normes internes d'origine internationale". Pour la coutume, on constate une affirmation généralisée de son respect dans les ordres juridiques internes. Cependant, l'idée est encore forte que cette source de droit ne concerne que les relations interétatiques. Son caractère insaisissable, général, voire vague, ne se prête guère à une application interne. Les choix constitutionnels sont elliptiques, consistant en une reconnaissance de principe de sa valeur juridique.

Les pays de *common law*, habitués à cette source de droit, se distinguent des pays de tradition écrite qui la considèrent comme une source secondaire. Dès lors, l'opposition entre monisme et dualisme devient d'un intérêt limité. Cela justifie notamment le fait qu'il est en réalité impossible de qualifier un système juridique de totalement moniste ou totalement dualiste. La plupart des Etats pratiquant un dualisme conventionnel reçoivent directement la coutume, rejoignant les Etats monistes sur ce point.

La valeur hiérarchique de la coutume est aléatoire, bien plus que celle des traités. L'Italie dualiste lui reconnaît une place bien supérieure à celle qu'elle occupe dans la majorité des Etats monistes. En outre, si le droit international général possède un rang de principe, son effectivité n'est guère assurée, compte tenu du peu de pratique existant. Les juges y ont recours, en réalité, lorsque aucune autre norme n'est utilisable. En l'absence de conflits de normes, il est ainsi difficile de trancher clairement sur sa valeur hiérarchique. Cependant, elle est généralement située au niveau (ou à côté) de la loi.

Un troisième type de normes internationales prend de l'ampleur dans la pratique internationale. L'institutionnalisation croissante de la société internationale s'accompagne, logiquement, d'une production accrue d'actes unilatéraux émanant des organisations internationales, qu'elles soient universelles ou d'intégration régionale. Le principe de leur insertion suit, dans une certaine mesure, les règles applicables aux traités. Ils sont en effet considérés comme du droit dérivé. Cependant, deux faits limitent leur portée en droit interne. D'une part, ce phénomène récent n'est que peu encadré par les constitutions. Malgré la révision récente de la plupart des textes nationaux, le droit international unilatéral y est encore peu visible. La pratique vient confirmer ce fait. Les modalités de son insertion et de son application sont pragmatiques, et dépendent de son importance matérielle pour l'Etat. D'autre part, leur primauté sur le droit interne est rarissime : entre silence constitutionnel et quasi-inexistante de pratique jurisprudentielle, ils sont peu justiciables. Ce constat pessimiste doit cependant être largement relativisé, au regard du poids du droit dérivé des

intégrations régionales, dont l'insertion et la primauté sont assurés de manière effective. Le droit communautaire n'a que peu de ressemblance avec les résolutions de l'ONU. Ainsi, si l'on excepte la situation du droit communautaire, le droit international unilatéral n'a, pour l'instant, que peu d'effet interne sur les individus. L'étude approfondie de leur invocabilité sera nécessaire pour évaluer l'évolution récente de cette affirmation.

## Conclusion titre I

Le droit international atteint-il l'individu dans son ordre juridique interne, le faisant destinataire de ses normes ? Il n'était nullement paradoxal de répondre à cette question en commençant par l'étude des constitutions nationales. Le droit international ne peut se passer du droit interne pour être appliqué effectivement. Ainsi, cette étude permet d'évaluer concrètement la force de l'argument général relatif à l'écran étatique. S'il est opaque, il ne laisse pas passer les normes internationales. A l'inverse, s'il est transparent, elles pénètrent en droit interne et y prennent place.

Pour s'adresser à l'individu, la norme internationale doit d'abord franchir un premier "sas", pour être intégrée au droit interne. Ce premier sas est constitué des choix constitutionnels. Suivant le chemin des trois grands types de normes internationales, conventionnelles, coutumières et unilatérales, on a ainsi étudié les choix constitutionnels de leur incorporation. Il paraît en effet indispensable de ne pas se satisfaire des considérations de principe sur les rapports de système. Au-delà des théories monistes et dualistes, la pratique se révèle bien plus complexe. Les normes internationales font-elles vraiment partie, en tant que telles, des ordres juridiques internes ? Les réponses sont nombreuses, variées, et difficiles à synthétiser. Cependant, un résultat général peut être discerné, dans un sens favorable au droit international : oui, les différentes normes internationales peuvent faire partie des droits nationaux sans perdre leur caractère. Ce premier écran constitutionnel n'est en réalité qu'un point de passage largement ouvert. Comme tout constat général, celui-ci doit nécessairement être relativisé ; des situations particulières, des contre-exemples, pourront toujours être apportés. Cela ne diminue en rien sa valeur. L'exception ne confirme-t-elle pas la règle ?

Pour chacune des trois catégories de normes internationales, on a étudié les modalités constitutionnelles relatives à leur insertion, ainsi qu'à leur valeur hiérarchique. L'existence, sans la primauté, est en effet nettement moins utile. De cette étude, effectuée au regard d'environ 80 textes constitutionnels, découlent plusieurs résultats.

D'une part, il faut garder en tête que droit international et droit constitutionnel, dans leur articulation, sont non seulement des concepts mais aussi des réalités qui ne touchent vraiment qu'une partie restreinte du monde. Dès lors, les constats auxquels on parviendra ne pourront être valables qu'en ce qui concerne les Etats de droit, pratiquant un constitutionnalisme démocratique.

D'autre part, les résultats doivent être distingués selon la norme internationale considérée. Pour ce qui est des traités, source principale et croissante de "légalité" internationale, on a montré à quel point il est important de distinguer entre la question de leur insertion et celle de leur exécution. La pertinence de l'opposition entre monisme et dualisme ne concerne véritablement que la première. En effet, insertion

moniste et réception dualiste diffèrent, d'un point de vue formel. Dans un cas, la norme acquiert une validité interne après sa ratification, lorsqu'elle est publiée. Ainsi, dans les systèmes monistes analysés, les principes constitutionnels sont relativement homogènes : l'insertion automatique se double d'une primauté générale sur le droit interne, qui n'atteint cependant que rarement un rang constitutionnel. Dans l'autre cas, elle ne peut entrer en vigueur au niveau interne que si elle est formellement reprise dans un acte interne. Celui-ci n'a pas nécessairement de contenu normatif. Il n'est que le réceptacle d'une norme dont les pouvoirs internes ne deviennent pas les auteurs. L'affirmation de D. Anzilotti, selon laquelle le point de passage dualiste modifie la forme, le contenu et le destinataire de la règle internationale est une présentation doctrinale et idéologique, que les faits ne confirment généralement pas, dès lors que l'on ne se cantonne pas à une conception purement formelle du droit. Ainsi, dans les systèmes dualistes, la situation est plus complexe, car au moins deux méthodes sont assimilées dans l'appellation unique "réception du droit international". Si l'acte interne se contente de reprendre l'énoncé de la norme internationale, il est transparent, en ce qu'il conserve son intégrité matérielle. En revanche, il arrive que la norme internationale ne soit pas "réceptionnée" du tout : dans ce cas, c'est le droit interne qui se modifie, s'adaptant plus ou moins parfaitement aux obligations matérielles imposées par le traité. Ici, l'écran est opaque et la norme internationale n'atteindra pas l'individu. Cependant, cela relève de techniques d'exécution du droit international, qui ne sont pas spécifiques aux systèmes dualistes. En effet, les Etats monistes peuvent également prendre de telles mesures internes, qui viennent en complément de la norme internationale, insérée par ailleurs.

La pratique de ces règles constitutionnelles montre que les oppositions sont moins radicales qu'il n'y paraît. Les ordres juridiques internes sont contraints de s'ouvrir davantage au droit international conventionnel. La perméabilité des systèmes constitutionnels devient une réalité : le traité franchit la première manifestation de l'écran étatique. A ce stade, il est alors potentiellement source de droits subjectifs pour les individus. La seconde étape viendra compléter de façon plus concrète cette situation.

Pour ce qui est du droit international général, la situation est à la fois plus complexe et d'un intérêt moindre. L'écran étatique ne se situe guère au niveau constitutionnel. Le monisme y est quasiment général. C'est en revanche l'opposition entre *common law* et *civil law* qui prend de l'importance. Selon le degré de familiarité du système juridique interne avec ce type de normes, la place interne du droit coutumier international sera plus ou moins grande. Cependant, dans tous les cas, sa valeur hiérarchique est faible. Cela peut constituer un handicap éventuel pour le futur contact avec l'individu, si les autres normes internes, notamment législatives, viennent à leur tour s'intercaler, formant un nouvel écran.

Enfin, en matière d'actes unilatéraux, les choix constitutionnels sont rares. La prise en compte de ces normes se divise en deux catégories distinctes. Le droit dérivé des intégrations régionales est, par nature, bien mieux intégré et possède une vocation à la primauté sur le droit interne. En revanche, les autres actes unilatéraux internationaux, en nombre pourtant croissant, ont une portée plus faible en droit interne. Leur contact avec l'individu sera donc plus rare.

Dans tous les cas, le franchissement de l'écran constitutionnel n'est qu'une étape préliminaire. Une fois insérées dans la pyramide normative interne, les normes internationales doivent passer le test de l'effectivité. C'est alors à travers leur invocabilité devant les tribunaux internes que l'on pourra vérifier dans quelle mesure elles s'adressent véritablement aux individus, pour en faire non seulement des destinataires potentiels, mais également des titulaires effectifs de droits subjectifs.



## **Titre II. Médiation étatique et invocabilité interne des normes internationales : les choix des juges**

Les sujets internes peuvent être destinataires de normes internationales : l'écran constitutionnel, relativement perméable, ne l'empêche pas. Cependant, une seconde manifestation de la médiation étatique apparaît en la personne des juges. En effet, les constitutions prévoient l'intégration des normes internationales, mais pas les conditions de leur applicabilité aux individus. Le premier écran délimitait les conditions préliminaires d'application des règles internationales dans les ordres internes. Le second va établir les conditions de leur applicabilité directe, c'est-à-dire leur relation effective avec les individus. Ici aussi, les attitudes varient, qu'il s'agisse de traité, de coutume ou d'actes unilatéraux, selon les traditions jurisprudentielles.

L'applicabilité directe est le concept fondamental qui démontre que la première condition de la personnalité juridique internationale est réalisée. En effet, la question de savoir si l'individu est titulaire de droits et d'obligations internationaux est prouvée par leur utilisation effective dans l'ordre interne. Cependant, cette notion d'applicabilité directe est loin d'être clairement identifiée. En effet, le droit international est en général indifférent au statut interne des normes internationales. Il ne définit pas les conditions dans lesquelles les individus peuvent les invoquer. Dès lors, il faut rechercher les indices composant cette applicabilité directe à travers les choix des juges nationaux. La dimension contentieuse du concept est primordiale : le lien entre l'applicabilité directe et l'invocabilité des droits devra être établi.

Or, la variété des systèmes et des juridictions rend également toute synthèse délicate. Les critères de l'applicabilité directe peuvent varier d'une juridiction à l'autre, d'un Etat à l'autre. Il convient donc avant tout d'identifier ces critères : ils dépendent non seulement de la qualité de la norme internationale, mais également de l'appréciation de cette qualité par les juges (chapitre I).

Une fois leur définition clarifiée, on pourra procéder à un bilan contemporain de l'invocabilité des normes internationales. Plus encore que pour les choix constitutionnels, la matière disponible ne concerne qu'un certain nombre d'Etats. On ne prétendra donc pas à l'exhaustivité. Toutefois, ce bilan permettra de répondre enfin à la question de la première condition de la personnalité juridique internationale individuelle (Chapitre II).

## **Chapitre I. L'applicabilité directe du droit international aux individus**

Il n'existe pas d'étude exhaustive de l'applicabilité directe du droit international. La question est en effet très vaste. Elle fait intervenir, non seulement des études comparées de jurisprudences nationales, mais également un certain nombre de concepts sur lequel l'accord ne semble pas exister. Si des articles généraux ont tenté de définir l'applicabilité directe, il semble nécessaire d'approfondir la démarche. Avant toute étude pratique du degré d'applicabilité des normes internationales, il peut alors paraître judicieux d'effectuer une tentative de clarification des critères de l'applicabilité directe (section I).

Cette clarification mettra en évidence un autre concept fondamental, inclus dans la notion générale : il s'agit de l'effet direct des normes internationales, que l'on peut considérer comme constituant le cœur de l'invocabilité de ces normes devant les juges internes (section II).

### ***Section I. Tentative de clarification des critères de l'applicabilité directe***

Le choix de l'expression "applicabilité directe" n'est pas anodin. La plupart du temps, elle est utilisée pour qualifier des traités. Pourtant, la problématique se pose dans les mêmes termes pour les autres catégories de normes internationales. Qu'il s'agisse de droit international non écrit ou d'actes internationaux unilatéraux, la question de leur applicabilité directe se pose aussi. Les études sont cependant nettement plus rares en la matière.

Affirmer d'une norme qu'elle est directement applicable signifie qu'elle régit la situation juridique des individus dans l'ordre juridique interne, et que ceux-ci peuvent l'invoquer en justice. Toutefois, le contenu de la notion fait l'objet d'appréciations très divergentes. L'identification des critères qui la composent nécessite alors, en premier lieu, une clarification sémantique (I).

En pratique, la reconnaissance de l'applicabilité directe par les juges dépend largement des compétences qui leur sont dévolues. Sans revenir sur la théorie du dédoublement fonctionnel qui ferait d'eux des juges internationaux, on peut se demander dans quelle mesure ils sont aptes à statuer au regard de ces normes étrangères. Ainsi, une seconde clarification s'impose, qui consiste à identifier les compétences juridictionnelles en matière d'identification de l'applicabilité des normes internationales (II).

#### **I. Clarification sémantique**

Dès lors qu'il est question d'évaluer l'impact juridique d'une norme internationale sur les individus situés dans l'ordre interne, on peut utiliser une

multitude de termes et d'expressions, avec plus ou moins de rigueur. La langue française parle ainsi d'applicabilité, qu'elle soit immédiate, directe, ou autonome, ou d'effet, terme auquel on accole les mêmes adjectifs, ou encore d'invocabilité, de justiciabilité. Tout cela sans compter l'intrusion de termes anglophones tels que "self-executing" ou "self-suffisant". Tous ces termes sont employés, par la doctrine et les juges, dans des sens qui diffèrent souvent. Un même mot peut ainsi avoir plusieurs significations, tout comme une situation va être qualifiée par plusieurs mots différents qui sont assimilés. Il importe donc d'exposer clairement le sens que l'on attribuera à chaque expression. En outre, sémantique francophone et anglophone sont souvent mêlées dans un même raisonnement. Une comparaison entre les deux terminologies paraît alors nécessaire.

### *A. Sémantique francophone*

Pour une approche claire, on peut prendre comme point de départ le Dictionnaire de droit international public. Il permettra ensuite d'identifier le rapport entre applicabilité directe et applicabilité immédiate, puis entre applicabilité directe et effet direct. Ensuite, on pourra distinguer le lien entre ces deux dernières notions et celle d'invocabilité. Enfin, un bilan des choix retenus s'impose.

### **Point de départ : le dictionnaire**

La variété du vocabulaire français, dans le registre de l'effet des normes internationales dans l'ordre interne, se constate à la simple lecture du Dictionnaire Salmon : on peut ainsi dénombrer deux définitions au terme "applicabilité", puis encore deux à l'expression "applicabilité directe", une autre pour "applicabilité immédiate", ainsi que deux définitions de l'"effet direct", et encore deux à "l'effet immédiat". Avec les quatre mots applicabilité, effet, direct et immédiat, on obtient ainsi un nombre de combinaisons quasiment exponentiel.

L'applicabilité envisagée par le dictionnaire Salmon est celle du traité, et consiste en la vocation ou aptitude à, soit régir des relations entre Etats (parties ou non au traité), soit à produire des effets dans l'ordre juridique interne des parties. On distingue donc, en premier lieu, la question de l'applicabilité internationale de celle de l'applicabilité interne. L'applicabilité directe se rapporte uniquement à cette seconde question. Son premier sens signifie que la norme internationale est applicable "*dans l'ordre interne sans aucune mesure interne d'exécution*"<sup>805</sup>. On peut noter que l'emploi du terme "exécution" et non "incorporation" n'est pas anodin. Ainsi, l'expression est relative, non pas aux choix constitutionnels d'insertion des normes internationales, mais aux modalités complémentaires nécessaires à son application. La seconde

<sup>805</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 71.

définition présentée par l'ouvrage mérite davantage de réflexion. Elle affirme que “*dans un sens plus restrictif, est directement applicable une norme qui peut être invoquée par les personnes privées, physiques ou morales, devant les institutions internes sans aucune mesure interne de réception*”. L'applicabilité directe n'a plus alors de rapport avec la nécessité de compléter la norme au niveau interne, mais dépend des options monistes ou dualistes en matière d'incorporation, puisque le terme de "réception" est substitué à celui d'"exécution". Cette définition implique donc, d'une part, que la norme internationale ne saurait être directement applicable dans un système dualiste qui pratique la réception. En soi, cela constitue déjà une différence notable avec la première approche. Mais, d'autre part, cette seconde définition implique les particuliers, dans une dimension contentieuse ignorée par la première : en effet, l'applicabilité directe est conçue ici comme synonyme de l'invocabilité de la norme internationale (sans que l'on sache si le terme "institutions" se rapporte aux seules juridictions ou, dans un sens plus large, à toute autorité publique). Dans le premier sens, peu importe, semble-t-il, à qui la norme est applicable. Dans le second sens, le lien effectué entre absence de réception et invocabilité peut être contesté : on pourra en effet constater que, dans certaines hypothèses, la norme internationale peut être invoquée malgré les mesures de réception. En outre, les exemples cités en illustration ne reflètent pas exactement les définitions choisies. Ainsi, pour la première, exemple est pris de l'avis de la CPJI de 1928, affirmant la possibilité pour des Etats de conférer, par le biais d'un traité, “des droits et obligations aux individus, susceptibles d'être appliqués par les tribunaux nationaux” : la dimension contentieuse de cette citation implique qu'elle illustrerait de façon plus pertinente la seconde approche de l'applicabilité directe. Quant à la seconde, elle est illustrée par des extraits de jurisprudences communautaires, évoquant l'absence “d'actes internes d'exécution” (et non de réception). On peut surtout constater la référence à la jurisprudence *Eridania* de la CJCE, qui affirme clairement qu'une norme peut être directement applicable et invocable même si l'Etat prend des mesures complémentaires d'exécution<sup>806</sup>. La notion d'applicabilité directe d'une norme internationale est donc très loin de l'évidence. En outre, le Dictionnaire renvoie, en tant que synonymes, aux termes "effet direct" et "self-executing", ce qui pourra également être contesté à l'aide d'autres opinions doctrinales. On peut d'ores et déjà remarquer qu'au terme effet direct, l'ouvrage assimile celui d'invocabilité. On peut retenir la première définition assignée à l'effet direct, la seconde étant simplement sa transposition au cas du droit communautaire. Il est une “*caractéristique d'une disposition de*

<sup>806</sup> CJCE, 27 septembre 1979, *Eridania*, recueil p. 2749 : “*l'applicabilité directe d'un règlement ne fait pas obstacle à ce que le texte même du règlement habilite une institution communautaire ou un Etat membre à prendre des mesures d'application... ; toutefois, l'applicabilité directe de l'acte qui habilite l'Etat membre à prendre les mesures nationales en question aura pour effet de permettre aux juridictions nationales de contrôler la conformité de ces mesures nationales avec le contenu du règlement communautaire*” : celui-ci est ainsi invocable par les individus, à l'appui d'une contestation de normes internes.

*droit international conférant à son destinataire le droit de s'en prévaloir en justice. Les particuliers, destinataires d'une norme de cette nature peuvent s'en prévaloir devant les institutions internes*<sup>807</sup>. L'effet direct est donc dépendant de la norme internationale elle-même, sans considération apparente pour les options internes en matière de réception. Il s'appréhende à travers la notion de destinataire de la norme. Dans cette définition, on retrouve également la dimension contentieuse.

Ainsi, les expressions d'applicabilité directe, d'effet direct, et d'invocabilité, sont renvoyées les unes aux autres, en tant que synonymes. Pourtant, tel n'est pas forcément le cas. Certes, ces termes relèvent tous du rapport établi entre la norme internationale et l'individu, sujet interne. Cependant, des nuances peuvent être identifiées entre eux. Il est nécessaire, pour cela, de revenir sur la conception de chacun de ces termes selon les différentes opinions doctrinales, qui sont aussi abondantes que variées.

### **Applicabilité directe, applicabilité immédiate**

Que signifie précisément l'applicabilité directe d'une norme internationale ? J. Verhoeven, notamment, en a donné une définition synthétique. Selon lui, *“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”*<sup>808</sup>. De cette définition, trois éléments distincts doivent être soulignés. D'une part, la notion implique d'abord la qualité de la norme internationale en elle-même : est-elle apte à conférer des droits (et obligations) aux individus ? D'autre part, les modalités de droit interne suivant lesquelles la norme internationale est appliquée, doivent aussi être considérées. Il est clair, dans le raisonnement de l'auteur, que les mesures d'exécution sont différentes des mesures de réception du droit international<sup>809</sup>. Enfin, la notion d'invocabilité devant les tribunaux internes intervient, qui impliquera plusieurs conditions à définir également.

Une première distinction doit être effectuée ici, entre applicabilité directe et applicabilité immédiate. En effet, si l'applicabilité directe établit un rapport entre la norme internationale et l'individu, par les trois éléments mentionnés, il importe de souligner que l'applicabilité immédiate est uniquement relative aux modalités d'introduction des normes internationales. Sera immédiatement applicable la norme qui

<sup>807</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 413. L'invocabilité, quant à elle, ne pose guère de problème de définition, à ce stade de l'étude, et est définie comme *“caractéristique d'un acte juridique, autorisant un sujet de droit à en revendiquer le bénéfice à l'égard des tiers”*. Rapprochée de la définition de l'effet direct, elle signifie, d'un point de vue théorique, que l'individu peut être destinataire d'une norme internationale et, partant, sujet de ce droit.

<sup>808</sup> J. Verhoeven, *“La notion d'applicabilité directe du droit international”*, *op.cit.*, p. 243. C'est nous qui soulignons.

<sup>809</sup> Voir *supra*, note 610.

n'est pas réceptionnée ni transformée, mais insérée automatiquement. Cela ne préjuge nullement de la possibilité pour les individus de l'utiliser. L'applicabilité directe concerne les individus, l'applicabilité immédiate concerne les autorités étatiques. Ainsi, J. Verhoeven explique que *"il est fréquent en doctrine et en jurisprudence de viser sous les termes d'applicabilité directe une dispense de ces conditions d'introduction. Telle n'est pourtant pas la signification originelle de pareille notion. C'est la raison pour laquelle, afin de prévenir toute confusion, il est préférable en pareil cas de parler d'applicabilité immédiate : est immédiatement applicable la règle internationale qui peut être appliquée par une autorité nationale sans être soumise à des formalités d'introduction qui en conditionnent l'efficacité interne"*<sup>810</sup>. Au demeurant, immédiat signifie bien "sans médiation", donc, ici, sans médiation étatique. Cette distinction est confirmée par H. Tigroudja, qui remarque que *"la théorie du monisme ne peut aider qu'à régler la question de l'application immédiate (ou de l'effet immédiat) qui exclut toute mesure de réception formelle ou matérielle..."*<sup>811</sup>. On ne peut donc approuver l'opinion de D. Alland, lorsqu'il affirme que *"...il est clair que les systèmes dualistes sont censés éliminer le problème de l'applicabilité directe en recourant au procédé de la réception ou transformation du droit international en droit interne"*<sup>812</sup> : l'applicabilité de la norme internationale n'est certes pas immédiate ; cela ne l'empêchera pas de pouvoir être invoquée, en tant que telle par les individus, dès lors qu'elle n'est pas nécessairement transformée. Or, on l'a vu, l'objet de la notion d'applicabilité directe est de rendre la norme internationale invocable.

S'il semble donc pertinent, en premier lieu, de distinguer applicabilité directe et applicabilité immédiate, on peut toutefois remarquer que H. Tigroudja effectue une assimilation entre applicabilité immédiate et effet immédiat, ce qui mène à s'interroger : les termes applicabilité et effet sont-ils réellement synonymes ? Sur ce point, l'article de J. Verhoeven ne présente guère d'informations, car l'auteur ne définit pas l'effet direct<sup>813</sup>.

<sup>810</sup> J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *op.cit.*, p. 252.

<sup>811</sup> H. Tigroudja, "Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux", *RFDA* 2003-1, p. 155.

<sup>812</sup> D. Alland, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *RGDIP* 1998, p. 220.

<sup>813</sup> En revanche, il y fait bien référence de façon implicite, par l'utilisation de l'expression anglophone "self-sufficient" : voir *infra*, B.

## Applicabilité directe, effet direct

Une seconde distinction doit donc être opérée entre les notions d'applicabilité et d'effet<sup>814</sup>. L'effet de la norme dépend d'elle, il lui est intrinsèque. C'est l'ensemble des droits, des obligations qui résultent de son énoncé. L'applicabilité de la norme dépend des autorités chargées de son exécution. Ainsi, c'est seulement si la norme est applicable dans l'ordre interne qu'elle pourra y déployer ses effets. Or, la confusion doctrinale est fréquente entre les expressions "applicabilité directe" et "effet direct".

Ainsi, S. Laghmani soutient que *“l'effet direct n'est qu'une réception générale et préalable qui de surcroît n'implique aucune transformation. Quant à l'applicabilité directe et l'invocabilité, ils ne concernent pas du tout la réception, au contraire, ils la supposent”*<sup>815</sup>. Il semble donc considérer l'effet direct comme appartenant aux conditions d'introduction de la norme internationale en droit interne. Or, comme on l'a déjà précisé, l'effet direct est une caractéristique de la norme internationale qui confère des droits et obligations aux individus. Il est indépendant de la question de l'applicabilité, qui doit être recherchée dans les procédures de droit interne. De même, l'affirmation selon laquelle *“dire qu'un traité a un effet direct signifie qu'il s'applique directement dans l'ordre interne des Etats parties”*<sup>816</sup>, conduit à confondre les critères de l'effet direct avec les critères de l'applicabilité interne des traités. Même un traité doté d'effet direct peut ne pas s'appliquer directement aux individus, si, par exemple, il n'est pas encore publié.

Ainsi, il paraît cohérent d'affirmer que si l'effet direct de la norme internationale consiste à conférer des droits et obligations aux individus, l'applicabilité directe de la norme internationale consiste en la possibilité pour les individus de recevoir ces droits

---

<sup>814</sup> On peut considérer à part les distinctions, très particulières, opérées par C. Santulli dans sa thèse sur *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001. Ses positions clairement dualistes le conduisent à soutenir que "l'effet immédiat" consiste à conférer des droits et obligations aux individus, indépendamment de toute médiation étatique, donc dans l'ordre international : cet effet immédiat ne se situe, pour l'auteur, que dans cet ordre juridique. Il affirme en outre que *“le droit international n'est pas incorporé par le droit étatique”* (p. 88), et que *“le droit international n'est pas "appliqué" par les autorités étatiques”* (p. 98). Par conséquent, si l'immédiété caractérise le lien entre norme internationale et individu (dans l'ordre international), *“le droit étatique d'origine internationale diffère formellement et substantiellement du droit international. Il en découle que l'effet direct du droit international est en réalité l'effet direct de ce droit étatique, d'origine internationale mais de contenu différent des règles internationales”* (p. 98). Il ne peut donc y avoir d'effet direct du droit international que sur les Etats, seuls sujets destinataires des normes internationales. Enfin, l'auteur *“en arrive à la conclusion que le problème de l'effet direct est un problème distinct de celui de la création immédiate de droits subjectifs au profit des sujets internes”*. Malgré l'intelligence certaine de ce raisonnement, l'on ne s'y associera pas. En effet, il ne nous paraît pas tenir compte de la réalité telle qu'elle est perçue par les juges internes, qui semblent bien avoir conscience d'appliquer ("directement") des normes spécifiquement internationales. L'ensemble des nombreuses conclusions du commissaire du gouvernement R. Abraham (qui ont incontestablement fait progresser l'acceptation et l'identification de l'effet direct au sein des juridictions), en atteste.

<sup>815</sup> S. Laghmani, *“Droit international et droits internes : vers un renouveau du jus gentium?”*, *op.cit.*, p. 26-27.

<sup>816</sup> Note D. Chauvaux et T.X. Girardot sous CE *GISTI*, 23 avril 1997, *AJDA* 1997, p. 436. Et les auteurs d'étudier les principes monistes et dualistes d'insertion des traités...qui sont relatifs aux conditions d'applicabilité des traités, mais indépendants de l'analyse de la qualité intrinsèque de la norme.

subjectifs dans leur patrimoine, dans l'ordre interne, et de les utiliser. Or, les conditions de cette réception des droits subjectifs ne se limitent pas à la qualité de la norme internationale. L'applicabilité directe semble alors être un concept plus large et plus complet que celui de l'effet direct. Ce dernier est une "*question de pur droit international*", comme le remarque J. Combacau<sup>817</sup>, contrairement à d'autres auteurs, qui soutiennent que "*...en toute rigueur, la notion d'effet direct est essentiellement une notion de droit interne*"<sup>818</sup>. On ne peut qu'exprimer ici son désaccord avec cette dernière affirmation, qui semblent confondre applicabilité et effet. Ses auteurs, commentant les conclusions de R. Abraham sous l'arrêt GISTI de 1997, ne font que refléter le paradoxe contenu dans les paroles du commissaire de gouvernement dans cette affaire. En effet, il commence par se demander si les dispositions conventionnelles invoquées en l'espèce "*sont ou non d'effet direct, en d'autres termes si elles sont de nature à faire naître directement dans le chef des particuliers des droits subjectifs dont ceux-ci seraient fondés à se prévaloir devant les juridictions nationales*" : dans un premier temps, on peut ainsi remarquer que pour lui, l'effet direct implique d'une part la nature de la norme internationale, d'autre part son invocabilité. Ensuite, il affirme que "*ce n'est pas, en principe, dans le droit international qu'il faut chercher la réponse à la question de l'effet direct des traités internationaux, mais dans le droit national. Le droit international est, en effet, normalement indifférent par nature à l'égard du statut juridique des traités dans l'ordre interne*"<sup>819</sup> : dans un second temps, on peut contester cette approche de l'effet direct. En effet, il est d'abord fait référence à la nature de la norme internationale, puis à son statut : or, ce sont là deux choses différentes. Si son statut dépend effectivement de considérations constitutionnelles, en revanche la nature de la norme, et donc son éventuel effet direct, ne dépend que des auteurs de celle-ci. D'ailleurs, par l'analyse qui suit des critères de l'effet direct, R. Abraham démontre clairement qu'ils dépendent non pas de règles internes, mais de la norme internationale elle-même : il étudie ainsi l'objet même de la norme, son degré de précision, la qualité de sa rédaction. Ce sont les critères traditionnels d'interprétation d'une norme internationale, que l'on retrouve à travers la codification effectuée par la Convention de Vienne de 1969. Il ne s'agit donc là que d'imprécisions de langage. On peut, bien sûr, remarquer qu'une même norme sera considérée comme étant d'effet direct par un juge,

---

<sup>817</sup> "*...L'effet direct des traités, entendu comme la question de savoir si les Etats, au moment où ils sont convenus d'adopter une certaine disposition dans l'ordre juridique international, n'ont voulu créer de droits et d'obligations que dans leurs rapports réciproques, ou ont voulu au contraire affecter la situation juridique des sujets de droit interne...Question de pur droit international, par conséquent ; mais cette question, aucun organe international ne va être appelé à la trancher...Autrement dit, voilà des questions relevant matériellement de l'ordre juridique international, et qui, du fait de la carence organique de celui-ci, ne peuvent pas être réglées autrement qu'elles ne le sont en effet, par les ordres juridiques internes et par leurs organes*". J. Combacau, "Conclusions", in P.M. Dupuy (sous la dir. de), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, *op.cit.*, p. 91.

<sup>818</sup> Note D. Chauvaux et T.X. Girardot sous CE GISTI, 23 avril 1997, *op.cit.*, p. 436.

<sup>819</sup> Conclusions sous CE GISTI, 23 avril 1997, *Dalloz*, 15 janvier 1998, pp. 16-17.

mais pas par un autre. Cependant, cela ne saurait servir l'argument de l'effet direct comme dépendant du droit interne. Seule son interprétation par les juges est susceptible de varier, en raison du caractère décentralisé du droit international.

Enfin, une troisième distinction doit être soulignée, entre les notions précédentes et celle d'invocabilité.

### **Applicabilité directe, effet direct, invocabilité**

Là encore, les confusions sont courantes. Ainsi, l'on peut citer H. Tigroudja, pour qui "*la notion d'invocabilité directe (ou effet direct), quant à elle, a une dimension essentiellement contentieuse*"<sup>820</sup>. L'assimilation effectuée entre effet direct et invocabilité semble ici incorrecte. L'effet direct concerne uniquement le fait que la norme internationale prend l'individu pour destinataire, lui conférant des droits et obligations subjectifs. La question de savoir si et comment cette norme est applicable, voire invocable, dans l'ordre interne, est différente. L'effet direct ne consiste donc pas à rendre la norme invocable : celle-ci ne confère pas en elle-même un droit à réclamation devant un tribunal interne. Dès lors, la définition choisie par le Dictionnaire Salmon paraît également incorrecte. En outre, il existe des situations dans lesquelles la norme est invocable même sans être dotée d'effet direct<sup>821</sup>.

Si effet direct n'est pas synonyme d'invocabilité, qu'en est-il du lien entre applicabilité directe et invocabilité ? D. Alland les distingue, estimant que l'invocabilité est la possibilité de se prévaloir de la norme, tandis que l'applicabilité directe est l'aptitude à créer des droits subjectifs<sup>822</sup>. Toutefois, ce n'est pas la définition que l'on retient ici de l'applicabilité directe, et la sienne correspond davantage à la signification de l'effet direct. Dès lors, sa distinction ne paraît pas pertinente. En accord avec la définition donnée par J. Verhoeven, il est alors possible de rejoindre l'affirmation émise par S. Laghmani, qui considère que "*l'invocabilité n'est rien d'autre que l'applicabilité directe de la norme (...) par le juge*"<sup>823</sup>. Plus précisément, l'applicabilité directe est la condition de l'invocabilité des normes internationales. L'invocabilité est alors le point final du cheminement de la norme internationale jusqu'à l'individu. Elle est décidée par le juge, suivant des conditions qui ne dépendent ni exclusivement du droit international, ni exclusivement du droit interne.

<sup>820</sup> H. Tigroudja, "Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux", *op.cit.*, p. 155.

<sup>821</sup> La question des cas de dissociation entre effet direct et invocabilité est développée *infra*, Chapitre II, section I, II, pp. 407 s.

<sup>822</sup> D. Alland, "Le juge français et le droit d'origine internationale", *op.cit.*, p. 56.

<sup>823</sup> S. Laghmani, "Droit international et droits internes : vers un renouveau du *jus gentium*?", *op.cit.*, p. 26.

### Bilan : les choix retenus

Les termes "direct" et "immédiat" ne concernent pas les mêmes personnes. Le premier concerne les individus. Ainsi, l'effet direct est une qualité intrinsèque de la norme conférant des droits et obligations subjectifs aux individus. L'applicabilité directe est un ensemble de conditions qui permettent d'appliquer la norme aux individus, dans l'ordre interne. En revanche, le terme "immédiat", étant lié à la notion de "médiation étatique", se rattache aux autorités. L'effet immédiat de la norme internationale signifie qu'elle crée des droits pour ses destinataires, quels qu'ils soient, en l'absence ou indépendamment de toute transposition dans l'ordre interne. Alors que l'effet direct doit être analysé sans égard pour les mesures de réception, l'effet immédiat ne peut exister que sans ces mesures. En outre, l'applicabilité immédiate signifie que la norme est valable dans l'ordre interne sans mesures complémentaires d'exécution. Elle s'étudie sans qu'il soit obligatoirement fait référence aux individus.

Par conséquent, pour que l'individu soit titulaire de droits et devoirs internationaux, et puisse les invoquer devant un juge interne, plusieurs conditions sont nécessaires. La démarche du juge face à l'invocation d'une norme internationale éclaire le chemin. D'une part, la norme internationale doit être applicable dans l'ordre interne : elle doit être valable, c'est-à-dire entrée en vigueur et obligatoire. Cette applicabilité (simple) interne du traité dépend des choix constitutionnels monistes et dualistes. Elle peut être considérée comme immédiate dans un système qui n'exige aucune mesure de réception, bien que même dans les Etats monistes, certaines procédures doivent être respectées. Cependant, affirmer que, dans un système dualiste, "*un traité ne peut produire d'effet dans l'ordre juridique interne*" est faux. Même un traité non incorporé peut être invocable en tant que norme de référence pour l'interprétation d'une norme interne, ce qui peut être considéré comme l'un de ses effets. Dire, en revanche, qu'il n'est pas applicable immédiatement, est juste : il faut une mesure de réception.

Ainsi, le juge vérifiera avant tout si la norme (qu'elle soit conventionnelle ou non) appartient de façon régulière à l'ordre juridique interne. Pour cela, elle doit être obligatoire, non seulement en vertu du droit international, mais aussi du droit interne. D'autre part, il faut que la norme puisse être interprétée comme étant d'effet direct pour les individus, c'est-à-dire que ses auteurs aient entendu viser directement les individus, en la rendant précise et complète. L'effet direct est alors le cœur de l'invocabilité, obligeant les juges internes à analyser une norme qui leur est étrangère. Il doit être étudié indépendamment de toutes les conditions d'insertion et d'application des normes internationales. En pratique, le juge ne procédera à cette étude qu'après avoir vérifié préalablement le respect des conditions d'applicabilité.

En résumé, on considèrera que l'applicabilité directe est formée de deux éléments, qui sont l'applicabilité simple (qu'elle soit immédiate ou non) et l'effet direct. Elle détermine, sauf exception, l'invocabilité de la norme internationale. L'applicabilité

directe dépend donc à la fois de conditions internes (celles de l'applicabilité), et de conditions internationales (celles de l'effet direct).

### ***B. Sémantique anglophone***

On peut constater l'usage de la sémantique anglophone par les auteurs de langue anglaise, mais aussi par les francophones qui émaillent leurs raisonnements de concepts importés dont la signification doit être rapprochée des termes choisis précédemment.

#### 1. Signification dans les usages anglophones

Le Dictionnaire Salmon traduit l'expression "self-executing" par "auto-exécutoire", et explique qu'il s'agit d'un "*terme de doctrine anglo-saxonne dont la portée varie selon les auteurs, certains y voyant la caractéristique d'un traité qui n'exige pas une transposition en droit interne, d'autres celles d'un traité qui n'impose pas de mesures d'exécution en droit interne pour créer des droits ou des obligations à l'égard des particuliers*"<sup>824</sup>. On retrouve ici la difficulté de compréhension, tenant à l'implication d'exigences de droit interne, mêlées à des considérations purement internationales. Affirmer que le traité n'exige pas de mesures de transposition peut paraître maladroit, si l'on considère que cette exigence dépend non pas du traité lui-même mais des systèmes internes. Par ailleurs, on a déjà constaté que la distinction entre mesures de transposition et mesures d'exécution est parfois malaisée.

Les anglophones utilisent donc un terme qui a plusieurs significations bien différentes. Ainsi, comme le souligne P. Daillier, "*il est impossible de proposer une définition universellement acceptée du caractère self-executing des normes internationales dans l'ordre interne*"<sup>825</sup>. Toutefois, il est possible d'exposer l'origine de l'expression, ainsi que ses différents usages contemporains. Deux précédents jurisprudentiels peuvent être mis en relation, dans le contexte de l'application d'un traité international dans l'ordre juridique interne. D'une part, la Cour suprême américaine, en 1829, a considéré qu'un traité pouvait être invoqué par les individus devant des tribunaux internes. Ainsi, l'arrêt *Foster v. Neilson* est généralement considéré comme le point de départ de la doctrine du "self-executing treaty". D'autre part, un siècle plus tard, le 3 mars 1928, la CPJI a considéré que l'objet

<sup>824</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 1093.

<sup>825</sup> P. Daillier, "Monisme et dualisme, un débat dépassé ?", *op.cit.*, p. 9.

d'un traité pouvait être de conférer des droits subjectifs aux individus<sup>826</sup>. Il existe un débat non résolu sur l'interprétation de cet arrêt : il porte sur le point de savoir si le traité crée lui-même directement ces droits ou s'il n'oblige que les Etats qui, par des mesures internes, assureront la création et la réalisation de ces droits. Il ne s'agit pas ici de prendre part à ce débat, mais de souligner une conséquence de l'affirmation de la Cour : l'irruption au niveau international d'une double problématique, non seulement de l'effet direct mais également des règles internes d'incorporation et d'application des traités en droit national. Cette problématique multiple fut également envisagée par l'arrêt de la Cour suprême américaine.

Celle-ci devait répondre à la question de savoir si un traité pouvait être invoqué par des individus, bien qu'il n'ait pas été exécuté par une loi. Elle décrit d'abord la nature du traité, acte entre Nations, et remarque que *"it is carried into execution by the sovereign power of the respective parties"* : à ce stade de la décision, il n'est nullement question de savoir si la norme est d'effet direct ou au contraire incomplète, et si elle a besoin d'être précisée par une disposition interne. Il s'agit uniquement d'étudier la façon dont les autorités américaines concevaient l'incorporation du traité au droit interne. Ensuite, la Cour suprême devait statuer sur son invocabilité. 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*

---

<sup>826</sup> CPJI 3 mars 1928, avis relatif à la *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Recueil, série B, No. 15, p. 17 : *"on peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le Beamtenabkommen, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour les particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux"* : on peut reconnaître dans ces phrases la notion d'effet direct, notamment à travers l'objet du traité et l'intention des parties, et celle de l'invocabilité devant les juridictions internes. Par conséquent, la Cour semble traiter ici des conditions de l'applicabilité directe d'un traité.

*for the court*'<sup>827</sup>. La première phrase ne révèle pas clairement s'il est question d'un traité qui "opère par lui-même", dans le sens où la pratique moniste permet qu'il soit obligatoire sans nécessiter une transposition, ou dans le sens d'une norme suffisamment précise pour ne pas prendre un complément normatif interne. Elle semble mêler les deux considérations. Cependant, la seconde phrase vient clarifier la première. Ainsi, il est implicitement fait référence à la nature même du traité : s'il implique un "contrat", c'est-à-dire une relation uniquement interétatique, il ne saurait concerner ni les juges ni les individus, mais uniquement le pouvoir politique chargé de lui donner force obligatoire et applicabilité. Plus que d'invocabilité, c'est des limites du pouvoir judiciaire qu'il est question.

De cet arrêt, la doctrine a retenu l'expression "self-executing", au demeurant non expressément prononcée par la Cour. Que signifie alors le caractère auto-exécutoire ? Dépend-il du droit interne, ou du droit international ? C'est sur le terme "exécution" que porte probablement la confusion, entre les mesures d'introduction en droit interne (qui rendent la norme obligatoire), et les mesures de complément (qui rendent la norme applicable). Or, "exécutoire" se rapporte à la notion de règle obligatoire : rendre une norme exécutoire, c'est obliger une personne à la respecter, sous peine "d'exécution" forcée<sup>828</sup>. Une norme internationale peut être obligatoire dans l'ordre interne sans avoir été posée comme telle par une seconde norme, interne cette fois-ci. On reconnaît là le principe fondamental du monisme. Dans ce sens, le caractère "self-executing" du traité dépend du droit constitutionnel de chaque Etat, et se rapproche de ce que l'on a appelé "applicabilité immédiate". Cependant, suite à l'arrêt *Foster v. Neilson*, la majorité de la doctrine semble avoir traduit l'expression par applicabilité directe. En effet, le raisonnement dégagé par la Cour suprême avait pour conséquence de rendre la norme internationale non invocable, donc non directement applicable aux individus.

---

<sup>827</sup> United States Supreme Court, *Foster v. Neilson*, 9 mars 1829, 27 US (2 Pet.) 253 (1829), p. 314. Les requérants invoquaient un traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Espagne, datant de 1819, relatif à des concessions de terres, cédées par l'Espagne à la France, puis par la France aux Etats-Unis (Louisiane et Floride). Espagne et Etats-Unis ne s'accordaient pas sur le sens des termes du traité, et les propriétaires de terres concédées ignoraient sous quelle juridiction ils se situaient précisément. Si la Cour avait accepté de répondre, cela l'aurait conduit à trancher la question de la souveraineté sur ces territoires. Considérant la question comme un problème politique plus que juridique, elle évita ainsi de répondre, préférant analyser le traité en question comme non-self-executing. L'article 8 du traité disposait que "all the grants of land... shall be ratified and confirmed to the persons in possession of the lands" : or, le législateur n'avait pas promulgué de loi visant à confirmer les concessions effectuées par le traité. Cependant, on peut souligner que quatre ans plus tard, sur le même problème (et le même article de ce traité), la Cour inversa son interprétation du terme "shall", pour considérer ledit traité comme self-executing : la confirmation du législateur n'était plus considérée comme obligatoire (*US v. Percheman*, 1833).

<sup>828</sup> C'est le principe, par exemple, de l'*exequatur* : une décision de justice étrangère n'a pas de force obligatoire en France si elle n'a pas été déclarée "exécutoire" par une juridiction interne française.

Ainsi, "self-executing" peut désigner l'option moniste de l'applicabilité immédiate (sans mesure d'introduction), tout comme l'effet immédiat (sans mesure de complément normatif). Mais, dans ses conséquences contentieuses sur les individus, l'expression peut aussi désigner la qualité d'effet direct, comme semble le faire la Cour en évoquant l'idée de contrat interétatique. Elle peut encore se référer à l'applicabilité directe, impliquant l'invocabilité de la norme, compte tenu des éléments précédents. Les quatre expressions qui ont été retenues dans la sémantique francophone sont ici signifiées par une seule. Pourtant, il peut paraître important de les distinguer.

Certains auteurs anglophones ont tenté de le faire. Ainsi, T. Buergenthal insiste sur la nécessité de ne pas confondre ce qui relève du droit interne et ce qui relève du droit international. Le droit national connaît plusieurs manières, monistes ou dualistes, de recevoir les traités dans l'ordre interne. Le phénomène moniste doit, selon lui, être qualifié de "self-executing". En revanche, indépendamment de ces questions de réception, la norme internationale peut avoir l'intention de conférer directement des droits et des devoirs invocables aux individus : c'est ce qu'il nomme "direct applicability". Ainsi, *"it may be useful not to confuse the domestic law concept of self-executing treaties with its international law analogue"*<sup>829</sup>. Il propose alors une dissociation que l'on connaît déjà : *"to avoid confusion, we will try in these lectures to use the terms "self-executing" and non self-executing" when dealing with the domestic application of treaties, reserving the concept of "directly applicable" to the international law obligation to make the provision self-executing on the domestic plane"*<sup>830</sup>. Pour l'auteur, la notion de "self-executing" se rapporte uniquement au choix interne de ne pas réceptionner la norme internationale par le biais d'une norme interne, puisqu'il étudie ensuite les systèmes monistes et dualistes<sup>831</sup>. Cette conception du caractère "self-executing" peut ici être rapprochée de la question de l'immédiateté. En outre, il précise bien que, pour qu'une norme soit "self-executing", il n'est nullement indispensable que les auteurs aient entendu conférer des droits invocables aux individus. La distinction entre applicabilité immédiate et applicabilité directe est ainsi relativement claire : *"for a treaty to be self-executing, however, it is not necessary that the states parties to it should have intended to make its provisions directly applicable... In the case of directly applicable treaties, the contracting States are deemed to have assumed two international legal*

<sup>829</sup> T. Buergenthal, "Self-executing and non self-executing Treaties", *RCADI* 1992-4, p. 319.

<sup>830</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>831</sup> S'ensuit donc, dans son article, une longue étude des systèmes monistes et dualistes. Or, le lecteur, quelque peu interloqué, pourra constater qu'il considère ensemble dans le monisme des Etats tels que l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie et la France... Ainsi, il affirme notamment que *"in many monists States a duly ratified treaty has a normative status equivalent to that of national legislation. Here the treaty overrides prior statute law and may in turn be superseded by it. This is true, for example, in Mexico, Uruguay, Germany, Italy, the United States"* (p. 341, c'est nous qui soulignons). En fin de compte, pour ce qui concerne l'Europe, il inclut dans le dualisme uniquement Royaume-Uni et Irlande. On peut alors se demander si l'auteur ne confond pas, dans une certaine mesure, l'opposition entre *common law et civil law*, et celle entre monisme et dualisme.

*obligations : one relating to the substance of the right and the other relating to the manner of its domestic enforcement*"<sup>832</sup>. Selon son raisonnement, si un traité peut être "self-executing" sans être directement applicable, en revanche il ne sera directement applicable que s'il est "self-executing". En effet, l'applicabilité directe implique que les auteurs aient eu l'intention de maîtriser tant le contenu de la norme, qui confère des droits subjectifs individuels, que la manière dont elle doit être mise en œuvre, c'est-à-dire sans intervention législative. Sa distinction binaire contribue ainsi à clarifier le concept de "self-executing". Néanmoins, elle laisse subsister des incertitudes. Sa notion de "self-executing" dépend bien du droit interne, mais ne distingue pas clairement entre mesures d'insertion et mesures complémentaires d'exécution. En outre, sa notion d'applicabilité directe, quant à elle, n'est pas distinguée de la notion d'effet direct, apparemment inconnue du langage anglo-saxon.

Un autre 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*"<sup>833</sup>. 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 (sans distinguer, là encore, législation de réception et législation d'application). Ces quatre définitions sont autant de raisons avancées par les juges, selon l'auteur, pour refuser le caractère self-executing du traité. La première définition du terme, 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 "private right of action doctrine", propre à la problématique de l'invocabilité : le traité ne sera invocable que s'il établit un droit d'action individuelle.

Cependant, s'il permet de mieux comprendre les refus des juges américains, cet article est uniquement destiné à inciter ceux-ci à déclarer plus clairement quelles sont les raisons de leurs choix. On n'y retrouve pas pour autant les distinctions théoriques effectuées par la sémantique francophone. En outre, il ne s'agit pas de définir théoriquement le (ou les) concept(s) de self-executing, mais d'exposer la pratique judiciaire, qui ne s'embarrasse guère de considérations théoriques. Ainsi, ces quatre

<sup>832</sup> T. Buergenthal, "Self-executing and non Self-executing Treaties", *op.cit.*, p. 328.

<sup>833</sup> C.M. Vasquez, "The Four Doctrines of Self-executing Treaties", *AJIL*, 1995, pp. 695-723.

"doctrines" sont, en réalité, relatives aux différents critères de l'invocabilité (ou plutôt de l'absence d'invocabilité) des normes internationales.

La correspondance entre sémantique francophone et anglophone semble donc plus qu'aléatoire. On perçoit alors le problème que peut poser l'usage du terme chez les auteurs francophones : ceux-ci ne définissent pas suffisamment dans quel sens ils l'entendent. Il semble que la plus grande partie de la doctrine traduise "self-executing" par "applicabilité directe".

## 2. Usage par les auteurs francophones

Un manuel français indique que *“un traité ou une disposition d'un traité est self-executing lorsque son application n'exige pas de mesures complémentaires... Au contraire, les traités ne présentant pas un caractère self-executing ne se suffisent pas à eux-mêmes et les Etats parties doivent prendre les mesures internes nécessaires à leur exécution”*<sup>834</sup>. Dans cette affirmation, la nature "auto-suffisante" du traité est prise en compte, ce qui constitue une référence à la question de son effet immédiat, voire direct, bien que les individus ne soient pas évoqués. Indépendamment des considérations constitutionnelles, on cherche à savoir si le traité peut être appliqué sans mesures complémentaires ou non. Cette question est nommée différemment par J. Verhoeven, qui utilise à son tour un terme anglophone, bien que rarement utilisé par les anglo-saxons eux-mêmes. L'auteur souligne que *“est autrement dit self-sufficient la règle internationale dont le dispositif énonce en lui-même une règle de conduite obligatoire pour les destinataires qui y sont visés. Le caractère self-sufficient désigne en ce sens une applicabilité autonome de la règle internationale, caractéristique de l'aptitude normative qui lui est propre”*<sup>835</sup>. On a déjà constaté que J. Verhoeven n'utilise pas le terme "effet direct" : la raison en est dans ce nouvel emprunt à la langue anglaise.

Ainsi, deux situations similaires sont baptisées par deux termes différents. En revanche, d'autres utilisent l'expression "self-executing" dans un tout autre sens, correspondant à la notion d'applicabilité immédiate, qui fait intervenir les choix constitutionnels. Ainsi, H. Tourard affirme que *“on parle de traité self-executing pour désigner le traité qui, en vertu du droit constitutionnel de l'Etat, est automatiquement inséré dans l'ordre juridique dès sa ratification et sa publication par l'Etat et son entrée en vigueur au plan international”*<sup>836</sup>. Alors que pour le manuel cité, le caractère "self-executing" dépend de la qualité de la norme internationale, il dépend ici du droit constitutionnel de chaque Etat.

<sup>834</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, 6<sup>ème</sup> édition, p. 231.

<sup>835</sup> J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *op.cit.*, pp. 248-249.

<sup>836</sup> H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales, op.cit.*, p. 547.

En outre, on peut également citer l'usage qui est fait du terme par G. Burdeau. Elle distingue clairement les deux conditions présidant à l'application interne d'une norme internationale, la première étant celle de l'insertion selon les modalités constitutionnelles. A cela s'ajoute la seconde condition, "*qui est celle du caractère directement applicable des dispositions conventionnelles (ou comme le dit de manière plus expressive le terme anglais self-executing)*"<sup>837</sup>. Il s'agit encore d'une autre signification, venant se superposer aux précédentes. Elle est également imprécise : d'une part, sa seconde condition exclut les choix constitutionnels d'insertion, ce que l'on a contesté, puisque parmi les critères de l'applicabilité directe figurent les conditions d'applicabilité prévues par les différents ordres internes. D'autre part, le terme self-executing est véritablement loin d'être plus expressif que celui d'applicabilité directe, qui n'est que l'un de ses équivalents français. Si celui-ci peut faire l'objet de plusieurs appréciations, son associé anglophone est encore plus équivoque.

Pourtant, l'usage du vocabulaire anglophone est fréquent, non seulement parmi les universitaires, mais également parmi les membres réputés des juridictions françaises que sont les commissaires de gouvernement. En effet, si R. Abraham, dans ses nombreuses conclusions, a toujours utilisé les termes "effet direct" ou "applicabilité directe", d'autres, comme F. Scanvic, utilisent une traduction littérale (imparfaite) de "self-executing", c'est-à-dire "directement exécutoire". Ainsi, celui-ci affirme d'abord que "*le caractère directement exécutoire d'une convention en droit interne d'un des pays signataires dépend bien évidemment au premier chef de la conception qu'a ce pays des rapports entre le droit international et le droit national*"<sup>838</sup>. Il explique ensuite que seul un système moniste peut connaître de tels traités<sup>839</sup>. Il fait ensuite le lien entre le caractère exécutoire et l'invocabilité du traité, estimant qu'un traité n'est invocable que s'il respecte cette première condition (non unique). Il en conclut que "*...si toutes les conventions directement exécutoires, c'est-à-dire qui ne nécessitent aucune mesure de transcription en droit interne, ne sauraient toutes être directement invoquées par les parties, il apparaît en revanche difficilement envisageable qu'une convention qui ne serait pas directement applicable puisse être invoquée*". Il semble donc, à l'instar de G. Burdeau, assimiler "directement exécutoires" à "directement applicables", bien que leur définition du caractère directement applicable soit différente.

<sup>837</sup> Déjà cité, *supra*, note 527.

<sup>838</sup> Conclusions F. Scanvic sous CE 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bonilliez*, RFDA 1993, p. 796.

<sup>839</sup> Cela le conduit à juger que, dans un système dualiste, un traité ne peut être "directement exécutoire", donc "directement applicable" et, partant, ne peut donc jamais être invoqué par des particuliers : "*Nous pensons...qu'une approche moniste n'est certainement pas suffisante pour autoriser l'invocation directe d'une convention par des citoyens, mais qu'elle est à tout le moins indispensable, la conception dualiste étant par essence ou par construction radicalement incompatible avec une telle possibilité*" (p. 797). Or, on a souligné que cette interprétation d'un système dualiste était partiellement incorrecte : bien que reprises dans une loi interne, ce sont bien les normes internationales qui sont invoquées par les particuliers et interprétées par les juges.

Il semble qu'en matière d'applicabilité directe des normes internationales, le vocabulaire reflète la complexité du problème, quelle que soit la langue employée. Par conséquent, on se joindra à la prudence recommandée par le Dictionnaire Salmon, qui voit dans le terme "self-executing" "*une expression anglo-saxonne qu'il convient de ne pas utiliser en français*"<sup>840</sup>.

Outre les clarifications sémantiques, la question du rapport entre la norme internationale et son destinataire individuel nécessite un examen des compétences du juge interne. En effet, c'est lui qui, la plupart du temps, répondra à la question de savoir si la norme internationale est d'effet direct, d'applicabilité directe, et invocable par les individus. C'est par la voie contentieuse que s'apporte la preuve de la titularité de droits subjectifs internationaux. Or, les compétences juridictionnelles en matière d'identification de l'applicabilité directe par les juges sont de plus en plus approfondies. Quelles sont ces compétences ? Que doit vérifier le juge, avant de parvenir à la conclusion qu'une norme internationale est invocable par un sujet de droit interne ?

## **II. Clarification des compétences juridictionnelles d'identification de l'applicabilité des normes internationales**

La reconnaissance et l'utilisation des normes internationales par les juridictions internes semblent, aujourd'hui, aller de soi. Cela n'a pas toujours été le cas, soit que les juges considèrent qu'il ne s'agit pas de droit, soit qu'ils n'aient pas toutes les compétences nécessaires pour statuer en la matière. Avant tout, le juge doit posséder un pouvoir d'interprétation de ces normes. Or, l'empiètement sur les prérogatives du pouvoir exécutif le conduit souvent à une attitude d'auto-limitation (*judicial restraint*), commune à tous les systèmes. Cependant, cette compétence d'interprétation est unanimement reconnue (A). Elle entraîne dans son sillage un contrôle des normes internationales qui s'accroît régulièrement (B).

### ***A. Le pouvoir d'interprétation des normes internationales***

L'interprétation des normes internationales par leurs auteurs et par les juges internationaux est une chose, celle des juges internes en est une autre. Des règles générales d'interprétation des normes internationales existent (1). Cependant, l'interprétation des juges internes, si elle évolue, est soumise aux règles internes régissant leurs compétences respectives (2).

---

<sup>840</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 1026.

## 1. Règles générales d'interprétation des traités

Le droit international fournit les grandes lignes de l'interprétation de ses normes, codifiées par la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités, dans les articles 31 à 33<sup>841</sup>. Ceux-ci synthétisent les trois grandes méthodes d'interprétation, utilisées non seulement pour le droit international, mais pour toute norme juridique en général. Ainsi, il existe “trois règles d'interprétation généralement mentionnées : celle de la textualité, qui donne la primauté à l'expression formelle de l'instrument ; celle de l'intentionnalité, qui, au-delà du texte, s'attache à l'intention commune des parties ; celle de la

---

<sup>841</sup> “Article 31 – Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexe inclus :

- a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les Parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
- b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

- a) De tout accord ultérieur intervenu entre les Parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ces dispositions ;
- b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des Parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
- c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des Parties.

### Article 32 – Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable”.

L'article 33, quant à lui, explique que toutes les versions officielles font foi et que les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans toutes les langues officielles. En cas de différence, il faut tenir compte de l'objet et du but et concilier les interprétations. Voir P.M. Dupuy, *Grands textes de droit international public, op.cit.*, pp. 254-255. Pour une utilisation de la règle *contra proferentem*, comme moyen auxiliaire de détermination d'une ambiguïté persistante (face à une règle vague ou silencieuse), lorsque les autres moyens (articles 31 et 32 de la Convention) ont échoué, voir H. Barati, “La règle d'interprétation *contra proferentem* en droit international”, *RGDIP* 1999, pp. 891-926.

*finalité, qui s'attache au but de la règle*"<sup>842</sup>. La Convention de Vienne ne choisit pas entre les trois règles, mais préconise un équilibre entre elles. De façon préliminaire, l'article 31 évoque la bonne foi de l'interprète. Cela a conduit certains auteurs à s'interroger sur cette personne. La bonne foi exigée est-elle celle des auteurs du traité, ou seulement celle du juge-interprète, par exemple ? On peut estimer raisonnablement qu'"il s'agit de l'obligation de s'inspirer pour interpréter un traité, de la bonne foi qui devrait animer les parties si elles étaient elles-mêmes appelées à rechercher le sens du texte qu'elles ont formulé"<sup>843</sup>. Il ne s'agit pas d'un critère supplémentaire, mais d'un élément censé guider l'ensemble du processus d'interprétation.

L'interprétation textuelle est la première envisagée par la Convention, qui se réfère au sens ordinaire des termes du traité. Il doit être recherché, non de façon abstraite, mais en le confrontant à la situation concrète à laquelle le texte doit être appliqué. Il s'agit du point de départ de l'interprétation, qui peut se cantonner à ce seul critère, si le résultat est clair. Cependant, il est précisé que ce critère doit impliquer tout le texte du traité, préambule et annexes inclus ; en effet, des clauses interprétatives peuvent y figurer et clarifier une disposition...("aux fins de...l'expression s'entend de..."). En outre, cette première méthode implique également l'étude du contexte contemporain du traité, composé des accords et instruments datant de la période de sa conclusion, mais également du contexte ultérieur de son application par les Etats parties. Ce critère est présenté comme étant le plus objectif, indépendant de la volonté subjective des auteurs ou des interprètes du texte.

Vient ensuite l'interprétation fonctionnelle, autrement appelée téléologique, qui prend en compte la finalité de la norme considérée. Ainsi, le traité doit être interprété "à la lumière de son objet et de son but". Cette méthode peut conduire à faire produire des effets à un traité, qui dépassent non seulement le sens ordinaire du texte, mais qui vont également au-delà de la volonté des parties. Il s'agit alors du critère qui, tout en la recherchant, peut le plus se détacher de la commune intention des parties, et d'une conception strictement contractualiste et volontariste des normes internationales. Si

---

<sup>842</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 175. Cette présentation des trois méthodes d'interprétation, tout à fait classique, ne correspond pas exactement à celles que l'on peut répertorier au Dictionnaire Salmon. En effet, y figurent bien l'interprétation textuelle, ainsi que l'interprétation fonctionnelle (ou téléologique), qui prend en compte la finalité de la norme. Cependant, on peut également relever l'interprétation systématique : elle fait référence au contexte d'un système, notamment d'une organisation internationale ou, plus largement, de "*l'organisation institutionnelle et normative de la communauté internationale*". Elle est présentée comme une "*méthode se fondant sur la cohérence de l'ensemble normatif institué par un traité*" mais aussi "*par extension, s'agissant notamment du traité constitutif d'une organisation internationale, méthode déduisant d'un faisceau de règles posées par ce traité, comme découlant logiquement de leur finalité, certains effets qui n'y étaient pas expressément prévus*" : *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 606. Le dernier point, qui envisage un résultat de l'interprétation indépendant de la volonté originaires des parties, peut alors être rapproché d'une interprétation téléologique, qui met l'accent sur la notion de finalité.

<sup>843</sup> M.K. Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne", *RCADI* 1976-3, p. 22.

l'auteur de l'interprétation possède un pouvoir autoritaire (comme tel est le cas pour la CJCE, par exemple), cette méthode peut lui permettre d'imposer des obligations non prévues à l'origine. Cependant, l'usage combiné des termes objet et but n'est pas innocent, car ils ne se confondent pas nécessairement : l'objet étant relatif au contenu du traité, seule la référence au but est réellement téléologique<sup>844</sup>.

L'absence de hiérarchie entre ces deux critères, dont l'un s'attache au texte alors que l'autre peut s'en détacher, ne masque pas les préférences idéologiques pour l'un ou pour l'autre. Ainsi, la délégation américaine, dirigée par M. McDougal, s'était fermement opposée à la signature de la Convention de Vienne, qui, selon elle, s'attachait trop à l'interprétation textuelle. L'auteur américain aurait souhaité y introduire un amendement qui accorde davantage de place aux sources secondaires d'interprétation<sup>845</sup>. Cependant, la tradition internationaliste veut que l'on prenne en compte, du mieux possible, la volonté commune des parties, à travers le texte.

Présente de façon implicite dans la règle générale d'interprétation de l'article 31.1, l'intentionnalité ne figure expressément que dans le paragraphe 4 de cet article. Méthode d'interprétation subjective, son importance par rapport aux deux précédentes est discutée. Certains estiment que l'intention des parties doit être le seul guide et la seule fin de l'interprétation ; d'autres considèrent que la volonté commune des parties est parfois un mythe introuvable. Ainsi, J. Verhoeven semble accorder la priorité presque exclusive à l'intention des Etats, affirmant notamment que *"pour qu'une règle internationale soit directement applicable, il faut et il suffit que les auteurs l'aient voulu telle"*<sup>846</sup>. A l'inverse, D. Alland soutient que *"quant à la recherche de la mythique "intention des parties" au travers du vocabulaire employé, ...c'est une recherche qui peut conduire à tous les résultats imaginables"*<sup>847</sup>. L'intention des parties devrait alors être considérée, non pas comme une méthode ou un critère d'interprétation, mais comme le but général de l'interprétation. Elle doit être recherchée par l'analyse des termes du texte combinée avec l'étude de son objet.

---

<sup>844</sup> Ainsi, certains affirment que objet et but se confondent, tous deux étant liés à la notion d'objectif. D'autres, en revanche, ont une conception plus restrictive et plus littérale de l'objet, qui ne serait alors que l'ensemble des droits et obligations énoncés par les normes du traité. Selon M.K. Yasseen, *"il est possible d'affirmer qu'en employant conjointement les deux termes objet et but, la Convention de Vienne a voulu énoncer un critère que forment les sens raisonnablement combinés de ces deux termes. Ce critère peut donc être : ce que les parties ont voulu atteindre dans les limites des normes qu'elles ont formulées"*. Dès lors, cette conception reste étroitement liée à la volonté des parties, comme au texte. M.K. Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne", *op.cit.*, p. 57.

<sup>845</sup> Voir M. McDougal, "The International Law Commission's Draft Articles upon Interpretation of Treaties", *AJIL* 1967, p. 992. Par ailleurs, l'expression "d'effet utile", qui figurait dans l'un des rapports préliminaires de la CDI, n'a pas été retenue dans le texte final de la Convention : l'on craignait qu'elle ne permette une interprétation téléologique excessive. Voir M.K. Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne", *op.cit.*, p. 71-72.

<sup>846</sup> J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *op.cit.*, p. 259.

<sup>847</sup> D. Alland, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *op.cit.*, p. 224.

L'ensemble de ces règles d'interprétation, codifiées pour la matière conventionnelle, ne renseigne pas sur la marche à suivre pour les autres sources du droit international. De même, les études doctrinales sur le sujet sont rares. Cependant, on peut affirmer que les critères fournis par la Convention de Vienne sont tout à fait applicables aux actes internationaux unilatéraux. Ainsi, les résolutions des organisations internationales connaissent un processus de formation qui s'apparente de plus en plus à celui des traités<sup>848</sup>. En outre, un projet d'articles relatifs aux actes unilatéraux des Etats est en cours de rédaction au sein de la Commission du droit international. En ce qui concerne leur interprétation, le rapporteur a calqué ses propositions sur la Convention de Vienne relative aux traités, avec cependant une distinction qui peut avoir de l'importance : il estime qu'il convient de prendre davantage en compte la volonté de l'auteur de l'acte, plus significative encore que pour un traité. Ainsi, l'acte doit être interprété, non seulement suivant le sens ordinaire des termes, mais aussi "à la lumière de l'intention de l'Etat qui le formule", phrase qui vient remplacer "à la lumière de son objet et de son but"<sup>849</sup>. Quant au droit international coutumier, il soulève une double difficulté : avant même de pouvoir appliquer ces règles d'interprétation, il faut avant tout pouvoir identifier la coutume. La recherche de l'*opinio iuris* correspond alors à l'intention commune des Etats, tandis que la pratique correspond peu ou prou au contexte, à défaut du texte.

Quoi qu'il en soit, il n'est guère de normes qui ne prêtent à au moins deux lectures différentes. De plus, leur interprétation n'est pas un exercice théorique et doctrinal, mais appliqué à une situation concrète : dès lors, si la situation à laquelle la règle est appliquée varie, l'interprétation de cette règle peut varier également. L'harmonisation est difficile, d'autant plus qu'il n'existe pas d'organe centralisé au niveau international chargé de cette tâche. On souligne fréquemment le risque de distorsion qui existe entre les différentes jurisprudences des tribunaux internationaux. Il est encore accru en droit interne, où les degrés et méthodes d'interprétation peuvent varier, d'une juridiction à l'autre, et d'un Etat à l'autre.

## 2. Pouvoir d'interprétation des normes internationales par les juges internes

Pour les juges internes, il n'existe aucun équivalent au recours préjudiciel obligatoire en droit communautaire européen : face à une norme communautaire

<sup>848</sup> Voir par exemple E. Canal-Forgues, "Remarques sur le recours aux travaux préparatoires", *RGDIP* 1993, pp. 917s. L'auteur affirme que les principes d'interprétation de la Convention de Vienne sont applicables sans difficulté au droit non conventionnel, qu'il s'agisse des actes unilatéraux ou du droit coutumier. L'affirmation est notamment valable pour l'utilisation des travaux préparatoires, souvent utilisés pour identifier une coutume.

<sup>849</sup> Pour une critique de cette modification, voir C. Santulli, qui estime que "rien ne justifie la suppression de la référence à l'objet et au but de l'acte, et d'autant moins qu'ils sont indispensables pour établir, à partir du texte, l'intention de l'auteur" : "Travaux de la CDI", *AFDI* 2001, p. 369.

obscur, le juge interne doit saisir la CJCE, seule habilitée à fournir une interprétation de la norme. Ce système vise à rendre cohérente l'application du droit communautaire dans les différents Etats membres. Or, pour le droit international, la cohérence n'est pas de mise. Chaque juridiction interne développe sa propre conception des règles internationales, dans la limite des pouvoirs dont elle dispose, ou qu'elle veut bien se reconnaître. On connaît l'opposition qui a eu cours pendant longtemps, entre les juges constitutionnels et administratifs français, se renvoyant la balle du contrôle de conventionnalité, chacun estimant qu'il était du ressort de l'autre. Le Conseil constitutionnel, refusant d'inclure les traités dans le bloc de constitutionnalité, ne pouvait donc contrôler les lois par rapport aux normes internationales. A l'inverse, le Conseil d'Etat considérait qu'effectuer un tel contrôle le conduirait à une analyse de l'article 55 de la Constitution et à un contrôle de constitutionnalité des traités. Ces considérations diverses pouvaient limiter considérablement le pouvoir de vérification des juges internes sur l'application des normes internationales.

Actuellement, l'ensemble des juridictions étatiques possède ce pouvoir d'interprétation, considéré comme partie intégrante de la fonction juridictionnelle<sup>850</sup>. Les juges appartenant aux systèmes dualistes sont également impliqués. On a ainsi pu constater que, même au Royaume-Uni, ils se réfèrent de plus en plus au texte original du traité, alors même qu'il n'est qu'évoqué dans l'acte de transposition<sup>851</sup>. Le plus souvent, c'est bien la norme internationale qui est interprétée, non son "récepteur" interne. Les dernières réticences en la matière sont tombées en 1990, lorsque le Conseil d'Etat français a enfin accepté de se rallier à l'attitude de l'ensemble des juges étrangers, et s'est reconnu le pouvoir d'interpréter lui-même un traité. Les juges français étaient en effet les seuls à considérer que cette fonction les conduirait à s'immiscer dans la conduite des affaires extérieures et, par voie de conséquence, à effectuer un renvoi

---

<sup>850</sup> L'affirmation doit être comprise comme impliquant les systèmes étatiques comparables au nôtre. 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.

<sup>851</sup> Voir *supra*, p. 271.

préjudiciel au ministre des affaires étrangères<sup>852</sup>. Cela ne signifie pas qu'ils n'étaient jamais amenés à connaître des normes internationales : ils recouraient à la théorie de l'acte clair, notamment en droit communautaire, ce qui leur permettait notamment de contourner l'obligation de renvoi à la CJCE. Or, affirmer que le sens d'une norme est clair, c'est déjà quelque peu interpréter cette norme<sup>853</sup>. La pratique du Conseil d'Etat allait déjà bien au-delà d'une signification évidente. R. Abraham faisait ainsi ironiquement remarquer au Conseil d'Etat que *"vous avez en effet largement invoqué le caractère "clair" des clauses conventionnelles... dans des cas où la clarté n'était pas le principal mérite de la disposition invoquée"*<sup>854</sup>. Le revirement opéré par le Conseil d'Etat a ainsi montré la voie en France, notamment à la Cour de cassation. En effet, celle-ci acceptait d'interpréter une norme internationale, à la seule condition que son objet porte sur des intérêts privés, et non sur le droit international public, ou "l'ordre public international". Cette distinction semble avoir été abandonnée, le juge judiciaire possédant désormais un plein pouvoir d'interprétation<sup>855</sup>.

La pratique des juges français, depuis, n'a pas connu un changement radical, compte tenu de l'utilisation très courante de la notion d'acte clair. Toutefois, la reconnaissance de cette compétence de principe a probablement entraîné certaines conséquences supplémentaires. En effet, dans la lignée de cette jurisprudence, le juge se reconnaît un pouvoir croissant de contrôle sur les normes internationales. Les conditions d'invocabilité de ces normes se précisent régulièrement, notamment en ce qui concerne la notion fondamentale d'effet direct. Tel est également le cas sur les conditions préalables d'invocabilité, relatives à l'applicabilité des normes dans l'ordre juridique interne.

---

<sup>852</sup> Sur la proposition de R. Abraham, douze ans après le commissaire de gouvernement D. Labetoulle (qui considérait ce renvoi comme une "mutilation de la fonction juridictionnelle"), le Conseil d'Etat a opéré un revirement de jurisprudence par l'arrêt GISTI du 29 juin 1990. Conclusions R. Abraham, *AJDA* 1990, pp. 621-629, suivies du texte de l'arrêt et d'une note G. Teboul, pp. 631-640. Réfutant un à un les arguments en faveur du renvoi au ministre, R. Abraham exposait au Conseil d'Etat que l'ensemble des juridictions européennes interprétait sans difficulté les normes internationales, que le recours aux travaux préparatoires était facilité par une plus grande publicité, et surtout que le juge n'était pas inapte à appliquer les principes de la Convention de Vienne en matière d'interprétation. Quant à la crainte d'empiéter sur les prérogatives du pouvoir exécutif, *"on ne sache pas qu'à l'étranger le pouvoir d'interprétation qu'exercent les tribunaux mette fréquemment le gouvernement dans des embarras diplomatiques"* (p. 627). Pour une analyse approfondie de ce revirement, voir S. Laugier-Deslandes, *Les méthodes d'interprétation du juge français face au droit international*, Thèse Paris I, 2001, notamment pp. 155-200.

<sup>853</sup> Tout dépend si l'on considère que l'interprétation est une fonction de connaissance ou de volonté. Si elle est fonction de connaissance, on peut considérer que ce que l'on connaît clairement n'a pas à être interprété : doit l'être uniquement ce qui possède un sens caché. Si elle est fonction de volonté, alors on remarquera, comme l'a d'ailleurs fait R. Abraham au Conseil d'Etat, que *"...par le biais de la notion d'acte clair vous exercez déjà un important pouvoir d'interprétation des traités"*. R. Abraham, conclusions sous CE 29 juin 1990 GISTI, *op.cit.*, p. 626.

<sup>854</sup> *Ibid.*, p. 626.

<sup>855</sup> Cour de Cassation, 19 décembre 1995, *Banque africaine de développement*, Gazette du Palais, 28-29 juin 1996, note G. Cohen-Jonathan.

**B. Le pouvoir croissant sur les critères préalables d'invocabilité : exemple français**

Avant de rechercher si les normes internationales possèdent un effet direct sur les individus, les juges français vérifient les conditions de leur applicabilité dans l'ordre juridique interne. Par un contrôle de la validité externe de ces règles, ils vérifient leur caractère obligatoire en droit interne (1). Cependant, l'ambiguïté des exigences constitutionnelles les conduit notamment à une appréciation variable des critères de la publication et de la réciprocité (2).

## 1. Le contrôle de la validité externe des normes internationales

Le juge recherche avant tout le caractère obligatoire de la norme internationale en droit interne. Cela peut le conduire à apprécier d'abord sa validité au niveau international, mais pas systématiquement. Face à une coutume internationale, la difficulté d'identifier celle-ci conduit nécessairement à l'analyse de sa formation et de son application en droit international. En l'absence de procédures d'entrée en vigueur du droit international général en droit interne, c'est donc sa validité internationale qui détermine sa validité interne. L'invocabilité de la coutume est ainsi simplifiée, en quelque sorte, par l'inexistence des critères préalables d'applicabilité imposés au droit écrit. Face à un acte unilatéral, en revanche, les difficultés se multiplient. En effet, tous ne sont pas internationalement obligatoires, loin s'en faut. Certaines décisions récentes montrent à quel point les juges sont mal à l'aise pour apprécier la distinction entre une recommandation de l'Assemblée générale et une résolution obligatoire du Conseil de sécurité, voire entre deux actes du Conseil de sécurité<sup>856</sup>. Le manque d'informations ou de formation des juges sur cette problématique relativement récente se fait vivement ressentir. Deux problèmes se posent, l'un sur la valeur obligatoire de l'acte, l'autre sur sa distinction avec un traité international. Ainsi, certains actes internationaux ont été appliqués, alors même qu'ils n'étaient pas dotés de force obligatoire en droit international. L'exemple emblématique de ces difficultés est celui de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) : recommandation de l'Assemblée générale, non obligatoire, elle est régulièrement appliquée en droit interne par le juge judiciaire<sup>857</sup>. A l'inverse, le juge administratif refuse absolument son invocabilité, après une étude de ses conditions d'incorporation au droit interne. Sans véritablement rechercher quelle est sa valeur juridique au niveau international, c'est au regard de

<sup>856</sup> Voir *supra*, note 790.

<sup>857</sup> C. Deffigier, "L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire", *op.cit.*, notamment pp. 65-69. La jurisprudence, abondante en la matière (notamment pour la chambre criminelle de la Cour de cassation), reconnaît ainsi un effet direct à de nombreux articles de la DUDH. Cependant, cette attitude ne fait pas l'unanimité, même au sein de cette juridiction. Bien que l'auteur affirme qu'il s'agit d'une décision isolée, la chambre sociale a considéré en 1998 que la Déclaration n'était pas d'effet direct. On peut également souligner qu'au demeurant, la décision ne se penche nullement sur la validité interne de cet acte particulier.

l'article 55 qu'il l'analyse : ainsi, bien qu'elle ait été publiée au Journal officiel, cette publication "*ne permet pas de la ranger dans les traités diplomatiques régulièrement ratifiés*"<sup>858</sup>. C'est donc l'absence de ratification qui emporte sa qualification. Le juge n'aurait-il pu se contenter de constater qu'il ne s'agit pas d'un traité mais d'une recommandation ?

Face à un traité, le contrôle du juge est facilité par l'existence de règles constitutionnelles. Ainsi, il tient d'abord compte de la ratification "régulière" du traité. Il n'analyse pas pour autant son entrée en vigueur internationale, présupposée par l'entrée en vigueur interne. L'évolution du contrôle de la ratification des traités est sensible : le juge ne vérifie plus seulement l'existence d'une ratification, mais également sa régularité, faisant intervenir le respect des articles 53 et 55 de la Constitution. Ce n'est qu'en 1998 que la juridiction administrative a contrôlé l'intervention régulière d'une autorisation parlementaire de ratification, lorsqu'elle est nécessitée au regard de l'article 53<sup>859</sup>. Le Conseil d'Etat refuse toujours d'étudier la constitutionnalité des lois de ratification<sup>860</sup>. En 2003, il a néanmoins étendu son contrôle en acceptant de statuer sur une exception d'illégalité d'une décision faisant application d'un traité<sup>861</sup>. La décision contestée était un refus de titre de séjour, pris en application d'un traité franco-algérien. Or, le traité, bien que touchant au domaine législatif, n'avait pas été approuvé par une loi, contrairement à ce qu'exige l'article 53. Par conséquent, le requérant contestait, par voie d'exception, le décret de publication, qui conditionne

<sup>858</sup> CE 18 avril 1951, *Elections de Nolay*, Recueil p. 189. Pour un exemple récent, CE 8 octobre 2001, *Synd. National des Professeurs d'Arts martiaux*, Recueil p. 453.

<sup>859</sup> CE 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*, recueil p. 484, conclusions G. Bachelier, *RFDA* 1999, pp. 315 s, et CE 23 février 2000, *Bamba Dieng*, *RFDA* 2000, p. 478.

<sup>860</sup> CE 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, *AJDA* 2002, p. 1005. Les requérants s'appuyaient sur le fait qu'une loi de ratification n'avait pas respecté la procédure prévue par l'article 53 (absence de consultation des "populations intéressées"), mais le juge refuse absolument et (*a priori*) logiquement de contrôler la constitutionnalité de la loi. Pourtant, cette décision est contestable et contestée, notamment par J.F. Lachaume, in *RFDA* 2003-6, p. 1227 : compte tenu du fait que les lois de ratification, tout comme les décrets de publication, n'ont pas de contenu normatif (elles sont formelles et non matérielles), le juge pourrait tenir compte de cette spécificité et étendre son contrôle.

<sup>861</sup> CE 5 mars 2003, *Aggoun*, *RFDA* 2003, p. 1214, conclusions J.H. Stahl.

l'entrée en vigueur interne des traités<sup>862</sup>. Le ministre des Affaires étrangères affirmait que ce moyen revenait à contester la décision du Président de la République de procéder uniquement par décret de publication : celui-ci devrait alors, à l'instar des décrets de promulgation des lois, être considéré comme un acte de gouvernement insusceptible de recours. En outre, les délais de recours contre le décret étaient depuis longtemps dépassés. Pourtant, suivant l'avis du commissaire de gouvernement Stahl, le Conseil d'Etat a estimé que les conditions d'entrée en vigueur des normes internationales, dépendant du décret de publication, pouvaient être contestées et devaient être contrôlées. Tout en soulignant que ce contrôle pouvait conduire à écarter l'application d'un traité et ainsi à violer le principe *pacta sunt servanda*, Stahl estimait le respect des dispositions constitutionnelles d'entrée en vigueur des traités important davantage encore<sup>863</sup>.

Par le biais de cette jurisprudence, on perçoit le lien étroit entre contrôle de la ratification et de la publication, deux conditions posées par la Constitution. Or, l'article 55, dont la formulation ambiguë est souvent soulignée et contestée, conduit à des appréciations divergentes sur les conditions qu'il pose en matière de publication et de réciprocité.

## 2. Publication et réciprocité

On peut rappeler que l'article 55 dispose que "*les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour*

---

<sup>862</sup> Deux remarques doivent être effectuées à ce sujet. D'une part, confirmant l'optique moniste du système français, le commissaire a estimé que le décret n'avait pas de valeur réglementaire. En effet, "*force est de constater que le décret de publication d'un traité ne comporte, par lui-même, l'édition d'aucune norme...La première application du décret en épuise le contenu. Ces normes internationales, désormais en vigueur, ne seront susceptibles de cesser d'être applicables que par l'effet des stipulations mêmes du traité...Mais en tout état de cause, ce n'est pas l'abrogation du décret de publication d'un traité qui permettrait de revenir sur l'application du traité*" : CE 5 mars 2003, *Aggoun*, RFDA 2003, conclusions J.H. Stahl, p. 1217. Cette remarque pourrait également être étendue à l'acte d'exécution italien, dont on a déjà relevé les conséquences en terme de "faux-dualisme". D'autre part, compte tenu de l'absence supposée de caractère réglementaire du décret, aucun recours, même par voie d'exception, ne peut être effectué contre cet acte. En cela, J.H. Stahl souligne qu'il ne s'agit donc pas d'une exception d'illégalité classique, mais d'une exception. Cela est confirmé par le fait que, en tout état de cause, une exception d'illégalité suppose que l'on conteste indirectement la norme sur le fondement de laquelle est pris l'acte attaqué. Or, le refus de titre de séjour est pris sur le fondement de la norme conventionnelle, et non sur celui du décret de publication, qui n'est pas normatif.

<sup>863</sup> *Ibid.*, p. 1218 : en l'espèce, le juge a contourné la difficulté, suivant là aussi les conseils de son commissaire. En effet, un avenant au traité avait été autorisé par une loi, bien après la publication du traité. Cette autorisation législative a été interprétée comme valable rétroactivement pour l'ensemble du traité, dont les effets pouvaient alors se déployer dès sa publication originaire. En outre, J.H. Stahl soulignait que depuis l'arrêt de 1998, le Conseil d'Etat, dans sa mission de conseil au gouvernement, prêtait une attention soutenue au respect de l'articulation entre l'autorisation législative de l'article 53 et la ratification de l'article 55, ce qui diminuerait considérablement les risques de contestation.

*chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*"<sup>864</sup>. L'article, qui semble prévoir une condition générale de hiérarchie des normes, indique plus simplement les conditions d'applicabilité des traités dans l'ordre interne. Pourtant, on a pu se poser la question de savoir si publication et réciprocité sont des conditions de validité ou de primauté<sup>865</sup>. Pour la ratification, une réponse apportée par Stahl consiste à "*relever qu'un traité n'a pas été régulièrement ratifié revient, à notre avis, non simplement à le priver de sa primauté, mais plus radicalement à le priver de tout effet dans l'ordre interne*"<sup>866</sup>. Faut-il étendre l'affirmation aux deux autres conditions ? Des réponses à cette question dépend l'invocabilité du droit international écrit par les particuliers. Si elles sont condition d'application, cela vaut pour l'application aux individus, et donc pour leur possibilité de les invoquer. Si elles sont "seulement" condition de primauté, cela n'empêche pas nécessairement leur invocabilité, notamment en l'absence de norme interne contraire ou supérieure. Que pensent les juges ?

Pour ce qui est de la publication, la question ne pose pas réellement problème. Le raisonnement des juges étant axé sur les conditions d'invocabilité, ils considèrent qu'un traité non publié ne peut être invoqué, quelle que soit l'obligation d'application qui pèse sur l'Etat<sup>867</sup>. Pourtant, on a vu que la situation était différente en matière d'actes unilatéraux, le juge passant outre, parfois, l'exigence de publication interne comme internationale<sup>868</sup>. Quelle est alors l'étendue exacte de l'exigence de la publication ? Les textes sont quelque peu ambigus : le décret de 1953 exige la seule publication des textes internationaux (conventionnels ou unilatéraux) qui sont "*de nature à affecter, par leur application, les droits ou les obligations des particuliers*"<sup>869</sup>. Implicitement, cela signifie qu'il est du ressort du Ministre des affaires étrangères de délimiter les actes concernant les individus et ceux concernant les relations

<sup>864</sup> La publication des traités internationaux n'est pas une obligation partagée par l'ensemble des systèmes juridiques, mais par la majorité. Le Royaume-Uni et l'Irlande, notamment, ne possèdent pas de journal officiel. Les traités sont pourtant publiés dans des brochures séparées, bien que la publication ne soit pas une condition légale pour qu'il produise un effet interne. Cela est logique, puisqu'il s'agit de systèmes dualistes. Voir P. Pescatore, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la communauté européenne et dans ses Etats membres", *op.cit.*, p. 375.

<sup>865</sup> Voir *supra*, note 541, p. 231.

<sup>866</sup> *Ibid.*, p. 1220.

<sup>867</sup> Voir par exemple CE 30 juin 2000, *Fédération nationale des associations tutélaires*, note F. Poirat, *RGDIP* 2001-1, p. 242 s. La Charte révisée a été introduite dans l'ordre interne par l'effet conjugué de la loi d'autorisation de ratification du 10 mars 1999 et du décret de publication du 4 février 2000. La requérante demandait l'annulation d'un arrêté interministériel datant de juillet 1999, au regard de la Charte sociale. Le CE a considéré que la date d'entrée en vigueur du traité était bien fixée à juillet 1999, mais que cette date "*régit uniquement les effets de ce traité dans l'ordre international et ne saurait être confondue avec l'entrée en vigueur dudit traité dans l'ordre interne, laquelle est subordonnée, conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution, à sa publication*".

<sup>868</sup> C.Cass, soc., 4 juin 1996, *JAT c. Dupond*. Voir *supra*, p. 330.

<sup>869</sup> Décret No. 53-192 du 14 mars 1953, article 3. Il est confirmé sur ce point par le décret de 1986, qui étend l'obligation de publication aux réserves et déclarations interprétatives "*lorsqu'elles sont de nature à affecter par leur application les droits ou les obligations des particuliers*" : décret No. 86-707 du 11 avril 1986, article 4.

interétatiques. En revanche, la circulaire de 1997, qui pose la publication comme condition d'introduction dans l'ordre interne, précise que *“sauf cas exceptionnel, tous les accords doivent faire l'objet d'une publication au Journal officiel... Cette obligation doit être respectée strictement, notamment dans la mesure où de nombreux accords peuvent affecter des intérêts privés. En cas de non-publication, en effet, l'accord, s'il est d'effet direct, n'est pas opposable aux personnes et, d'une manière générale, n'est pas invocable dans l'ordre interne”*<sup>870</sup>. L'interprétation habituellement retenue, conciliant les formules, conduit à exiger la publication de tous les traités, ce qui laisse au juge le choix d'apprécier quels sont ceux qui "affectent" la situation des individus. En revanche, la question de la publication des actes unilatéraux est passée sous silence.

Certains estiment que la circulaire de 1997 autorise implicitement le juge à passer outre l'absence de publication, si son attitude est destinée à protéger des intérêts privés<sup>871</sup>. En effet, dans un article curieusement intitulé "effets de la publication", il est précisé que *“certains accords ne créent d'obligations qu'à la charge des Etats... Les autres accords peuvent être invoqués par les particuliers et prévalent sur le droit interne, soit qu'ils soient d'effet direct, soit que les mesures de transposition en droit interne qu'ils appelaient dans un délai donné ne soient pas intervenues ou soient intervenues incomplètement, dans ce délai”*<sup>872</sup>. Cela pourrait signifier que la publication est ici une mesure de "transposition" qui, si elle n'intervient pas, n'empêche pas l'invocabilité du traité par les individus. Cette formule est ambiguë à plus d'un titre : d'une part, elle réintroduit la notion de hiérarchie à la façon de l'article 55, et semblent affirmer que seuls certains traités possèdent une valeur supra-légale. D'autre part, elle semble évoquer deux causes d'invocabilité, l'une étant l'effet direct, l'autre étant l'absence fautive de transposition. Cela peut impliquer qu'une norme internationale non dotée d'effet direct peut quand même être invoquée<sup>873</sup>. Cette disposition de la circulaire répond à une jurisprudence récente en matière de directives communautaires, en matière de délais de transposition. Cependant, elle ne vise pas expressément les directives, puisqu'elle utilise le terme "d'accord". Des imprécisions demeurent ainsi, quant aux effets de la publication, des traités ou des actes unilatéraux. Elles devront être précisées par la jurisprudence, à défaut de l'être par une nouvelle circulaire ministérielle.

---

<sup>870</sup> Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, article VIII.1 (c'est nous qui soulignons). Les différentes formulations contenues dans la circulaire démontrent alors que la publication est à la fois une condition d'insertion, d'opposabilité et d'invocabilité.

<sup>871</sup> C. Deffigier, "L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire", *op.cit.*, p. 80 : *“une circulaire du premier ministre du 30 mai 1997 permet d'ailleurs au juge de déroger, dans des cas exceptionnels, aux exigences de publication des accords pouvant affecter les intérêts privés”*.

<sup>872</sup> Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, article VIII.5.

<sup>873</sup> Cela conduit à étudier l'intérêt d'une dissociation entre effet direct et invocabilité, *infra*, Chapitre II, Section I, II.

La réciprocité est également l'une des conditions d'invocabilité des normes conventionnelles internationales. Toutefois, contrairement à la publication, elle est avant tout relative à l'applicabilité du traité. Présente dans la Constitution mais aussi en droit international coutumier, elle est exposée à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : le non respect de l'application réciproque d'un traité, qu'il soit bilatéral ou multilatéral, autorise les autres Etats parties à suspendre l'application du traité ou à y mettre fin. Cependant, la règle constitutionnelle est beaucoup plus controversée, pour deux raisons <sup>874</sup>.

D'une part, sa formulation dans l'article 55 ne satisfait pas, en raison d'un manque de clarté. La question de savoir, notamment, si elle doit vraiment s'étendre aux conventions multilatérales est controversée, compte tenu de la référence constitutionnelle à une seule autre partie <sup>875</sup>. En outre, elle ne concerne pas l'ensemble des traités. Ainsi, s'agissant du droit communautaire, l'exigence est sans objet : la non application d'une règle communautaire peut entraîner la sanction prévue par le recours en manquement à la CJCE : ce n'est pas aux Etats eux-mêmes de tirer les conséquences des violations ; partant, ils ne sont donc pas autorisés à suspendre l'application du droit (originaire ou dérivé) pour ce seul motif. Les jurisprudences européenne et nationale sont en parfait accord sur ce point <sup>876</sup>. Elle n'existe pas non plus en matière humanitaire, au sens large. L'article 60.5 de la Convention de Vienne précise que les autorisations de suspendre l'application d'un traité "*ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire...*" <sup>877</sup>. Toutes les juridictions françaises en ont tiré les conséquences. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision de 1999 relative à la Cour pénale internationale, a ainsi remarqué que la Cour était compétente pour juger de crimes d'une telle gravité qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ; "*qu'en égard à cet objet, les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer*" <sup>878</sup>. Cour de cassation et Conseil d'Etat l'ont également souligné au sujet de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>879</sup>. Néanmoins, les traités relatifs aux droits de l'homme ne sont pas les seuls qui concernent les individus. Or, pour les autres

<sup>874</sup> Voir par exemple S. Regoud, "L'article 55 de la Constitution et les juges : de la vanité de la clause de réciprocité", *RGDIP* 1983, pp. 780 s : la condition de réciprocité est relative à l'applicabilité, non à la primauté des normes internationales.

<sup>875</sup> Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 54.

<sup>876</sup> *Ibid.*

<sup>877</sup> P.M. Dupuy, *Grands textes de droit international public*, *op.cit.*, 2<sup>ème</sup> édition, 2000, p. 221.

<sup>878</sup> DC 98-408 du 22 janvier 1999.

<sup>879</sup> Cass. Civ., 15 novembre 1989, *Lalanne et Sulter*. CE, 22 mai 1992, *Mme Carachi*.

domaines, le non respect de la réciprocité entraîne, outre l'inapplicabilité simple du traité, son inopposabilité aux individus<sup>880</sup>. Ceux-ci ne peuvent alors plus s'en prévaloir devant le juge. Cependant, l'appréciation du respect de cette condition par les juges français pose, encore actuellement, un problème. Si leur contrôle s'étend sur toutes les causes de "légalité" externe des normes internationales, ils refusent encore de contrôler eux-mêmes cette condition. Une évolution est toutefois possible.

Ainsi, depuis l'arrêt Rekhou de 1981, la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat fait l'objet des critiques les plus vives. Lorsque la question de l'application réciproque d'un traité est en jeu, celui-ci effectue un renvoi préjudiciel au Ministre des affaires étrangères, pour les mêmes raisons qui lui faisaient refuser l'interprétation des normes internationales. La crainte de s'immiscer dans la conduite des relations extérieures est ici d'autant plus forte qu'il s'agit d'évaluer le comportement d'autorités étrangères. Pourtant, tous les avis convergent dans le sens d'un abandon de cette position. R. Abraham, dans ses conclusions pour l'arrêt GISTI de 1990, a clairement incité le juge à abandonner le renvoi obligatoire au ministre, non seulement pour l'interprétation mais aussi pour la condition de réciprocité<sup>881</sup>. Malgré les appels de la doctrine, le juge a confirmé sa position en 1999<sup>882</sup>. Cependant, il a été condamnée pour cela, par la Cour européenne des droits de l'homme, saisie par Mme Chevrol sur le fondement de l'article 6.1 de la Convention. La Cour a alors estimé que la pratique du recours au ministre contrevenait au droit à un tribunal indépendant et impartial. En effet, elle implique qu'une autorité exécutive puisse être juge et partie dans un litige. La cour ne condamne pas en soi la pratique du recours à la question préjudicielle au ministre. Cependant, elle n'admet pas que le juge se considère comme lié par la

---

<sup>880</sup> On peut souligner que le manuel de J. Combacau et S. Sur affirme subrepticement que la condition française de réciprocité, ne s'appliquerait pas, non seulement aux conventions humanitaires, mais également aux "*conventions dont l'objet est de régir des rapports privés qui ne sont pas tributaires des relations interétatiques*" : *Droit international public, op.cit.*, 6<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 191. La phrase n'est ni confirmée ni illustrée par aucun argument ou exemple. Au demeurant, si tel était vraiment le cas, l'affaire Chevrol aurait-elle eu lieu ? Il règne une certaine ambiguïté sur la notion de traité régissant des "rapports privés". Une convention bilatérale de reconnaissance mutuelle de diplômes ne comporte-t-elle pas un tel objet ? Bien qu'impliquant des obligations étatiques, des mesures législatives de mise en œuvre, l'objet et le but du traité pourraient être interprétés comme impliquant également des rapports entre individus provenant des deux Etats concernés. Quoiqu'il en soit, la question mérite certainement davantage de réflexion.

<sup>881</sup> Il remarque que "*enfin, la solution adoptée en matière d'interprétation nous paraît devoir être nécessairement en harmonie avec celle qui gouverne l'appréciation de la condition de réciprocité...non pas en ce que le Ministre des affaires étrangères doit être consulté en cas de doute sérieux sur la réalisation de la condition de réciprocité – une telle consultation nous paraît plus nécessaire encore qu'en matière d'interprétation – mais en ce que la réponse donnée par le ministre possède un effet obligatoire à votre égard comme à celui des parties*" : conclusions R. Abraham, *op.cit.*, p. 628.

<sup>882</sup> L'arrêt Rekhou a été confirmé par CE 9 avril 1999 *Chevrol-Benkeddach*, à propos d'un traité bilatéral franco-algérien, relatif à la reconnaissance mutuelle des diplômes. Mme Chevrol tentait de faire valoir son diplôme de médecine algérien. Le CE a purement refusé d'étudier les pièces fournies par Mme Chevrol attestant de l'application du traité par l'Algérie. Plus simplement, il aurait pu (ou dû) affirmer que, compte tenu des informations apportées par le Ministre des affaires étrangères, la condition de réciprocité n'était pas respectée, ce qui l'aurait conduit à la même solution.

réponse, ni l'absence de débat contradictoire quant à l'avis émis<sup>883</sup>. On peut ainsi espérer un revirement prochain, à moins qu'il n'opte pour la solution choisie par le juge judiciaire<sup>884</sup>. La Cour de cassation, quant à elle, estime qu'il existe une présomption de réciprocité, dès lors que le gouvernement n'a pas publiquement annoncé son intention de tirer les conséquences d'une application non-réciproque : *“en l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou en suspendre l'application, il n'appartient pas au juge d'apprécier le respect de la condition de réciprocité”*<sup>885</sup>. Cependant, à l'heure actuelle, dans un cas comme dans l'autre, les juges refusent d'apprécier eux-mêmes le respect de cette condition.

En fin de compte, l'interprétation des normes internationales par les juges internes peut paraître, à première vue, quelque peu anarchique. Certains auteurs, après avoir admiré la hardiesse croissante des juridictions internes à l'égard du droit international, constatent que cela donne naissance à *“un droit savant, opaque, imprévisible et souvent aléatoire”*<sup>886</sup>, en raison d'une approche parcellaire de la part de juridictions qui n'ont pas les mêmes compétences. Mais les auteurs incitent aussitôt à ne pas exagérer l'inconvénient que cela représente car *“globalement les jurisprudences convergent, et convergent au profit d'une plus grande applicabilité des normes d'origine internationale”*<sup>887</sup>. Le problème réside davantage dans l'absence d'une conceptualisation et d'une systématisation de l'interprétation de ces différentes normes internationales, qui devraient avant tout être le produit des auteurs du traité plus que des juges. Pour l'heure, les critères d'invocabilité dépendent des juges internes, y compris la question de droit international relative à l'effet direct des normes internationales.

<sup>883</sup> CEDH, *Chevrol c. France*, 13 février 2003, note Th. Rambaud, *AJDA* 2003, p. 1984 s.

<sup>884</sup> Pour les suites de l'affaire, voir CE 11 février 2004, *Chevrol*, *AJDA* 2004, p. 439 : la décision de la Cour européenne s'impose aux autorités de l'Etat, mais n'oblige pas le CE à rouvrir une procédure juridictionnelle close par lui.

<sup>885</sup> Cour de Cassation, *Kryla*, 6 mars 1984, *RGDIP*, 1984 p. 538.

<sup>886</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, 6<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 199.

<sup>887</sup> *Ibid.*

## ***Section II. Le cœur de l'invocabilité : l'effet direct des normes internationales***

L'effet direct est le cœur de l'invocabilité, et le concept qui touche au plus près la notion de personnalité juridique internationale. En effet, il permet de considérer que l'individu est véritablement destinataire de normes internationales. Bien qu'il n'existe pas de codification internationale des critères de l'effet direct, il est possible de les identifier, par le biais des règles d'interprétation indiquées par la Convention de Vienne (I). Cependant, ces critères internationaux ne sont pas nécessairement respectés et appliqués par les juges nationaux (II).

### **I. Les critères de l'effet direct, guidés par la Convention de Vienne**

Au regard des règles d'interprétation fournies par la Convention de Vienne, certains critères de l'effet direct des normes internationales peuvent être discernés. Cependant, à la lecture de la doctrine contemporaine, on constate qu'ils ne font pas encore véritablement l'objet d'un consensus. En recherchant ces critères, on constate avant tout l'absence d'accord doctrinal (A). Cependant, deux de ces conditions semblent faire l'unanimité et peuvent ainsi être retenues. Dès lors, l'étude de la notion d'effet direct se fera à l'aide des critères de l'objet de la norme, ainsi que de sa nature (B).

#### ***A. A la recherche de l'effet direct : absence d'accord doctrinal***

Si l'effet direct dépend de la qualité de la norme internationale, il est découvert et révélé par les juges internes. En effet, puisqu'il s'agit d'un critère d'invocabilité des normes internationales devant les tribunaux internes, il est résolu à ce niveau. Dès lors, les règles internationales, de même que la jurisprudence internationale, ne semblent guère utiles. Les juges décident de reconnaître ou non la qualité d'effet direct à une norme, après une analyse qui comporte plusieurs critères. Cependant, comme l'a fort bien souligné un membre du Conseil d'Etat français, ils ne s'embarrassent pas de théorie<sup>888</sup>. Systématisation et conceptualisation de l'effet direct semblent être impossibles, tant les méthodes des juridictions sont diversifiées. Toutefois, on a maintes fois affirmé que le juge, face à une norme internationale, tient compte de sa spécificité et utilise des critères d'interprétations internationaux. Il existe donc un lien indissociable entre les règles d'interprétation fournies par la Convention de Vienne de 1969 et l'analyse de l'effet direct.

---

<sup>888</sup> F. Scanvic fait remarquer au juge que, en matière d'effet direct, "*voire jurisprudence apparaît souvent pragmatique et de ce fait en général peu nourrie de considérations théoriques*" : Conclusions F. Scanvic sous CE 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, *op.cit.*, p. 797.

La Convention est assez vague dans sa formulation. Analyse du texte, objet et but de la norme internationale, intention des parties, contexte, travaux préparatoires, pratique étatique ultérieure, sont autant d'indices désordonnés qui vont concorder (ou non) à reconnaître l'effet direct. La Convention ne choisit pas entre ces méthodes ; cependant, on peut considérer qu'elle "priorise". Le critère textuel passe avant tout : il faut s'attacher aux termes du traité, et à leur sens ordinaire, tout en n'omettant pas de tenir compte de son objet. Il s'agit des deux grandes lignes directrices, auxquelles on ajoute plusieurs autres indices. L'analyse des juges internes respecte-t-elle ces critères ? Combien sont utilisés, et dans quel ordre d'importance ? Il semble, à première vue, n'y avoir que peu d'harmonie dans les réponses, des juges ou de la doctrine.

### 1. Interprétation des positions des juridictions françaises

La rédaction des décisions de justice, en France, possède la particularité d'être on ne peut plus synthétique. Ce n'est pas dans l'arrêt du juge que l'on peut trouver les réponses aux questions posées, contrairement à la tradition des Etats de *common law*. Les arrêts y sont bien plus prolixes, et contiennent en outre les opinions dissidentes lorsqu'elles existent. Cependant, en France, les conclusions des commissaires de gouvernement du Conseil d'Etat sont d'une grande utilité. Les débuts de la notion d'effet direct, parfois qualifiée de "doctrine", sont assez récents. Les années 1990 ayant enfin vu le juge accepter d'interpréter lui-même les normes internationales, c'est à partir de ce moment que les critères de l'effet direct se sont enrichis. L'influence du droit communautaire n'y est probablement pas étrangère, la CJCE "pratiquant" l'effet direct depuis des décennies.

En 1990, R. Abraham, incitant le juge administratif à renverser sa position en matière d'interprétation, ne traite pas encore de l'effet direct. En 1993, le commissaire F. Scanvic, dans l'affaire Bouilliez, s'interroge sur les possibilités "d'invocation directe" de quatre conventions internationales, et en recherche le caractère "auto-exécutoire"<sup>889</sup>. Toutefois, il utilise aussi, comme par mégarde, l'expression "effet direct", rapidement, sans la définir. Avant d'analyser concrètement les conventions invoquées, il propose au juge des lignes directrices pour identifier l'effet direct. En premier lieu, selon lui, le juge doit vérifier si le traité est auto-exécutoire. Une précision utile est avancée ici : sont citées "*les conventions-objectifs qui posent des règles générales et des objectifs souhaitables*", qui ne seront donc pas d'effet direct<sup>890</sup>. En second lieu, il faut "*identifier clairement par les propres stipulations de la Convention qu'elle n'a pas pour objet de créer*

<sup>889</sup> Il relie ce caractère à la question des rapports de systèmes, monistes et dualistes. En outre, il cite l'avis de la CPJI de 1928 : bien que celui-ci soit sujet depuis toujours à au moins deux interprétations opposées, F. Scanvic, quant à lui, considère sur ce fondement que "*la pratique internationale semble avoir nettement tranché en faveur de la théorie moniste*". Conclusions, *op.cit.*, p. 797.

<sup>890</sup> *Ibid.*

*des obligations qu'à la charge des seuls Etats destinataires*"<sup>891</sup>. L'évocation non seulement des termes du traité, mais aussi de son objet, semble familière. On pourrait penser qu'il fait référence implicitement à la Convention de Vienne. Tel n'est pourtant pas le cas, car celle-ci n'arrive qu'en troisième lieu. Si les deux critères précédents n'ont pas suffi, alors il faut faire "l'exégèse du texte", en utilisant les techniques de la Convention. Or, ces techniques ne sont-elles pas déjà impliquées dans les réflexions précédentes ? Quoiqu'il en soit, en expliquant ces techniques internationales, F. Scanvic fait appel d'abord à "l'objet même de la convention", puis à la "technique de rédaction des stipulations en cause qui ferait apparaître l'éventuelle volonté des signataires", en tenant compte notamment de la précision des termes. Enfin, il évoque "l'analyse des stipulations environnant celles qui sont invoquées, c'est-à-dire de leur contexte général"<sup>892</sup>.

La présentation de F. Scanvic est un peu confuse, en ce qu'elle mêle ses propres critères, déduits de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et les critères de la Convention de Vienne. La référence à l'objet est mêlée à celle du caractère auto-exécutoire, les intentions des parties sont mêlées à la précision de la norme, etc. Son raisonnement se dédouble, entre d'abord les "trois enseignements généraux" de la jurisprudence (caractère auto-exécutoire, objet et exégèse du texte), qui sont les méthodes du juge, puis les "trois niveaux d'analyse", qui sont les critères à retenir (objet, intention des parties, contexte).

Les critères de l'effet direct seront clarifiés quelques années plus tard, grâce aux conclusions de R. Abraham dans l'affaire GISTI de 1997. L'expression "effet direct" est utilisée ici sans recours à de faux-synonymes. Trois critères sont évoqués, qui ne sont pourtant pas formulés de la même façon que précédemment. Le commissaire fait d'abord référence au critère de l'objet du traité. Sur ce point, il semble donc y avoir accord. Le second est en revanche différent : il s'attache au degré de précision de l'énoncé de la norme. Ainsi, "*en pareille hypothèse, 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*"<sup>893</sup>. Ce critère doit alors être mis en relation avec le premier indice exposé par F. Scanvic, relatif au caractère auto-exécutoire : la norme, pour être d'effet direct, ne doit pas nécessiter "*l'intervention d'une législation nationale d'application*"<sup>894</sup>, autrement dit de complément normatif permettant la production d'effets concrets. Ainsi, à l'objet de la norme, s'associe la nature de la norme, en quelque sorte son degré de normativité. Enfin, R. Abraham évoque bien un troisième critère, relatif à l'intention des parties telle que révélée par les choix de rédaction. Baptisé "critère rédactionnel", il s'agit de la recherche de la "commune intention des parties". Or, le commissaire fait part de sa

<sup>891</sup> Conclusions F. Scanvic, *op.cit.*, p. 798.

<sup>892</sup> *Ibid.*

<sup>893</sup> Conclusions R. Abraham sous CE 23 avril 1997, *GISTI*, *Dalloz*, 15 janvier 1998, p. 17.

<sup>894</sup> *Ibid.*

grande réticence envers cet indice, affirmant qu'il a "*bien du mal à y voir un critère autonome, suffisant, de l'absence d'effet direct...*", et que "*c'est prêter à la commune intention des parties bien plus qu'on ne peut lui attribuer...*"<sup>895</sup>. Il aura l'occasion, quelques mois plus tard, de confirmer clairement que "*une stipulation internationale est regardée comme dépourvue d'effet direct dans deux cas, et, selon nous, dans deux cas seulement*"<sup>896</sup>.

Les deux critères de l'effet direct sont donc, d'une part, l'objet de la norme internationale : celle-ci doit viser à créer des droits pour les particuliers. D'autre part, même si la norme internationale vise les individus, son effet direct peut être refusé si elle n'est pas de nature assez précise. Les commissaires de gouvernement, par la suite, s'en sont tenus à ces conclusions. Sans revenir sur les concepts, ils ont procédé à l'analyse concrète des dispositions invoquées<sup>897</sup>. La doctrine leur donne-t-elle raison ? Faut-il retenir les critères de l'objet et de la nature de la norme internationale ?

## 2. Positions de la doctrine

Certains auteurs ont contesté les positions prises par R. Abraham en 1997. Ainsi, MM. Chauvaux et Girardot ont affirmé que "*R. Abraham distinguait au sein de la jurisprudence deux catégories de stipulations ayant été jugées d'effet direct. Il nous semble cependant qu'il en existe trois*"<sup>898</sup>. Et les auteurs de réintroduire le critère rédactionnel de la volonté d'engagement des parties. Ainsi, ils considèrent à part "*les engagements si vagues et si généraux qu'ils perdent tout caractère normatif*", qui sont des "déclarations d'intention", signifiant que les Etats ne souhaitent pas s'obliger véritablement. C'est donc le fameux critère de l'intention des parties qui est en cause. Contesté par R. Abraham, il est au contraire soutenu par les auteurs de cette note, qui insistent sur le fait que "*s'agissant des traités, le caractère normatif doit, comme toute question relative à l'interprétation des engagements internationaux, être apprécié au regard de l'intention des parties*"<sup>899</sup>.

D. Alland, quant à lui, semble soutenir la position du commissaire du gouvernement, tout en reconnaissant bien la difficulté d'identifier des critères clairs<sup>900</sup>. D'un point de vue conceptuel, il peut paraître important de les distinguer. D'un point de vue pratique, comme le souligne l'auteur, "*on doit vraisemblablement s'en remettre à la technique du faisceau d'indices, avec cette difficulté que les critères ne relèvent pas toujours des mêmes*

<sup>895</sup> Conclusions R. Abraham, sous CE 23 avril 1997, *GISTI*, *op.cit.*, p. 17.

<sup>896</sup> Conclusions R. Abraham, sous CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, *RFDA*, 1998-3, p. 563.

<sup>897</sup> Voir par exemple les conclusions C. Maugüe sous CE 5 mars 1999, *Rouquette*, *RFDA* 1999-2, pp. 357s.

<sup>898</sup> Note Chauvaux et Girardot sous CE *GISTI*, 23 avril 1997, *op.cit.*, p. 437. Cette note a déjà été évoquée, en tant qu'elle reproduit les confusions communes entre rapports de système, norme auto-exécutoire, applicabilité directe et effet direct, que les auteurs considèrent comme une notion de droit interne.

<sup>899</sup> *Ibid.*

<sup>900</sup> Il s'agit, selon lui, des critères de l'applicabilité directe, là où on considère qu'ils traitent de l'effet direct.

*ordres de considération tout en se superposant très largement*"<sup>901</sup>. Ainsi, il confirme que l'intention des parties est un mythe probablement introuvable.

Cette attitude semble parfois acquise. Pour certains, la question du nombre et de la nature des critères de l'effet direct ne se pose même plus. Ainsi, en 2002, H. Tigroudja soutient que "*les deux critères utilisés, le caractère complet et précis de la norme (ou auto-exécutoire) d'une part, et la création de droits et obligations subjectifs d'autre part, sont ceux définis et utilisés depuis longtemps en droit international et par la très grande majorité des juridictions étrangères*"<sup>902</sup>. Pourtant, la doctrine est loin d'être unanime, notamment quant à la condition relative à l'intention des parties, qui réapparaît fréquemment<sup>903</sup>. Ainsi, P.M. Dupuy, utilisant le terme d'applicabilité directe là où l'on entend effet direct, estime que deux caractères s'associent pour former une norme de telle qualité : une condition subjective, qui réside dans l'identification de l'intention des parties. Elle est complétée par une condition objective résultant de la nature précise de la norme, qui n'appelle alors aucun complément normatif<sup>904</sup>.

Quel est donc ce critère relatif à l'intention des parties ? Il consiste à relever, dans les normes internationales, les déclarations d'intention des Etats relatifs à leurs engagements. De très nombreux traités, par exemple, contiennent des dispositions débutant par "les Etats s'engagent à", ou "reconnaissent que". De la présence de ces formules, qu'elles figurent en préambule, en annexe, ou au début d'une disposition, on devrait déduire la volonté des parties de refuser tout effet direct à la norme. Telle est en tout cas l'opinion affirmée et véhiculée par la circulaire ministérielle de 1997. En effet, on peut y lire que "*les formules du type "s'engagent à" sont rendues inutiles par la formule qui clôt le préambule ["sont convenues des dispositions suivantes"], sauf si les négociateurs souhaitent expressément exclure l'applicabilité directe des dispositions concernées.*"<sup>905</sup>. Cette position est confirmée par les deux études du Conseil d'Etat, de 1985 et de 2000<sup>906</sup>. Cependant, la contestation de cette affirmation n'appelle guère de développements. On peut simplement remarquer que cette formule figure à l'article 1<sup>er</sup> de la Convention

<sup>901</sup> D. Alland, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *op.cit.*, p. 221.

<sup>902</sup> H. Tigroudja, "Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux", *op.cit.*, p. 155.

<sup>903</sup> Ainsi, on a déjà cité la définition de l'effet direct donnée par J. Combacau, qui repose essentiellement sur cette volonté des parties. Voir supra, note 817.

<sup>904</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, 2002, p. 398. En revanche, ni le manuel de MM. Pellet et Daillier, ni celui de MM. Combacau et Sur, ne se penche sur la question des critères de l'effet direct.

<sup>905</sup> Circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997, article III.2, "Eléments habituels d'un accord international", JO 31 mai 1997, p. 8417.

<sup>906</sup> L'étude de 1985 avait été critiquée par R. Abraham en 1997, en ce qu'elle faisait "*grand cas de ce critère rédactionnel*" révélant l'intention des parties. Celle de 2000 reprend cette position, mais de façon très atténuée. Ainsi, c'est en lien avec le critère de l'objet (créer des droits et obligations individuels) qu'elle affirme que "*à cet égard, les formules employées par la convention constituent des indices permettant de révéler l'intention des parties*". L'intention des parties n'y figure donc que comme un indice supplémentaire et non comme un critère à part entière. Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 56.

européenne des droits de l'homme, considérée comme d'effet direct par les juges. Cette rédaction ne peut donc être, en elle-même, déterminante. Tout au plus s'agit-il d'un indice venant confirmer la concordance des précédents. Il est vrai qu'on le retrouve plus souvent dans des textes dont le degré de normativité est aléatoire. Les Etats "s'efforceront", "mettront tout en œuvre", etc., est ainsi fréquent dans les conventions en matière d'environnement ou de développement, deux domaines privilégiés de la *soft law*.

En matière d'effet direct comme, de façon générale, pour l'interprétation des normes internationales, il semble que la volonté des parties ne puisse être considérée comme une condition autonome. Plus qu'un critère, c'est une finalité qui guide l'ensemble du travail d'analyse. En effet, il ne s'agit pas de nier son importance. Les différentes conclusions citées, qu'elles proviennent de R. Abraham ou de F. Scanvic, montrent qu'à chaque étape de l'étude (objet, précision, contexte, etc.), l'intention des parties est recherchée. Cependant, on s'attachera aux deux critères permettant, de la façon la plus fiable possible, d'étudier l'effet direct : l'objet de la norme, ainsi que son degré de précision.

### ***B. Les critères retenus : objet et précision de la norme internationale***

Le premier critère retenu est celui de l'objet : il consiste à conférer des droits et obligations subjectifs aux individus (1). Cependant, pour que ces droits soient réellement créés, la norme doit être de nature précise et complète (2).

#### 1. L'objet de la norme d'effet direct : l'individu-destinataire

Il ne s'agit pas ici de revenir sur la question longuement débattue de savoir si les normes internationales *peuvent* aménager des situations juridiques subjectives pour les individus. Il s'agit de savoir si les juges l'estiment possible et l'affirment comme tel. On sait que la doctrine dualiste classique le niait, considérant que toute norme internationale est nécessairement interétatique. On sait aussi à quel point elle est dépassée sur ce point.

Concrètement, 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. Or, l'ambiguïté théorique déjà remarquée réapparaît malgré tout ici : la norme internationale possède-t-elle toujours un objet exclusif, ciblant une personne à l'exclusion de toute autre ? On a vu, à travers l'étude de la notion de destinataire, qu'une norme pouvait en viser plusieurs. Etat et individu peuvent chacun être concernés, l'Etat en tant que débiteur titulaire d'une obligation, l'individu en tant

que créancier titulaire d'un droit. La doctrine, considérant probablement que le critère ne pose pas de problème d'identification, ne s'y attarde pas. Pourtant, l'évidence est loin d'être atteinte. Quand une norme confère-t-elle un droit subjectif à l'individu, et quand ne le fait-elle pas ?

En réalité, l'analyse des juges porte essentiellement sur l'objet, conçu comme "thème" de la norme, conventionnelle ou non. Ainsi, le commissaire F. Scanvic met l'accent avant tout 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*"<sup>907</sup>. L'opposition qui lui paraît si claire peut effectivement conduire à placer dans la seconde catégorie les traités relatifs aux droits de l'homme. Sans aucun doute, les deux Pactes de 1966, relatifs aux droits civils et politiques, ainsi qu'aux droits économiques et sociaux, tout comme les Conventions européenne, interaméricaine et africaine des droits de l'homme, ont pour objet la protection des personnes, qui sont leurs destinataires ultimes. 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 sera donc exclu s'il règle "exclusivement" ces relations. Cette exclusivité est pourtant difficile à considérer. Le cas pour lequel F. Scanvic proposait une solution illustre bien. Il mettait en jeu la Convention de 1963 sur les relations consulaires, d'objet indéniablement interétatique. Il a ainsi conclu, pour ce motif, à son absence d'effet direct. En effet, il considère que, compte tenu du fait qu'il s'agit d'une convention de codification, "*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*"<sup>908</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, il évalue 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. Cette Convention appartient à l'un des domaines les plus traditionnels du droit interétatique. Pourtant, le commissaire lui-même avait soulevé l'équivoque d'un double objet : "*en signant une telle Convention, la France pouvait évidemment tout à la fois avoir voulu garantir aux autres Etats un exercice paisible des missions consulaires et avoir clairement souhaité le garantir à ses propres ressortissants*"<sup>909</sup>. Or, c'est bien ce double objet que le juge a retenu, en reconnaissant l'effet direct de l'article 5 de la Convention, qui définit les missions consulaires. Comme souvent, le Conseil d'Etat n'utilise pas expressément le terme "effet direct". Cependant, en effectuant un contrôle de l'application du traité, il l'accepte. En l'espèce, il a considéré que "*les ressortissants des Etats signataires sont en droit*

<sup>907</sup> Conclusions F. Scanvic, *op.cit.*, p. 798.

<sup>908</sup> *Ibid.*, p. 799.

<sup>909</sup> *Ibid.*

*d'attendre protection et assistance des autorités consulaires*"<sup>910</sup>. Plus tard, R. Abraham explique la situation du double titulaire des droits conventionnels, en commentant l'affaire Bouilliez. Il 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"<sup>911</sup>.

La même ambiguïté règne quant à l'objet des conventions d'extradition, parfois invocables par les individus, mais pas toujours<sup>912</sup>. Ainsi, on aura bien du mal à considérer que ce seul critère puisse suffire pour juger de la qualité de la norme internationale.

## 2. La nature précise et complète de la norme

La précision des termes d'une norme internationale n'appartenait pas aux critères développés par F. Scanvic, qui l'évoque très rapidement à propos du critère rédactionnel délivrant l'intention des parties. En revanche, le caractère "complet" de la norme qui, au sens littéral, ne nécessite pas de "complément", figurait en haut de sa liste sous l'appellation "auto-exécutoire". En effet, si l'objet de la norme est assimilable au critère du destinataire, la nature de la norme, quant à elle, est le critère le plus souvent représentatif de ce qui est appelé "self-executing". Cela signifie que ne sera 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*"<sup>913</sup>. La norme imprécise est celle qui ne fixe que des orientations. La norme incomplète, elle, nécessite une intervention légale supplémentaire. Les deux sont souvent identifiés dans la même règle : parce qu'elle ne fixe que des orientations, elle doit être complétée. Ainsi, elle peut avoir un objet concernant les individus, mais ne pas être d'effet direct car formulée en des termes trop généraux. Dans ce cas, "*la norme internationale tend à protéger les particuliers, elle vise à leur garantir des droits, mais elle suppose nécessairement l'intervention d'une législation nationale d'application*"<sup>914</sup>. C'est ainsi que Charte

<sup>910</sup> Ce, tout en rejetant la demande en l'espèce. Le consul, qui avait refusé de représenter la requérante devant des juridictions étrangères, n'avait pas "méconnu la portée des obligations mises à sa charge par les stipulations précitées de la Convention" : CE 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, RFDA 1993, p. 803.

<sup>911</sup> Conclusions R. Abraham sous CE 23 avril 1997, *GISTI*, *op.cit.*, p. 17.

<sup>912</sup> CE 8 mars 1985, *Garvia Henriquez*, Conclusions B. Genevois, RDP 1985, p. 1130 : en l'espèce, il s'agit d'un refus de l'invocabilité d'une convention bilatérale d'extradition. Au contraire, pour l'invocabilité de la Convention européenne d'extradition, voir CE 23 octobre 1991, *Urdian Cirizar*, AJDA 1992, p. 82.

<sup>913</sup> Conclusions R. Abraham, sous CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, *op.cit.*, p. 563.

<sup>914</sup> Conclusions R. Abraham, sous CE *GISTI*, 1997, *op.cit.*, p. 17.

sociale européenne, Pacte sur les droits économiques et sociaux ou encore Convention sur les droits de l'enfant seront parfois jugés non invocables pour cette raison <sup>915</sup>.

Toutefois, là encore, ce critère ne conduit pas à un résultat uniforme, et accorde une grande marge de manœuvre au juge. Tout comme l'utilisation de la notion d'acte clair pouvait entraîner des excès, le caractère complet de la norme est aléatoirement appliqué. Au sein d'un même traité, certaines clauses peuvent être jugées suffisamment précises pour être appliquées, d'autres non. Par exemple, dans l'affaire GISTI de 1997, R. Abraham, suivi par le juge, conclut à l'absence d'effet direct pour manque de précision, de trois articles de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant (CIDE). Le juge a estimé que ne créaient pas d'obligation précise et inconditionnelle des articles affirmant que "*les Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale*". En revanche, quelques mois plus tard, le commissaire soutient l'inverse à propos de l'article 3, relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant <sup>916</sup>. En effet, l'article en question s'adresse à toutes les institutions publiques, tribunaux, autorités administratives et législatives. Selon le commissaire, "*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*" <sup>917</sup>. C'est alors l'application raisonnable à la situation concrète présentée au juge qui emporte la conviction. Bien que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant comporte une part de subjectivité, en l'espèce il était manifeste que cet intérêt avait été violé par une décision d'expulsion d'un enfant de quatre ans, qui aurait été séparé de sa mère. Ce cas montre qu'une norme imprécise peut néanmoins être jugée complète. La jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme en fait état régulièrement. Le degré de normativité, qui construit le caractère obligatoire de la norme, 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.

Ainsi, l'exemple de la Convention-cadre sur les changements climatiques de 1992 illustre ce phénomène : l'article 1 donne des "définitions", le second prévoit des "objectifs" et le troisième des "principes" à suivre. L'article 4, ensuite, comporte les

<sup>915</sup> 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. La stipulation "créé 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).

<sup>916</sup> Article 3. 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 : "Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale".

<sup>917</sup> Conclusions R. Abraham, sous CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar, op.cit.*, pp. 563-564.

"engagements" : notamment, les parties "*tiennent compte, dans la mesure du possible, des considérations liées aux changements climatiques dans leurs politiques et actions sociales, économiques et environnementales...*"<sup>918</sup>: On peut bien sûr constater le caractère vague de l'engagement de "tenir compte". Cependant, ce n'est pas l'indice le plus fiable d'absence d'effet direct. L'intention des parties, quant à elle, peut aussi confirmer ce sentiment, sans que l'on puisse tirer de conclusions définitives à la lecture de ce seul article. En outre, cette clause, qui s'adresse aux Etats, pourrait aussi avoir des conséquences sur les individus. Le critère de l'objet n'est pas certain. C'est alors son degré de normativité qui emporterait la conviction : la norme est générale et imprécise. L'ensemble peut permettre de conclure à l'absence d'effet direct.

Bien qu'imparfaits, les deux critères étudiés sont les plus reconnus pour identifier l'effet direct. On peut constater qu'ils correspondent à l'analyse des "termes du traité à la lumière de son objet et de son but" : une certaine harmonie existe entre les critères retenus et la Convention de Vienne. Cependant, aucun de ces critères n'est idéal. L'interprétation des normes internationales, notamment quant à leur effet direct, laisse encore subsister nombre d'incertitudes et de confusions. Néanmoins, comme toute méthode ayant recours à un faisceau d'indices, elle permet en fin de compte de réunir plusieurs éléments concordants, dans une situation donnée. La conviction du juge fait le reste.

Pour analyser cet objet et cette nature, les juges ont recours à plusieurs outils correspondant plus ou moins à ceux indiqués par la Convention. Entre le recours à l'analyse des termes, ou à l'intention des parties, ou aux travaux préparatoires, les juges des différents Etats et systèmes juridiques ne procèdent pas nécessairement selon le même ordre de priorité. Le respect de la Convention de Vienne est ainsi très relatif.

## II. L'utilisation de différentes méthodes d'interprétation selon les Etats

La plupart des juridictions, françaises comme étrangères, ont recours à la Convention de Vienne, même si cet usage n'est parfois qu'implicite. Les juges ne se sentent pas liés par elle, mais suivent ses principes. En fonction de situations concrètes qui leur sont soumises, et des traditions jurisprudentielles, les méthodes d'interprétation ne suivent pas nécessairement les mêmes priorités. Le respect de la Convention est donc relatif (A). Cependant, on peut également noter que, dans certains systèmes, elle est ignorée. Des critères alternatifs, spécifiques, sont alors utilisés par les juges (B).

---

<sup>918</sup> Convention-cadre sur les changements climatiques de 1992, article 4.1.f.

### *A. Un respect relatif des méthodes de la Convention de Vienne par les juges nationaux*

L'utilisation de la Convention de Vienne par les juges nationaux est fréquente, mais ils s'accordent une marge de liberté relativement grande quant au respect des méthodes qu'elle indique. En France, Etat non partie au traité, ses règles ont néanmoins une valeur coutumière. En 1990, lors du revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat, R. Abraham reconnaissait que la Convention sur le droit des traités était utilisable par les juges, car *“ces techniques ne sont pas si éloignées de celles qui président à l'interprétation des lois internes”*<sup>919</sup>. En revanche, dans l'affaire GISTI de 1997, sa présentation des critères de l'effet direct est effectuée sans qu'aucun rapport soit établi avec ces règles internationales d'interprétation, comme si l'un et l'autre étaient indépendants. Or, identifier l'effet direct d'une norme signifie nécessairement que l'on interprète la norme. R. Abraham, en 1997, se contente de noter que *“le droit international, est, en effet, normalement indifférent par nature à l'égard du statut juridique des traités dans l'ordre interne, question que, de manière très significative, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités se garde tout à fait d'aborder”*<sup>920</sup>. Pourtant, les critères qu'il développe sont loin d'être indépendants de ceux présentés dans la Convention. Quant à F. Scanvic, en 1993, il préconise bien le recours à la Convention de Vienne, mais de façon accessoire, en précisant que *“dans l'esprit de tous, ces techniques ne peuvent qu'être subsidiaires”*<sup>921</sup>. Ainsi, malgré la valeur de coutume ou de principes généraux de ces règles, le juge français ne se sent pas réellement lié. Comme le remarque G. Burdeau, *“tout laisse à penser au contraire qu'il ne s'agit là que d'un élément parmi d'autres de la méthode utilisée par le juge en matière d'interprétation en général”*<sup>922</sup>. Il est vrai que depuis lors, les conclusions des commissaires, comme les arrêts des juges, n'y font pas référence. La Convention de Vienne est utilisée, mais avec réticence.

En outre, certains considèrent que les principes utilisés ne sont pas adaptés au contentieux interne dans lequel ils interviennent. Si le critère de la nature de la norme, relatif à son caractère complet et précis, est utilisé aussi bien pour les normes internationales qu'internes, le critère de l'objet est contesté. C'est ainsi que H. Tigroudja affirme que *“si le premier critère est bien connu en droit français et n'est pas propre au contentieux où sont invoqués des engagements internationaux, le critère du destinataire de la norme en revanche*

<sup>919</sup> Conclusions R. Abraham sous CE GISTI 1990, *op.cit.*, p. 626.

<sup>920</sup> Conclusions R. Abraham sous CE GISTI 1997, *op.cit.*, p. 16.

<sup>921</sup> Conclusions F. Scanvic, *op.cit.*, p. 798.

<sup>922</sup> Note G. Burdeau, sous CE Mme Bouilliez, *op.cit.*, p. 366.

*semble davantage en porte-à-faux avec les règles du contentieux de la légalité...*"<sup>923</sup>. En effet, la recherche de l'objet de la norme d'effet direct, censés conférer des droits et obligations aux particuliers, introduit une dimension subjective dans un contentieux objectif de légalité. Cette recherche oblige le juge à sonder l'intention subjective des auteurs de la norme. Dans un recours pour excès de pouvoir, des normes réglementaires et législatives, de caractère général, sont invocables, même si elles ne confèrent pas de droit subjectif : on considère que l'individu possède un droit au respect de la légalité. Il ne fait pas valoir son droit propre, mais le droit de chacun à voir la loi correctement appliquée. C'est pourquoi l'auteur considère que *"l'approche subjective de l'effet direct n'habilitant le particulier à se prévaloir d'une disposition internationale que lorsqu'elle crée des droits à son profit ne laisse pas de surprendre en égard au caractère objectif du contentieux de la légalité dans le cadre duquel s'est posée cette question"*<sup>924</sup>. Elle plaide alors pour l'unification du contentieux interne de légalité, estimant que les juges doivent considérer les traités comme de véritables lois. Un particulier ne devrait pas avoir à prouver qu'il détient un droit subjectif international pour contester une décision, alors qu'on ne l'exige pas lorsqu'il s'appuie sur une norme interne. Pourtant, la particularité des normes internationales implique, encore aujourd'hui, que l'on recoure aux critères subjectifs permettant de découvrir l'intention des parties. La critique est en effet émise par ceux qui considèrent que les normes internationales deviennent du droit interne : on peut cependant objecter à cela que, bien qu'appartenant à l'ordre juridique interne, les normes internationales conservent leur spécificité.

Dès lors, de nombreux juges en tiennent compte, en évoquant la Convention de Vienne. Leurs interprétations ne respectent pas nécessairement les mêmes méthodes, qui sont fonction des priorités de chacun. Cependant, les études de droit comparé démontrent que la majorité des juridictions étrangères ont recours à ce texte, même dans les pays dualistes, et ce indépendamment de la qualité de partie contractante de leur Etat. Pour les pays européens, le fait est avéré : les juges allemands, espagnols, irlandais, anglais, comme les autres, utilisent les critères d'interprétation de la

---

<sup>923</sup> H. Tigroudja, "Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux", *op.cit.*, p. 156. Malgré la neutralité du titre, il ne s'agit pas simplement d'un article synthétisant la jurisprudence : on peut y lire une véritable analyse doctrinale doublée d'une critique théorique sur l'usage du critère de l'objet (ou destinataire). L'auteur conteste qu'il faille considérer les traités internationaux d'une autre manière que les normes internes. Afin d'unifier le contentieux de la légalité, qui est de nature objective, elle incite à renoncer au critère subjectif de l'effet direct.

<sup>924</sup> *Ibid.* La critique avait déjà été soulevée par G. Burdeau, en 1993 : *"la distinction entre les conventions ou les dispositions conventionnelles créant des obligations entre Etats et celles créant des droits au profit des particuliers a parfois été mise en avant en droit français, mais on peut douter qu'elle fournisse un principe d'interprétation satisfaisant au regard de la mission du juge administratif... la question n'est pas de savoir si le traité a créé des obligations uniquement à la charge des Etats, puisqu'il entre dans la mission du juge d'en assurer le respect dans la réglementation interne"* : Note G. Burdeau, sous CE Mme Bouilliez, *op.cit.*, p. 367.

convention <sup>925</sup>. De façon générale, il en va de même pour les pays non européens. Effectuant une synthèse de jurisprudences d'origines très diverses, un rapport récent affirme que *"en règle générale, les rapports nationaux disent que le juge applique les règles d'interprétation posées aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne..."* <sup>926</sup>. L'exemple de la jurisprudence canadienne est significatif. Ainsi, la Cour suprême canadienne, appartenant à un système dualiste, a interprété comme étant d'effet direct (et donc invocable) un article de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Malgré sa transposition en droit interne par la "loi sur l'immigration", c'est bien au traité lui-même et aux règles d'interprétation internationales que les juges recourent. Sous couvert d'analyser l'article 1F de la loi, c'est en réalité à l'article 1F de la Convention qu'ils ont affaire. Ils constatent ainsi que *"comme l'objet de l'intégration de la section Fc) de l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur l'immigration est de mettre en œuvre la convention sous-jacente, il convient d'adopter une interprétation compatible avec les obligations du Canada en vertu de la Convention. On aura donc recours au texte de la convention et aux règles d'interprétation des traités...L'examen de l'objet et du contexte de la convention dans son ensemble, ainsi que de l'objet de la disposition en cause tel qu'il ressort des travaux préparatoires, peut guider utilement l'interprétation"* <sup>927</sup>. En interprétant strictement le texte, les juges ont ainsi constaté que les agissements du requérant n'étaient pas contraires aux principes actuels des Nations unies : le trafic de drogue ne justifie pas l'application de la clause d'exclusion du statut de réfugié. Cependant, des opinions dissidentes, figurant traditionnellement dans le texte des arrêts, éclairent l'importance de ces critères d'interprétation. Ainsi, deux des juges ont estimé que la méthode d'interprétation textuelle, privilégiée en l'espèce, conduisait à un résultat non satisfaisant, et lui ont préféré une interprétation téléologique. L'arrêt s'est attaché aux termes du traité à la lumière de son objet, qui est la protection des droits de la personne. Cependant, *"même si le but d'un instrument est pris en considération pour en interpréter les dispositions, il ne doit pas restreindre la portée de l'exclusion de manière qu'elle vise seulement le comportement lié directement aux droits de la personne. Il doit être tenu compte de tous les*

<sup>925</sup> P.M. Eisemann (sous la dir. de), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.* : voir les différents rapports nationaux, qui concordent en ce sens.

<sup>926</sup> J. da Cruz Rodriguez, "Rapport général - L'application du droit international par le juge administratif", in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives*, La documentation Française, 2000, p. 28. A notre connaissance, et selon l'affirmation de l'ouvrage lui-même, il s'agit du premier ouvrage dont la thématique porte sur l'applicabilité du droit international devant des juridictions administratives internes, y compris non européennes. En plus des pays européens, sont étudiés des pays d'Afrique, d'Océanie, d'Asie, et d'Amérique latine. Il manque cependant la jurisprudence des Etats-Unis, dont on pourra constater la grande spécificité.

<sup>927</sup> Cour suprême du Canada, 17 septembre 1998, Pushpanathan c/Canada, in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives, op.cit.*, p. 100. L'article 1F de la Convention est une clause d'exclusion qui oblige à refuser le statut de réfugié aux personnes ayant commis des "agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies" et des "violations graves des droits fondamentaux". En l'espèce, le requérant s'était vu refuser le statut de réfugié, au motif qu'il était trafiquant de drogue. Il s'agissait donc de savoir si, sur le fond, le trafic de drogue était un crime incompatible avec les principes des Nations unies.

*buts et de tous les principes des Nations unies*"<sup>928</sup>. Les juges dissidents appellent alors à l'actualisation de l'interprétation, notamment dans l'utilisation des travaux préparatoires et de la pratique étatique ultérieure : "*il convient de tenir compte des travaux préparatoires, mais cela ne signifie pas que les tribunaux soient tenus de les interpréter strictement. Il y a lieu plutôt de tenir compte des principes et des préoccupations qui les sous-tendent en vue de leur donner un sens adapté au contexte contemporain*"<sup>929</sup>.

La variété des méthodes d'interprétation conduit les juges à les utiliser de façon très pragmatique, sans établir une hiérarchie déterminée. Tous les indices fournis par la Convention de Vienne sont utilisés, qu'il s'agisse des termes du traité, de l'objet, des travaux préparatoires, etc. Cependant, les priorités ne sont pas toujours les mêmes, d'une juridiction à l'autre, selon que l'on veut faire prévaloir la lettre ou l'esprit du traité. Par exemple, le recours aux travaux préparatoires est plutôt rare dans la tradition britannique<sup>930</sup>. En revanche, il est plus fréquent dans les systèmes de droit écrit<sup>931</sup>. On peut également souligner l'opposition des méthodes du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation français : tandis que le premier interprète les traités disposition par disposition, la juridiction judiciaire interprète leur effet direct en bloc. La Convention de Vienne, sur ce point, n'apporte guère de précision : il est donc difficile de donner raison à l'une ou l'autre des juridictions sur ce fondement.

En outre, les critères d'interprétation fournis par la Convention ne sont pas les seuls guides des juges.

### ***B. L'utilisation de critères alternatifs***

L'interprétation des règles juridiques n'est pas un phénomène propre aux normes internationales. S'il s'agit d'une évidence, elle permet néanmoins de rappeler que les juges peuvent utiliser les critères internes qui leur sont familiers. Ainsi, les critères relatifs à l'interprétation des contrats sont parfois utilisés (2). En outre, il faut souligner la particularité du système américain : les Etats-Unis semblent disposer de méthodes d'interprétation des normes internationales qui leur sont propres (1).

<sup>928</sup> Cour suprême du Canada, 17 septembre 1998, Pushpanathan c/Canada, in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives*, *op.cit.*, p. 103.

<sup>929</sup> *Ibid.*, p. 104 : cette interprétation a conduit les juges dissidents à proposer une solution qui dépasse probablement l'intention des auteurs du traité de protection des réfugiés : sur le fond, ils considèrent que "*le trafic de drogues illicites menace désormais la paix et la sécurité à l'échelon national et international*". Dès lors, selon eux, la clause d'exclusion aurait bien du être appliquée au requérant.

<sup>930</sup> D.F. Vagts, "Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading", *EJIL*, 1993, p. 498.

<sup>931</sup> E. Canal-Forgues, "Remarques sur le recours aux travaux préparatoires", *op.cit.*, p. 935. L'auteur constate que les travaux préparatoires se sont vus conférer une place quelque peu réductrice dans la Convention de Vienne. Cependant, il remarque que la pratique judiciaire révèle une grande liberté de ce point de vue et n'hésite pas à y avoir recours.

## 1. Les critères d'interprétation des normes internationales aux Etats-Unis

Les systèmes européens et celui de la Convention de Vienne correspondent, concordant vers une prise en compte privilégiée du texte. Les juges français, par exemple, rejettent plus facilement l'effet direct des traités internationaux au regard de leurs termes, imprécis et généraux, que sur le seul critère de leur objet. En revanche, les juridictions des Etats-Unis utilisent des méthodes spécifiques d'interprétation, plus téléologiques que textuelles. Ainsi, *"the international interpretive tradition...differs from American approaches in its greater emphasis on the text and its aversion to teleology"*<sup>932</sup>. Il semble donc que les cours américaines citent moins facilement la Convention de Vienne, à laquelle les Etats-Unis ne sont pas partie. Leur tradition interprétative peut être expliquée notamment par la rédaction de la Constitution américaine : datant de plus de deux siècles, elle ne peut plus être respectée à la lettre. Les juges, notamment à la Cour suprême, considèrent que le peuple américain ne saurait être soumis à une conception des règles émise il y a si longtemps. Dès lors, si le texte est respecté, c'est dans sa finalité. En outre, les juges sont déstabilisés par les normes internationales, formulées en des termes très différents des lois américaines. 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..."*<sup>933</sup>. *"What a task is thus set before us?"*, constate l'auteur.

L'interprétation du droit international aux Etats-Unis est régie par un texte de codification qui leur est propre : il s'agit du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*. Rédigé en 1987 par une association privée, l'American Law Institute, il synthétise notamment les pratiques juridictionnelles relatives au droit international. On y trouve ainsi des indications non seulement quant aux méthodes d'interprétation du droit international général<sup>934</sup>, mais aussi sur les critères d'invocabilité des traités : ne

<sup>932</sup> D.F. Vagts, "Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading", *op.cit.*, p. 484.

<sup>933</sup> *Ibid.*, p. 498.

<sup>934</sup> Le § 112.1, "Determination and Interpretation of International Law : Law of the United States", expose que "International law is determined and interpreted in the United States by reference to the sources of international law cited in § 102, and the evidence of international law indicated in § 103, with particular attention to the decisions of international tribunals" : *Restatement 3d of the Foreign Relations Law of the United States*, § 112. Le § 102 auquel il est fait référence comporte la liste des sources du droit international, inspirée de l'article 38 du Statut de la CIJ.

§ 103, "Evidence of International Law" : "(1) Whether a rule has become international law is determined by evidence appropriate to the particular source from which that rule is alleged to derive. (2) In determining whether a rule has become international law, substantial weight is accorded to :

- a) Judgments and opinions of international judicial and arbitral tribunals,
- b) Judgments and opinions of national judicial tribunals,
- c) The writing of scholars,

sont invocables que les traités considérés comme "self-executing". Ainsi, le paragraphe 111.2 du *Restatement* dispose que “*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*”. En outre, le paragraphe 111.3 prévoit que “*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”.*

On peut remarquer que la Convention de Vienne n'est, à aucun moment, citée par le *Restatement*. Il semble donc que l'interprétation des traités, tout comme les conditions de leur invocabilité, ne soient pas comparables aux pratiques européennes. La nature du traité n'est guère prise en compte par les juges. La "doctrine" de l'effet direct semble y être inconnue. Le rôle des juges, en la matière, est très largement restreint par leur volonté d'auto-limitation : il revient au pouvoir exécutif d'interpréter *a priori* la qualité de la norme conventionnelle internationale. Le respect de la séparation des pouvoirs conduit ainsi les juges à une réticence extrême envers l'utilisation des normes internationales. Ainsi, en pratique, c'est le Président qui, après la ratification, détermine si un traité est *self-executing* ou non. Si une approbation parlementaire est nécessaire, la déclaration émane alors du Congrès. Or, la pratique des autorités de l'Etat indique, peut-être plus qu'ailleurs, des limitations extrêmes à l'effet interne des engagements internationaux. L'utilisation de déclarations interprétatives qui ressemblent étrangement à des réserves est contestable. Le plus célèbre exemple est celui du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP), dont les articles 1 à 27 ont fait l'objet d'une déclaration de "non self-executing" en 1992 : cela représente la totalité des dispositions relatives aux droits fondamentaux, le reste du traité aménageant les compétences du Comité des droits de l'homme, ou contenant des dispositions secondaires quant à l'entrée en vigueur, la ratification etc. Or, l'objet de ces articles est bien de s'adresser aux individus. Ce traité fait partie de ceux qui sont les plus souvent invoqués devant les juridictions étrangères, qui reconnaissent généralement l'effet direct de nombre de ses stipulations. La compatibilité de la déclaration américaine avec le but et l'objet du traité peut ainsi être mise en cause<sup>935</sup>. En tout état de cause, elle ne correspond pas à l'attitude générale des autres Etats face à ce traité.

---

d) Pronouncements by States that undertake to state a rule of international law, when such pronouncements are not seriously challenged by other States”.

<sup>935</sup> Voir par exemple R. Sapienza, “Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités”, *RGDIP* 1999, p. 612 : si les réserves générales sont interdites, en revanche il semble que “à s'en tenir à la pratique des Etats il semble bien que les déclarations interprétatives unilatérales devraient être considérées comme toujours admissibles”.

Cependant, les juges américains sont liés par ces déclarations. Cela ne signifie pas qu'ils n'ont pas de pouvoir d'interprétation des normes internationales. Celui-ci leur est reconnu depuis fort longtemps : *“les juridictions, qui peuvent également demander à l'administration son interprétation, sans pour autant être tenues par celles-ci, le sont cependant par l'interprétation donnée par le Sénat des Etats-Unis au moment de l'expression de son consentement et elles se fondent également sur les travaux sénatoriaux préalables à la ratification”*<sup>936</sup>. En 2004, la Cour suprême n'a ainsi pu que rejeter une nouvelle fois l'invocabilité du PIDCP<sup>937</sup>. De plus, les juges eux-mêmes contribuent à restreindre les cas d'application des normes internationales. En effet, outre les exigences exposées au *Restatement*, on peut relever des conditions supplémentaires d'invocabilité de ces règles, posées par les juges. On a déjà évoqué le critère du "private right of action" : ne peut être invocable que le traité qui confère un droit d'action à l'individu<sup>938</sup>.

En outre, l'étude combinée du *restatement* et de la jurisprudence démontre une conception particulière de la question de l'application réciproque du traité. En effet, cette exigence n'étant pas posée dans les règles constitutionnelles, elle dépend donc des dispositions du traité lui-même, ou de la Convention de Vienne. Or, l'application des traités par les autres parties semble largement indifférente. Dans l'ensemble, la volonté des autres parties importe peu. Qu'elle en soit cause ou conséquence, l'interprétation de la notion de travaux préparatoires reflète cette conception restrictive : seuls les travaux américains sont pris en compte. De façon générale, l'interprétation de la volonté des parties se transforme alors en interprétation de la volonté américaine.

## 2. L'utilisation de critères internes

Le juge administratif français, interprétant une norme internationale, peut soit utiliser les règles de la Convention de Vienne, soit recourir aux principes définis par le Code civil. L'article 1156, relatif à l'interprétation des contrats, dispose que *“on doit dans les conventions rechercher quelle a été l'intention commune des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes”*<sup>939</sup>. Cette prise en compte de la volonté des parties semble, pour certains, correspondre aux méthodes indiquées par les articles 31 à 33 de

<sup>936</sup> Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, *op.cit.*, p. 34.

<sup>937</sup> Cour suprême, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 2004.

<sup>938</sup> Pour une illustration récente, voir l'arrêt *Hamdi v. Rumsfeld* (2003). Le requérant invoquait l'article 3 de la Convention de Genève relative aux prisonniers de guerre, mais la cour a considéré que la Convention, dans son ensemble, ne conférait pas de "private right of action", et a ainsi conclu à son absence d'effet direct. On peut souligner que, comme la Cour de Cassation française, elle étudie le traité en bloc, ne tenant pas compte du fait que certaines clauses d'un traité peuvent être d'effet direct. En outre, le *Restatement* lui-même précise que la question du caractère self-executing est distincte de celle de la création des "private rights and remedies" par le traité (commentaire h, § 111).

<sup>939</sup> *Code Civil*, Dalloz 2003, pp. 1000-1001. Cet article est complété par les articles 1157 à 1162.

la Convention <sup>940</sup>. Pourtant, la règle générale énoncée à l'article 31 fait apparaître qu'une relative priorité est accordée aux "termes du traité". La correspondance n'est ainsi pas absolue. Cependant, il est clair qu'un certain rapprochement peut être effectué, non seulement avec l'article 1156 mais aussi avec ceux qui le complètent <sup>941</sup>.

Les règles du code civil ont été utilisées par les juges français, et le sont encore par d'autres <sup>942</sup>. Cependant, cette tendance semble disparaître. Il faut souligner que ces critères n'ont jamais été perçus comme impératifs pour le juge, leur méconnaissance ne pouvant donc être une cause de recours <sup>943</sup>. En outre, la comparaison entre traité et contrat révèle rapidement ses limites. L'article 1162, par exemple, serait difficilement applicable au traité. Il dispose que "*dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation*". Cela favorise ainsi le débiteur titulaire d'une obligation, par rapport au créancier, titulaire d'un droit. Or, peut-on affirmer, à propos d'un traité, qu'il existe deux personnes distinctes endossant ces fonctions ? Par traités, les Etats s'obligent mutuellement.

L'utilisation de ces critères spécifiques semble donc vouée à disparaître.

En revanche, on peut souligner un autre mode d'interprétation. Ni vraiment interne, ni vraiment international, il est propre au système communautaire. Sous l'influence de la CJCE, il est marqué par une conception plus fonctionnelle de l'interprétation que les principes internationaux. Ainsi, la Cour préfère développer sa propre jurisprudence en fonction de ce qui est nécessaire pour l'Union, plutôt que d'appliquer le texte à la lettre et s'attacher au strict respect de l'intention des parties <sup>944</sup>. Depuis l'arrêt *van Gend en Loos*, la recherche de l'effet direct d'une norme par la CJCE consiste à analyser "*l'esprit, l'économie et les termes*" de la norme <sup>945</sup>. Ainsi, la

<sup>940</sup> "Nul doute qu'un tel procédé d'interprétation est en pleine harmonie avec l'article 1156 du Code civil, article aux termes duquel ...": Note G. Teboul sous CE *GISTI* 1990, *AJDA*, 20 septembre 1990, p. 639.

<sup>941</sup> Ainsi, l'article 1157, sans utiliser le terme d'effet utile, exprime néanmoins que "*lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun*".

De plus, l'article 1161 dispose que "*toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier*".

<sup>942</sup> Pour le cas français, voir Cass. Civ., *Napier et autres c. Richmond*, 24 juin 1839, Recueil Sirey, no.1, pp. 577s. La Cour a interprété un accord international en se référant aux articles 1156, 1158 et 1161 du Code civil. Pour un cas étranger, voir l'étude du cas indien par H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales, op.cit.*, pp. 330s : les tribunaux indiens utilisent encore les critères internes relatifs aux contrats, mais une évolution semble avoir lieu (depuis un arrêt de 1990), qui prend en compte davantage les principes internationaux.

<sup>943</sup> Commentaire de l'article 1156, *Code Civil*, Dalloz, 2003, p. 1000.

<sup>944</sup> D. Petrovic, *L'effet direct des accords internationaux dans la Communauté européenne : à la recherche d'un concept*, Paris, PUF, 2000, notamment pp. 7-41.

<sup>945</sup> CJCE 4 décembre 1974, *Van Gend en Loos*, affaire 41-74, recueil p. 1337. Il semble que la terminologie ait quelque évolué, l'arrêt *Van Duyn* se référant à "*la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause*". L'économie peut être définie comme étant l'articulation des parties d'un système. Face à un traité, elle consiste alors à étudier une disposition au regard de l'ensemble communautaire. Il s'agit de l'interprétation systématique à laquelle fait référence le dictionnaire Salmon, précité.

référence textuelle n'arrive qu'en dernière position, après l'analyse de la finalité et de la cohérence du système normatif analysé. Selon J. Verhoeven, cette spécificité est source d'une "*mauvaise querelle, qui dresse illusoirement un "internationaliste" idolâtrant une interprétation textuelle, mesquinement exégétique, face à un "communautaire" seul ouvert à des objectifs et à des finalités*"<sup>946</sup>. Cependant, la particularité du droit communautaire est ici de posséder un organe centralisé d'interprétation. L'utilisation d'une méthode téléologique ne présente ainsi pas de risque d'éclatement de l'interprétation. Il s'agit toutefois d'une technique inconfortable pour le droit international. En l'absence d'un juge unique compétent en la matière, il semble plus aisé de rester attaché à l'intention des parties, plutôt que de faire produire des effets supplémentaires à des normes généralement vagues. C'est ce que reconnaît notamment D.F. Vagts : estimant que les méthodes d'interprétation américaines et communautaires sont comparables, il est incité à penser qu'une approche commune pourrait être envisagée. Il s'interroge alors sur la possibilité de développer des critères d'interprétation communs en matière d'application de normes internationales, indépendamment de la Convention de Vienne<sup>947</sup>. Outre l'obstacle relevé, on pourrait également objecter le fait que le droit communautaire est largement fondé sur la notion d'effet direct, quasiment inconnue aux Etats-Unis.

---

<sup>946</sup> J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *op.cit.*, p. 262.

<sup>947</sup> D.F. Vagts, "Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading", *op.cit.*, pp. 504-505.

## Conclusion chapitre I

L'applicabilité directe du droit international aux individus nécessitait en premier lieu une clarification sémantique. On a pu constater qu'il était souhaitable d'éviter de recourir au vocabulaire anglophone, nettement moins riche et précis que la langue française sur ce thème. Une fois les notions d'applicabilité et d'effet direct identifiées, on a constaté que le juge interne est seul maître de l'analyse des critères d'invocabilité des normes internationales. Or, en clarifiant l'étendue de ses compétences, on peut percevoir que, partout, le pouvoir du juge s'accroît en matière d'interprétation et de contrôle de la validité interne des normes internationales.

Les critères et méthodes fournis par la Convention de Vienne sur le droit des traités sont des guides qui ont permis peu à peu au juge de discerner les différents critères de l'applicabilité directe. Bien que la problématique porte sur les traités, la question de l'applicabilité directe se pose en termes similaires pour toutes les normes internationales.

Elle se décompose en deux temps. D'une part, le juge étudie les critères préalables d'invocabilité des normes internationales, relatifs à leur applicabilité (simple) dans l'ordre interne. Sorte de contrôle de légalité externe de la norme internationale, il fait intervenir l'étude du respect des conditions posées par la Constitution, relatives à la ratification, à la publicité, donc au caractère obligatoire de la norme. Le contrôle de l'application réciproque, en revanche, fait encore défaut dans de nombreux Etats. Ces critères préalables, dont l'importance pratique ne doit pas être mésestimée, font pleinement partie de la notion d'applicabilité directe. D'autre part, le juge doit étudier la qualité de la norme internationale elle-même, effectuant cette fois-ci une sorte de contrôle de légalité interne. Ici, on se situe au cœur de l'invocabilité : il réside dans la notion d'effet direct.

Il n'existe pas d'accord véritable, qu'il soit doctrinal ou jurisprudentiel, sur l'identification de cette notion. Cependant, on a pu dégager deux éléments qui la composent, à travers l'étude de la jurisprudence française. Ainsi, la norme d'effet direct doit avoir pour objet de créer des droits subjectifs pour les individus. En outre, elle doit être suffisamment précise et complète pour leur être appliquée. Ces deux critères principaux permettent de déceler l'éventuelle "intention commune" des parties. Ils ne sont ni uniques ni auto-suffisants. Pour identifier l'effet direct, on doit recourir à un faisceau d'indices qui fait intervenir plusieurs critères et méthodes.

Cependant, à travers les deux critères essentiels, on peut reconnaître l'analyse des "termes de la norme à la lumière de son objet", règle familière émanant de la Convention de Vienne. Ces méthodes d'interprétation ne sont pas suivies partout de façon uniforme. Ainsi, selon les Etats, d'autres critères peuvent être utilisés, qui font appel au droit interne plus qu'au droit international. Le droit communautaire, ici, est

spécifique et développe sa propre notion de l'effet direct. Dans l'ensemble, les méthodes alterneront alors entre le respect de la lettre et celui de l'esprit de la norme.

L'absence d'uniformisation de ces critères d'invocabilité est inévitable. Face à une même norme, chaque juge interne est libre, dans le respect de ses compétences, de la considérer comme invocable ou pas. L'effet direct de la norme internationale est analysé par les juges internes. Il sera donc probablement difficile de cerner une véritable cohérence de l'effet direct des normes internationales. Toutefois, cela n'est pas nécessairement préjudiciable à l'individu. La prise en compte croissante des normes internationales par les juges internes semble réelle. Ainsi, un bilan contemporain de leur invocabilité s'impose, qui pourrait montrer que l'individu est réellement destinataire de normes internationales et titulaires des "situations juridiques subjectives" qu'elles portent.



## Chapitre II. L'invocabilité des normes internationales : bilan contemporain

Il ne s'agit pas ici de répertorier toutes les normes invocables, devant tous les tribunaux nationaux. Cette tâche ne peut revenir à un chercheur isolé. Cependant, il importe de répondre du mieux possible à la question de la titularité de droits et devoirs internationaux par l'individu.

Le double écran étatique, constitutionnel et judiciaire, est certainement de plus en plus transparent. Choix constitutionnels et choix des juges laissent entrevoir une perméabilité croissante, qui permet à la norme internationale d'établir un lien plus fréquent avec l'individu. Quelle est la force de ce lien ? Reste-t-il exceptionnel ? La doctrine a reconnu depuis longtemps que, dans certains cas, les individus pouvaient se voir conférer des droits et obligations par le droit international, notamment conventionnel. Les mêmes exemples étaient toujours cités ; encore aujourd'hui, nombreux sont ceux qui considèrent que le droit international des droits de l'homme, qui s'adresse à l'individu, est une exception par rapport à toutes les autres branches du droit international. Dès lors, on affirme que le caractère exceptionnel des droits subjectifs internationaux de l'individu ne permet pas de conclure franchement et positivement sur le premier critère de la personnalité juridique internationale.

Un bilan actuel s'impose donc, au regard de l'évolution manifeste de ces dernières années. Compte tenu de l'affirmation que l'invocabilité des normes internationales prouve la titularité effective des droits et obligations par les individus, le bilan doit donc porter sur cette invocabilité.

D'une part, il semble nécessaire d'effectuer cette évaluation d'un point de vue conceptuel : quelle est l'évolution théorique de l'invocabilité ? Les critères qui la composent montrent-ils, aujourd'hui, que la première condition de la personnalité juridique internationale individuelle est remplie ? (section I).

D'autre part, sans prétendre à une exhaustivité impossible à atteindre, un bilan pratique est également nécessaire, afin d'évaluer le degré d'invocabilité des normes internationales (section II).

## ***Section I. Bilan conceptuel : l'évolution des critères de l'invocabilité des normes internationales***

Les critères préalables de l'invocabilité, relatifs à l'applicabilité interne du traité, dépendent du droit interne de chaque Etat. En outre, il s'agit de conditions techniques qui n'appellent guère de développements théoriques. En revanche, la question de l'effet direct est d'une grande importance. Question de droit international, elle devrait être harmonisée à partir des conceptions nationales, pour une meilleure application des normes internationales.

Deux questions se posent avec acuité. L'une porte sur une éventuelle présomption d'effet direct. En effet, l'argument relatif au caractère exceptionnel du lien entre norme internationale et individus situés dans un ordre interne, doit être réévalué au regard de cette hypothèse (I). L'autre question porte sur les possibilités d'élargir la notion d'invocabilité. En effet, de plus en plus, il semble qu'elle puisse être dissociée de l'effet direct : les individus peuvent invoquer, en droit interne, des normes internationales qui ne sont pas d'effet direct. La réalité et les conséquences de ce phénomène doivent être expliqués (II).

### **I. Vers une présomption d'effet direct ?**

Plusieurs phénomènes concourent ensemble à la reconnaissance de l'effet direct d'une norme internationale. L'évolution qualitative des normes elles-mêmes en est un indice. L'ouverture des ordres juridiques internes est également sensible en la matière. De façon générale, l'évolution semble favorable à l'effet direct (A). Cependant, il est encore impossible d'affirmer nettement l'existence d'une présomption généralisée (B).

#### ***A. Une évolution favorable à l'effet direct des normes internationales***

La doctrine se penche de plus en plus sur la question de l'applicabilité directe du droit international. Les études de la pratique judiciaire se multiplient, de même que les approches de droit comparé. Sans être nécessairement étayée par des études pratiques approfondies, l'opinion doctrinale semble favorable à la reconnaissance d'une présomption d'effet direct (1). En outre, certaines pratiques étatiques confirment cette évolution (2).

##### **1. Une évolution favorable des opinions doctrinales**

La débuts de la "doctrine" de l'effet direct remontent aux décisions précitées de la Cour suprême américaine et de la CPJI en 1928. Ces deux cas ont été les premiers à reconnaître l'hypothèse de droits subjectifs d'origine internationale. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, leur interprétation a été et reste controversée.

D'une part, la formulation de l'avis de la CPJI, très ambiguë, a donné lieu à deux interprétations opposées. Dans un sens favorable à l'individu, on pouvait considérer que l'avis constituait une reconnaissance de principe de l'évolution de l'objet des traités : *“mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes puisse être l'adoption, ... de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus...”*, affirmait la Cour <sup>948</sup>. Néanmoins, on pouvait aussi bien affirmer que les droits en question n'étaient pas des droits subjectifs internationaux, comme le pensait la doctrine dualiste. Le traité s'adresse aux Etats parties. Les règles "subjectivantes" créées sont des règles internes. La composition de la Cour, avec D. Anzilotti à sa tête, pouvait confirmer cette idée.

D'autre part, même si l'on devait retenir la première interprétation, elle ne mène nullement à poser une présomption : la possibilité pour un traité de conférer des droits aux individus est perçue de façon tout à fait exceptionnelle, presque hypothétique. Si présomption il y a, au début du siècle, c'est celle de l'absence d'effet direct. A-t-elle été renversée depuis ? Les avis sont partagés. Pour D. Alland, *“cela n'est pas certain car, quelque soit l'importance accordée, sur le plan des principes, aux conventions qui promeuvent l'homme en tant que sujet partiel du droit international, elles ne représentent évidemment qu'une partie infime de l'activité conventionnelle internationale considérée dans son ensemble”* <sup>949</sup>. Ainsi, l'argument quantitatif possède un poids certain. Les conventions relatives aux droits de l'homme sont minoritaires. M. Torrelli, en 1970, soutenait que seule l'intention des parties pouvait révéler le caractère d'effet direct. Or, selon lui, *“cette intention ne saurait être présumée car elle constitue une exception à la règle de droit international classique. Elle est donc de stricte interprétation. Lorsque cette intention ne ressort pas clairement du traité ou de son application, on doit en conclure que le traité n'est pas directement applicable et que l'individu ne peut s'en prévaloir devant le juge national”* <sup>950</sup>. Cela conduisait l'auteur à soutenir la spécificité du droit communautaire, dont la vocation à l'effet direct ne fait pas doute, par rapport au droit international.

Pourtant, le sentiment général évolue rapidement en sens inverse. Dix ans plus tard, en 1980, J. Verhoeven affirme prudemment qu'*“il est possible, sinon probable, que demain, dans un monde dont l'internationalisation va croissant, la présomption que connaît en cette matière le droit communautaire devienne la règle en ce qui concerne toute règle de droit international”* <sup>951</sup>. Les manuels ne sont pas en reste. Ainsi, A. Pellet et P. Daillier

<sup>948</sup> CPJI 3 mars 1928, avis relatif à la *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Recueil, série B, No. 15, p. 17.

<sup>949</sup> D. Alland, *“L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?”*, *op.cit.*, p. 219.

<sup>950</sup> M. Torrelli, *L'individu et le droit de la CEE*, *op.cit.*, p. 77.

<sup>951</sup> J. Verhoeven, *“La notion d'applicabilité directe du droit international”*, *op.cit.*, p. 260.

estiment que “*la tendance générale dans les pays occidentaux est en faveur d'une présomption d'applicabilité directe...*”<sup>952</sup>.

Enfin, le sentiment transparaît sous la plume autorisée de R. Abraham, dont la contribution théorique au domaine est certaine. Il soutient que “*il nous semble qu'on peut affirmer qu'en droit français, depuis l'adhésion de notre système juridique au principe moniste..., les traités internationaux, incorporés à l'ordre juridique national, ...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*”<sup>953</sup>.

L'ensemble de ces opinions est loin d'être catégorique. Il ne s'agit que de possibilités, de vraisemblance et d'impressions. Chacun précise que pour confirmer son sentiment, une étude de la pratique (peut-être infaisable, comme le remarquait J. Combacau et S. Sur) est nécessaire. Cependant, cette pratique étatique semble aller dans le même sens ; là encore, tout radicalisme est interdit.

## 2. Une évolution favorable de la pratique étatique

Plusieurs indices de cette évolution peuvent être relevés. Dans la pratique française, d'abord : la circulaire de 1997 contient deux déclarations qui semblent reconnaître une présomption d'effet direct. Bien que ces formules aient été critiquées par ailleurs, en raison de certaines imprécisions, elles reflètent néanmoins l'opinion du gouvernement français. On a ainsi constaté la prise en compte des "éléments habituels d'un accord international", en matière de rédaction : le texte soutient que si les négociateurs souhaitent exclure l'applicabilité directe d'un traité, une clause expresse doit figurer en ce sens<sup>954</sup>. *A contrario*, cela signifie qu'en l'absence de précision, on peut penser que l'accord sera présumé d'applicabilité directe. Toutefois, cela ne constitue pas réellement une preuve que tel est le cas, mais une simple indication, dont la portée ne doit pas être surestimée. En outre, la même circulaire affirme que “*certaines accords ne créent d'obligations qu'à la charge des Etats. (...) En revanche, ...les autres accords peuvent être invoqués par les particuliers et prévalent sur le droit interne...*”<sup>955</sup>. Cette affirmation a été également critiquée, en ce qu'elle est placée dans un article relatif aux effets de la publication. Toutefois, elle n'en constitue pas moins un indice supplémentaire. Les accords dont l'objet est interétatique sont placés dans une situation particulière, en opposition avec tous les autres accords, censés produire des effets envers les individus.

<sup>952</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 232.

<sup>953</sup> Conclusions sous CE *GISTI*, 23 avril 1997, *op.cit.*, p.17.

<sup>954</sup> Circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997, article III.2, "Eléments habituels d'un accord international" : “*les formules "s'engagent à" sont rendues inutiles...sauf si les négociateurs souhaitent expressément exclure l'applicabilité directe...*”. Voir *supra*, note 905.

<sup>955</sup> *Ibid.*, article VIII.5. Voir *supra*, note 872.

Les critères de l'effet direct utilisés par le Conseil d'Etat, tels qu'exposés par les commissaires du gouvernement, peuvent également confirmer l'idée d'une présomption, de façon bien plus certaine que la circulaire. En effet, les critères et méthodes commentés ne sont pas exactement ceux de l'effet direct, quoiqu'on en dise : ce sont les critères de l'absence d'effet direct. R. Abraham, après avoir affirmé l'existence d'une présomption, remarque que *“cette présomption cède dans deux séries d'hypothèses”*<sup>956</sup>. Il développe ensuite les cas dans lesquels l'effet direct est écarté, et non ceux dans lesquels il est reconnu. La méthode est significative, même si elle ne préjuge pas du résultat : il faudrait de répertorier quelles sont les décisions qui ont reconnu l'effet direct d'une norme et celles qui l'ont refusé. Sur ce point, D. Alland tente de réfréner la tentation d'être trop optimiste. Il estime ainsi que *“...on doit bien noter que c'est le point de vue du droit interne qui s'exprime, puisque, comme on l'a dit, la pratique conventionnelle internationale ne permet pas de conclure à la domination statistique des traités auxquels les Etats entendent conférer un effet direct”*<sup>957</sup>.

Pourtant, l'étude du Conseil d'Etat datant de 2000, pourrait bien inciter à penser le contraire. Certes, les traités ne représentent que 5 % de la production normative nationale. Cependant, outre le fait que ce chiffre ne prend pas en compte le droit communautaire, on peut également souligner que la moitié de l'activité législative française est en réalité d'origine internationale<sup>958</sup>. De plus, contrairement à l'idée reçue selon laquelle les traités concernant les individus seraient rares, les chiffres fournis par le Conseil d'Etat montrent une réduction significative des normes internationales touchant des domaines exclusivement interétatiques. L'explication réside essentiellement dans l'essor des normes spécialisées, au détriment des domaines "classiques" du droit international. Or, ces questions techniques sont loin d'être indifférentes aux individus, même si l'on s'éloigne de l'emblématique domaine des droits de l'homme. Par ailleurs, ces normes sont en général bien plus précises que les grandes conventions multilatérales à vocation humanitaire, et se prêtent par conséquent plus facilement à une applicabilité directe. Ainsi, *“les accords mettant en cause la souveraineté des Nations et qui concernent les organisations internationales, les relations diplomatiques, la défense ou le droit de la guerre, les droits de l'homme et le droit humanitaire, ne représentent au total que 15 % des accords internationaux conclus par la France. En revanche, 45 % des accords signés le sont dans les domaines spécialisés tels que l'économie, le commerce, les transports,*

<sup>956</sup> Conclusions sous CE *GISTI*, 23 avril 1997, *op.cit.*, p.17.

<sup>957</sup> D. Alland, *“L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?”*, *op.cit.*, p. 220. Cependant, l'auteur ne fournit aucune de ces statistiques dans son article. Des chiffres sont en revanche fournis sur l'applicabilité directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence française.

<sup>958</sup> Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, *op.cit.*, pp. 18-19. *“En 1999, sur 117 lois publiées au Journal Officiel, 57 portaient autorisation de la ratification d'un accord international”* (p. 21). En 2000, la France est partie à plus de 6000 conventions, dont 80 % sont bilatérales.

la communication, les affaires sociales, la santé, l'environnement, le tourisme. La coopération culturelle, scientifique et technique, et la coopération judiciaire représentent 22 % des accords internationaux auxquels la France est partie<sup>959</sup>. Certes, les traités relatifs à l'organisation internationale sont davantage retenus par l'opinion. La publicité qui les entoure est plus importante que pour un traité bilatéral en matière de transports. En outre, ces chiffres ne préjugent pas de la qualité d'effet direct des autres traités cités. Pourtant, les traités purement interétatiques ne sont pas les plus nombreux, semble-t-il. Enfin, sans anticiper sur l'étude pratique de l'invocabilité des normes internationales, on peut souligner que depuis un certain temps, elle ne se limite plus aux seuls traités relatifs aux droits de l'homme.

De plus, s'il fallait une confirmation supplémentaire de l'impression générale, on peut rappeler l'évolution marquante des constitutions récentes. On a ainsi déjà relevé que la constitution polonaise de 1997, prise comme exemple du monisme moderne, établit une présomption d'applicabilité directe au profit des traités<sup>960</sup>. La notion d'applicabilité directe figure dans plusieurs textes constitutionnels, la constitution polonaise n'étant pas un exemple exceptionnel. En outre, cette présomption ne bénéficie pas toujours qu'aux traités. L'article 25 de la loi fondamentale allemande en fait ainsi de même pour le droit international général. Enfin, de nombreux rapports nationaux faisant état de la pratique judiciaire en la matière expriment également la même opinion<sup>961</sup>.

Tous ces éléments démontrent une évolution récente, probablement inachevée, en faveur de l'effet direct des normes internationales, au moins pour la partie conventionnelle. Cependant, le caractère récent du phénomène incite à la prudence et au réalisme. Il est encore impossible d'affirmer une réelle présomption, générale et absolue, en la matière.

### ***B. L'absence de présomption générale d'effet direct***

De nombreux obstacles se dressent encore sur le chemin du droit international vers l'individu. L'internationalisation de l'effet direct à partir de pratiques communes est loin d'être une réalité (1). En outre, malgré les pressions évoquées, on ne peut que constater la vivacité des résistances internes persistantes (2).

<sup>959</sup> Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, *op.cit.*, p. 20.

<sup>960</sup> Article 91.1 : "Le traité ratifié, après sa publication...constitue une partie intégrante de l'ordre juridique national et il est directement applicable, sauf si son application relève de la promulgation d'une loi".

<sup>961</sup> Voir par exemple R. Biever, N. Edon, L. Weitzel, "Luxembourg", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op.cit.*, p. 415. Les rapporteurs font état d'une présomption jurisprudentielle en faveur de l'effet direct, dont les critères principaux sont précision de la norme et volonté des parties.

## 1. Obstacles persistants à l'internationalisation de l'effet direct

Malgré le sentiment commun d'un net progrès de l'applicabilité interne des règles internationales, il semble que toutes les conditions ne soit pas réunies pour considérer que l'effet direct est un phénomène internationalisé.

D'une part, on a constaté que ses critères ne sont pas totalement harmonisés d'un Etat à l'autre. Dès lors, la notion même d'effet direct n'est pas univoque. Si, dans l'ensemble, les juridictions nationales tiennent compte de l'objet et de la précision de la norme, cet ensemble ne constitue pas pour autant une règle absolue. Le concept n'est pas le même en France et aux Etats-Unis. Il n'est pas certain qu'une systématisation soit possible. Or, pour affirmer l'existence d'une présomption directe, on ne peut se contenter de l'opinion de quelques Etats. Ainsi, l'effet direct reste une affaire de juridictions nationales. Comme le signalait R. Abraham, le droit international est indifférent à la façon dont il est appliqué en droit interne.

De plus, le même constat peut être effectué sur la pratique. Une norme peut être qualifiée d'effet direct par un juge, sans que cela ne lie les autres juridictions, et encore moins les autres Etats. Le bilan pratique sera toutefois nécessaire pour confirmer l'idée. Cependant, on peut souligner la différence d'approche des normes internationales entre les deux ordres de juridiction français. Ainsi, le Conseil d'Etat, lorsqu'il fait face à un traité, développe une approche au cas par cas de ses dispositions. Il ne statue qu'au regard de la disposition invoquée. L'exclusion de l'effet direct d'un article du traité ne préjuge pas de la qualité de ceux qui l'entourent. Ainsi, dans les deux affaires *GISTI* et *Mlle Cinar* de 1997, les articles 24.1, 26.1 et 27.1 de la Convention sur les droits de l'enfant se sont vu refuser cette qualité, alors que l'article 3.1 a été reconnu comme étant d'effet direct. A l'opposé, la Cour de cassation procède de façon globale, considérant le traité comme un ensemble. Elle a ainsi considéré que ce traité n'était pas d'effet direct, en s'appuyant sur l'article 4, qui dispose que "*les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la présente Convention*". Certes, cette disposition implique que le traité nécessite des mesures internes de complément pour produire des effets. Toutefois, on peut se joindre à la critique émise par R. Abraham, qui soutient que "*l'article 4 de la Convention ne fait, selon nous, qu'énoncer une évidence : il appartient aux Etats qui ratifient un traité dont l'objet est de garantir des droits au bénéfice des particuliers d'adopter toutes dispositions normatives de droit interne nécessaires pour assurer l'exercice effectif de ces droits. Il n'en résulte pas pour autant qu'aucune stipulation du traité n'est susceptible d'une application immédiate*"<sup>962</sup>. Cette attitude est nettement plus favorable à une application effective des normes internationales. En outre, la démarche d'analyse concrète, disposition par

<sup>962</sup> Conclusions R. Abraham sous CE *GISTI*, 23 avril 1997, *op.cit.*, p.18.

disposition, est davantage compatible avec la présomption recherchée. Si l'on présume que le droit international conventionnel est d'effet direct, cela doit concerner un traité dans son ensemble. Elle n'est ainsi renversée qu'au regard d'une disposition particulière. L'attitude de la Cour de cassation montre qu'elle est probablement moins à l'aise face aux normes internationales qu'une juridiction administrative, plus fréquemment confrontée à des normes de caractère général. Sa position est, au demeurant, très contestée par la doctrine.

Ainsi, la présomption de l'effet direct est loin d'être générale, compte tenu des différences d'approche du concept ainsi que des pratiques. De plus, elle ne concerne pas l'ensemble des normes internationales. Il faut, là encore, les distinguer selon leur objet et leur nature, l'effet direct étant composé essentiellement de ces deux critères.

Si présomption il y a, elle ne concerne que les traités qui sont de toute évidence destinés à produire des effets sur les individus. Dès lors, cela concerne les droits de l'homme et le droit humanitaire. De prime abord, les autres domaines matériels du droit international sont considérés différemment. Il n'est ainsi pas innocent de relever le traitement particulier réservé par certaines constitutions aux traités relatifs aux droits de l'homme, que ce soit en termes de hiérarchie ou d'applicabilité<sup>963</sup>. On peut certes considérer que le nombre des domaines sur lesquels le droit international étend son emprise est en augmentation, et que le phénomène est *a priori* favorable aux individus. Cela ne permet pas pour autant d'affirmer d'emblée une présomption d'effet direct au regard de l'objet des normes internationales.

En outre, il faut se demander si le degré de précision des normes internationales est en évolution, qui permettrait également de confirmer la présomption. L'institutionnalisation de la société internationale encourage au développement des grands traités multilatéraux. Or, le multilatéralisme ne semble pas aller de pair avec la précision. En effet, la volonté des auteurs d'un traité multilatéral est avant tout de concilier les exigences d'un maximum d'Etats. Cela explique que l'on accepte souvent une "politique à la carte" facilitée par les réserves et déclarations interprétatives. Or, cette nécessité de conciliation n'est pas favorable à l'effet direct des normes édictées : il est plus facile de s'accorder sur un engagement général que sur des obligations précises, plus fortement contraignantes. On sait qu'une part importante des "nouveaux" domaines du droit international, comme l'environnement ou les droits sociaux, sont composés de normes de *soft law*. Leur caractéristique majeure n'est certes pas la puissance normative. Elles incitent plus que n'obligent. Ainsi, à l'extension quantitative des normes internationales, on ne peut guère associer, pour l'instant, un développement qualitatif. Néanmoins, cette vision pessimiste doit être nuancée. En effet, d'un autre côté, comme l'étude du Conseil d'Etat l'a montré, 80 % des

---

<sup>963</sup> Voir nos développements *supra*, p. 247 s.

conventions liant la France sont bilatérales et *a priori* plus précises. En outre, le progrès du droit international réside aussi dans son effet sur le plus grand nombre d'Etats possible.

Enfin, on peut évoquer la distinction qui est effectuée entre les "sources" du droit international. Tout au long de l'étude de l'effet direct, ce sont les traités qui ont été évoqués. Il est vrai qu'ils se prêtent davantage que les autres normes à une applicabilité directe. Même si l'affirmation est un lieu commun, c'est une réalité de constater que la coutume internationale touche encore peu les individus. Sa présence en droit interne est peu sensible. Le cas particulier du droit non écrit de l'Union européenne pourrait être souligné. Cependant, même les principes généraux du droit communautaire ne sont pas totalement reconnus par les jurisprudences nationales <sup>964</sup>.

## 2. Des résistances internes persistantes

A tous les niveaux de l'Etat, les résistances face aux normes internationales s'expriment. Pouvoirs exécutif, législatif, et judiciaire possèdent chacun des moyens de limiter les engagements internationaux, même les plus contraignants. Cela produit donc des effets restrictifs sur la notion d'effet direct.

Ainsi, le pouvoir exécutif peut émettre des réserves suspendant l'applicabilité de certaines clauses conventionnelles, ou des déclarations interprétatives restreignant l'effet interne du traité. On a déjà cité la déclaration américaine sur le PIDCP. On peut également souligner celle émise par la France à propos de l'article 124 du statut de la CPI. En outre, les autorités chargées de la publication des actes internationaux mettent parfois plusieurs années pour exécuter cette obligation. Dès lors, il est inutile de se poser la question de l'effet direct des traités, ceux-ci ne remplissant pas les conditions préalables d'invocabilité.

Le pouvoir législatif, quant à lui, peut avoir recours de façon excessive aux mesures internes dites "d'exécution" des traités. Souhaitables pour une application efficace de normes incomplètes, ces compléments normatifs peuvent néanmoins avoir pour conséquence de dénaturer le traité. On a ainsi constaté que la pratique italienne ne correspondait pas toujours à la lettre ni même à l'esprit des traités. Phénomène non réservé aux pays dualistes, il est également couramment utilisé par les Etats-Unis.

---

<sup>964</sup> A propos du principe de confiance légitime, voir par exemple les conclusions C. Maugué sous CE 5 mars 1999, *Rouquette*, *op.cit.*, p. 364 : "le principe de confiance légitime, dégagé par la cour constitutionnelle de la république fédérale d'Allemagne, a été repris à son compte par la CJCE depuis un arrêt de 1973...Le juge administratif n'a encore jamais reconnu l'existence d'un tel principe". L'arrêt a par ailleurs confirmé la jurisprudence précédente du Conseil d'Etat. En outre, si la présomption d'effet direct est certaine pour le droit communautaire écrit, elle n'est pas irréfragable. Certains articles du traité CEE se sont vus refuser cette qualité : voir par exemple CE 26 octobre 1990, *Fédération Nationale du commerce extérieur des produits alimentaires*, Recueil p. 294, conclusions O. Fouquet, *RFDA* 1991, p. 159 (pour les anciens articles 92, 93.1 et 93.2 du traité CE).

Le pouvoir judiciaire est celui qui possède probablement les moyens les plus considérables de limiter l'effet direct des normes internationales, puisqu'il détient les clés de leur invocabilité. L'attitude d'auto-limitation des juges n'est pas un mythe. Elle s'explique par plusieurs raisons. La crainte d'interférer avec la conduite de la politique étrangère, si elle persiste, semble néanmoins en recul. Le pouvoir de contrôle des normes internationales s'accroît : auparavant, le juge ne s'autorisait pas à statuer sur un certain nombre d'actes internationaux, les faisant entrer dans la catégorie des "actes de gouvernement". Cette catégorie est partout en recul. Cependant, cette crainte explique encore le refus général de contrôler l'application réciproque des traités. Obliger un Etat à respecter un traité, sans être certain de l'attitude des autres parties, peut entraîner l'affaiblissement de la politique gouvernementale. En outre, de façon inévitable et logique, les juges préféreront toujours avoir recours aux normes internes plutôt qu'aux normes internationales, quand c'est possible. Ici, la critique du déficit démocratique intervient : la norme internationale, édictée par un pouvoir extérieur sans aval populaire, possède une légitimité amoindrie. Ces deux raisons expliquent ainsi l'attitude des tribunaux américains au regard de certaines résolutions du Conseil de sécurité <sup>965</sup>. Cette restriction est parfois vivement critiquée, certains estimant que *"pour aboutir à cette décision de non justiciabilité, les tribunaux américains se fondent sur un certain nombre de considérations qu'ils estiment juridiques alors qu'elles correspondent plutôt à une question d'opportunité"* <sup>966</sup>. Quoiqu'il en soit, les Etats-Unis n'ont pas l'exclusivité en la matière : la plupart du temps, ces résolutions sont classées dans les actes de gouvernement incontrôlables par le juge administratif. Ces différentes formes de résistance des juges sont ainsi synthétisées par P. Daillier : *"elles s'expriment par une interprétation restrictive des dispositions constitutionnelles consacrées au statut des normes internationales dans l'ordre juridique interne; par une interprétation des normes internationales visant à ne pas compromettre les politiques gouvernementales (par exemple, la recherche de l'interprétation gouvernementale, notamment quant à l'effet direct de normes conventionnelles); par des doctrines judiciaires d'évitement ("avoidance") soit propre à la matière (act of state) soit de portée plus générale (sur la recevabilité)"* <sup>967</sup>.

L'ensemble de ces considérations d'ordre général constitue un obstacle certain à la progression de l'effet direct des normes internationales. Les considérations politiques ont certes leur importance ; cela dit, d'un point de vue juridique, est-il vraiment souhaitable d'accepter l'effet direct d'une norme imprécise ? Peut-être les auteurs des

<sup>965</sup> United States Supreme Court, *Diggs v. Schultz*, 1972, ILM p. 1252 s. La Cour a rejeté un recours fondé sur la résolution 232 du Conseil imposant un embargo contre la Rhodésie du Sud (1966). Voir *supra*, note 801.

<sup>966</sup> H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, *op.cit.*, p. 345.

<sup>967</sup> P. Daillier, "Monisme et dualisme, un débat dépassé ?", *op.cit.*, p. 16.

traités devraient-ils davantage s'interroger sur les effets internes des traités, et tenter de préciser la rédaction des dispositions.

En outre, malgré les obstacles, la norme internationale progresse en droit interne. Ainsi, les conditions de son invocabilité semblent s'élargir. Certaines situations, encore marginales, incitent à dissocier l'effet direct de l'invocabilité : seraient invocables par les individus des normes mêmes imprécises et d'objet interétatique. L'extension de ces phénomènes à l'ensemble du droit international peut être envisagé.

## II. Vers une dissociation entre effet direct et invocabilité ?

Certaines normes peuvent ainsi produire des effets sur la situation juridique des particuliers, sans pour autant qu'il s'agisse d'un véritable effet direct, au sens précédemment défini. Telle est la situation des directives communautaires (A).

En tant qu'hypothèse d'école, la problématique de l'invocabilité des normes internationales sans effet direct peut être soulevée. L'extension des techniques utilisées pour le droit communautaire présente en effet un intérêt indéniable pour les individus (B).

### A. Une dissociation avérée : le cas des directives communautaires

Comme le souligne D. Alland, "*la jurisprudence sur les directives est un laboratoire exceptionnel pour les questions de l'effet direct et de l'invocabilité*"<sup>968</sup>. En effet, il s'agit d'un exemple exceptionnel de l'invocabilité de normes dénuées d'effet direct (1). Cela ne signifie pas que les directives ne produisent aucun effet sur la situation juridique des individus. Ces effets "réflexes" sont multiples et subtils (2).

#### 1. L'invocabilité exceptionnelle de normes dénuées d'effet direct

Un bref rappel de la nature des directives peut être effectué : le traité fondateur de la Communauté établit très clairement que si les règlements sont directement applicables, les directives ne le sont pas<sup>969</sup>. Elles ne s'adressent qu'aux Etats. Placée dans le contexte de notre étude, cette affirmation implique que leur objet est interétatique et ne prend donc pas l'individu comme destinataire. La doctrine a traduit cette formule par l'absence d'effet direct des directives. En effet, le rejet de l'effet direct est fondé sur la première condition analysée : celle de l'objet de la norme.

Pourtant, la CJCE a rapidement renoncé à une interprétation stricte de cet article : elle a reconnu l'effet direct des directives, en se fondant sur le second critère. Les directives précises et inconditionnelles sont alors directement invocables devant la

<sup>968</sup> D. Alland, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *op.cit.*, p. 239.

<sup>969</sup> Ancien article 189 précité *supra*, note 756, p. 324.

Cour communautaire<sup>970</sup>. Or, les juges nationaux, en toute méconnaissance de cette jurisprudence constante, ont choisi une position inverse tout aussi constante. Le conseil d'Etat a ainsi toujours refusé l'effet direct des directives, depuis le célèbre arrêt Cohn-Bendit de 1978<sup>971</sup>. Dès lors, si elles ne sont pas "transposées" dans un acte interne, elles ne produisent pas d'effet pour les individus.

Cependant, l'opposition entre la jurisprudence communautaire et la jurisprudence nationale n'est plus aussi radicale aujourd'hui. Une évolution sensible a eu lieu des deux côtés, depuis les années 1990. Du côté français, le Conseil d'Etat, sans revenir sur le principe de la jurisprudence Cohn-Bendit, en a considérablement atténué les effets. La directive non transposée n'est toujours pas invocable directement à l'encontre d'une décision individuelle. Cependant, les conditions de son invocabilité se multiplient régulièrement. Les cas diffèrent, selon la norme et la personne qui sont attaquées, ainsi que selon la voie procédurale choisie pour le recours. Ainsi, un particulier peut invoquer une directive directement (c'est-à-dire par voie d'action) à l'encontre d'une décision réglementaire<sup>972</sup>. En outre, il possède plusieurs moyens qui conduiront à l'annulation d'une décision individuelle prise à son encontre. Il peut invoquer la directive par voie d'exception, à l'encontre d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un décret qui contredit la directive<sup>973</sup>. L'exception d'illégalité est donc un mécanisme faisant intervenir trois normes, contre deux dans le système de la voie d'action. La décision individuelle est l'acte attaqué, au motif que le décret qui en constitue le fondement contredit une directive. Le décret ne sera pas annulé, mais ses effets seront suspendus, privant de base légale la décision individuelle. Ainsi, un décret qui méconnaît les objectifs d'une directive est illégal, ainsi que les actes administratifs individuels qui ont été pris sur son fondement. Ce mécanisme complexe a été étendu à la contestation, toujours par voie d'exception, de la loi : les dispositions législatives seront temporairement écartées, et l'acte administratif individuel devenu illégal peut alors être annulé<sup>974</sup>. Cet exposé rapide de la jurisprudence peut être complété par les arrêts intervenus dans "l'affaire des Tabacs" : non seulement l'exception d'illégalité est acceptée, mais la responsabilité de l'Etat est engagée pour avoir maintenu en vigueur un règlement devenu illégal. C'est, en quelque sorte, le non respect de l'obligation de transposition des directives qui est sanctionné. Il entraîne des préjudices individuels qui

<sup>970</sup> Il s'agit d'une jurisprudence constante. Voir CJCE 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Affaire 41/74, recueil p. 1337.

<sup>971</sup> CE 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, in *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (GAJA), 14<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2003, pp. 648-657.

<sup>972</sup> CE 3 février 1989 *Alitalia*, Recueil p. 44.

<sup>973</sup> CE 8 juillet 1991, *Palazzani*, *AJDA* 1991, p. 827.

<sup>974</sup> CE 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon* (1<sup>ère</sup> espèce), et *SA Jacques Dangeville* (2<sup>ème</sup> espèce), *AJDA* 1996, pp. 1044-1045. Ces arrêts sont complétés par CE 6 février 1998, *Tête*, *RFDA* 1998, p. 407 : solution identique, au regard des objectifs d'une directive.

doivent être réparés<sup>975</sup>. La solution a été étendue à la loi quelques mois plus tard<sup>976</sup>. Enfin, si l'individu peut attaquer l'Etat, au regard de la non-transposition d'une directive, l'inverse est impossible : l'Etat ne peut invoquer une directive s'il ne l'a pas transposée<sup>977</sup>.

La multiplication de ces hypothèses d'invocabilité ainsi que leur complexité conduisent parfois à des critiques envers le maintien de la jurisprudence Cohn-Bendit. Ainsi, "*cette jurisprudence, fortement contestée en doctrine, paraît assez artificielle car elle semble n'avoir plus d'autre utilité que de faire le tri entre les requérants adroits qui invoquent les directives à l'appui d'une exception d'illégalité et ceux qui sont moins adroits ou moins bien conseillés qui contestent directement une mesure individuelle au regard de la directive*"<sup>978</sup>.

Du côté communautaire, la CJCE affirmait jusqu'à récemment que les directives étaient invocables par les particuliers devant les tribunaux internes, si elles étaient "*du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ...ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'Etat*"<sup>979</sup>. Ainsi, qu'elles soient transposées ou pas, elles devraient être directement invocables par les individus, dans toute situation. Or, par un arrêt du 19 septembre 2000, la Cour a implicitement modifié sa position, désormais plus subtile<sup>980</sup>. Elle a ainsi reconnu la légitimité du recours par voie d'exception : les directives sont invocables pour demander au juge de vérifier que l'Etat n'a pas dépassé sa marge de manœuvre dans les moyens de transposition mis en œuvre. Cela revient à considérer la compatibilité du droit national avec les objectifs des directives. Certains auteurs affirment ainsi que cet arrêt révèle que "la guerre des juges n'aura pas lieu"<sup>981</sup>. D'autres constatent un certain renoncement de la CJCE, soutenant que "*c'est d'une certaine manière admettre, a posteriori, le bien-fondé du raisonnement de la jurisprudence Cohn-Bendit.*"<sup>982</sup>.

## 2. Des effets "réflexes" multiples et subtils sur les individus

La dissociation entre effet direct et invocabilité effectuée par les jurisprudences citées doit être expliquée au regard de la personnalité de l'individu. En effet, malgré la

<sup>975</sup> L'affaire des Tabacs consiste en deux arrêts impliquant les sociétés Rothmans, Arizona Tobacco, et Philip Morris : CE 28 février 1992, *AJDA* 1992, p. 224.

<sup>976</sup> Responsabilité sans faute de l'Etat en cas de maintien d'une loi contraire à une directive : CAA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Recueil p. 558.

<sup>977</sup> CE 23 juin 1995, *SA Lilly France*, *AJDA* 1995, p. 433. L'idée rappelle le principe de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel l'Etat ne peut invoquer son droit interne pour justifier le non-respect de ses obligations internationales. Dans le cas des directives, cela peut facilement passer pour de la mauvaise foi.

<sup>978</sup> Note D. Chauvaux et T.X. Girardot sous CE *GISTI*, 23 avril 1997, *op.cit.*, p. 440.

<sup>979</sup> CJCE, arrêt *Becker*, 1982.

<sup>980</sup> CJCE, 19 septembre 2000, *Etat du gd-duché du Luxembourg c. Consorts Linster*.

<sup>981</sup> P. Cassia, "L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'aura pas lieu", *RFDA* 2001, pp. 466-470.

<sup>982</sup> O. Dubos, "L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise", *RFDA* 2003-3, p. 568.

multitude des effets des directives sur leur situation, on peut se demander dans quelle mesure ces effets impliquent la création de droits subjectifs.

De façon préliminaire, on peut rappeler que l'effet direct prouve la création de droits subjectifs individuels, par l'objet de la norme et sa précision, dans le respect de la volonté des parties. Ainsi, comme le souligne R. Abraham, "*une norme vague ne peut pas servir de base à l'établissement d'un droit individuel*"<sup>983</sup>. Si les directives communautaires ne produisent pas d'effet direct, faut-il considérer pour autant qu'elles ne confèrent pas de droits subjectifs pour les individus ? La doctrine semble le penser. D. Alland résume ainsi que l'invocabilité consiste à se prévaloir "*non d'un droit contenu dans la norme communautaire mais de cette norme en tant qu'elle s'insère dans une hiérarchie et s'impose au nom du principe de légalité*"<sup>984</sup>. On a déjà évoqué le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif<sup>985</sup>. On affirme, d'un point de vue théorique peut-être un peu artificiel, que l'individu ne fait pas valoir un droit subjectif en contestant un règlement ou une loi. Il s'agit d'un droit objectif au respect de la légalité interne. La mission du juge étant de faire respecter cette légalité, il est donc normal que les individus puissent lui demander d'accomplir cette mission.

On a déjà longuement expliqué la définition du droit subjectif<sup>986</sup>. Dans la doctrine classique, le destinataire d'une norme est seul titulaire des droits qu'elle porte, et donc seul sujet de droit. On a expliqué la dissociation possible entre destinataire et titulaire. Ainsi, dans certains cas, la norme qui vise un destinataire principal peut cependant produire des effets juridiques pour plusieurs personnes : pour le titulaire de l'obligation, et pour le titulaire du droit corrélatif. Depuis Kelsen, ce droit corrélatif est souvent appelé "droit-réflexe" : si son droit-réflexe n'est pas subjectif, c'est parce que l'auteur estime que seules les obligations possèdent une valeur juridique contraignante. Appliquée au cas des directives, elles ne produiraient alors non pas un effet direct, mais un "effet-réflexe".

Ces effets réflexes sont, comme annoncés, multiples et subtils. On en identifie généralement trois principaux : ce sont les effets d'interprétation, d'exclusion et de réparation<sup>987</sup>. Ils impliquent tous trois des conséquences sur la situation de l'individu. Or, on verra qu'il est impossible d'affirmer que seule sa situation de fait est modifiée, et non sa situation juridique.

L'effet d'interprétation intervient lorsque l'individu invoque les objectifs de la directive contre le droit national : le juge est alors chargé d'interpréter le droit national à

<sup>983</sup> Conclusions R. Abraham sous CE *GISTI* 1997, *op.cit.*, p. 19.

<sup>984</sup> D. Alland, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *op.cit.*, p. 234.

<sup>985</sup> Voir *supra*, p. 385.

<sup>986</sup> Voir *supra*, partie 1, chapitre 1, pp.42 s.

<sup>987</sup> Voir la synthèse effectuée par D. Alland in *RGDIP* 1998, p. 234.

la lumière des objectifs fixés<sup>988</sup>. On a vu que le résultat pouvait conduire, en fin de compte, à l'annulation d'une décision individuelle créatrice de droits. L'effet d'exclusion, quant à lui, intervient lorsque le recours opte pour la voie de l'exception d'illégalité : le juge ne peut annuler la norme générale dont la violation est alléguée, mais il suspend ses effets<sup>989</sup>. Le résultat peut être identique au précédent. Enfin, l'effet de réparation intervient lorsque le préjudice subi par l'individu entraîne la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat<sup>990</sup>. C'est l'hypothèse précitée de l'affaire des Tabacs. Or, sur ce point, une remarque vient à l'esprit : comment justifier l'affirmation théorique de l'absence de droits subjectifs, dans cette situation ? En effet, le droit à réparation de l'individu ne pourrait être reconnu s'il ne possédait pas de droit subjectif. La CIJ, en affirmant que la responsabilité ne peut être engagée que si un droit est violé, et non un simple intérêt, n'a *a priori* pas commis d'erreur. Ainsi, l'ensemble de ces effets modifie bien la situation juridique de l'individu. Certains auteurs le reconnaissent prudemment : *“toutefois dans certains cas, le simple jeu de l'effet d'exclusion de la directive peut conduire indirectement à modifier le patrimoine juridique du justiciable”*<sup>991</sup>.

En outre, la doctrine fait couramment référence à l'effet direct des directives. Cela ne saurait être résumé à une simple erreur de langage. On distingue ainsi l'effet direct vertical et l'effet direct horizontal des directives. On peut simplement prendre l'exemple du Dictionnaire Salmon : il définit les deux notions. L'effet direct vertical est le *“droit de se prévaloir d'une directive à l'encontre des autorités étatiques”* ; l'effet direct horizontal, quant à lui, consiste à se prévaloir de la directive contre un particulier<sup>992</sup>. Il n'est pas reconnu par la jurisprudence : protégeant les droits (ou intérêts) des individus, le Conseil d'Etat refuse l'invocabilité d'une directive à leur encontre. La situation, qui hésite entre obligation de l'Etat et droit de l'individu, est ambiguë : *“les normes qui ne sont dotées que d'un effet direct vertical n'ont pas tant pour objet de conférer des droits aux particuliers que d'imposer des obligations aux Etats membres... lorsque ces normes confèrent des clairement des droits aux particuliers, ces droits constituent un obligation pour l'Etat”*<sup>993</sup>. On reste donc perplexé, se demandant ce qui importe vraiment : la possession d'un droit ou l'invocabilité d'une

<sup>988</sup> D. Alland explique sur ce point que *“lorsqu'il n'est pas le censeur des autorités chargées de la transposition, la Cour [CJCE] considère, de façon prétorienne, que le juge n'en est pas moins une autorité étatique destinataire de la directive et chargée, comme telle, de sa mise en œuvre...”* : RGDIP 1998, p. 234.

<sup>989</sup> Il s'oppose à l'effet de substitution : dans un recours par voie d'action, la norme attaquée est annulée, le juge lui substituant sa propre décision.

<sup>990</sup> Ainsi, le Conseil d'Etat français accepte les recours en responsabilité sans faute de l'Etat du fait des conventions internationales, depuis un arrêt du 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, RDP 1966, p. 774. Cette jurisprudence n'a été appliquée que deux fois d'une manière positive : CE 29 octobre 1976, *Consorts Burgat*, RDP 1977, p. 213. Tout récemment, CE 29 décembre 2004, *M. Almayrac et autres*, AJDA 28 février 2005, p. 427.

<sup>991</sup> O. Dubos, *“L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise”*, RFD 2003-3, p. 570.

<sup>992</sup> *Dictionnaire Salmon, op.cit.*, p. 413.

<sup>993</sup> O. Dubos, *“L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise”*, *op.cit.*, p. 575.

norme ? Cette jurisprudence, en dissociant effet direct et invocabilité, est en effet largement consacrée à la protection des individus. Ainsi, la finalité du droit communautaire est davantage respectée.

Cet objectif de protection des personnes conduit à envisager l'hypothèse une extension du principe au droit international.

***B. Une dissociation envisagée : l'invocabilité du droit international dénué d'effet direct***

Plusieurs propositions doctrinales ont été présentées, tendant à dissocier effet direct et invocabilité des normes internationales (1). Jusqu'à présent, elles ont été rejetées par la pratique judiciaire. Cependant, on peut s'interroger sur les intérêts de cette nouvelle extension théorique de l'invocabilité. Elle pourrait mener à proposer une nouvelle approche, plus objective, de l'effet direct en droit international (2).

1. Propositions doctrinales d'élargissement de l'invocabilité des normes internationales

Deux exemples de propositions doctrinales peuvent être relevés. Bien que recourant à des arguments similaires, elles ont deux finalités. D'une part, il s'agirait d'unifier le régime du droit communautaire et celui du droit international ; d'autre part, la nécessité d'unifier le contentieux de la légalité interne est soulignée.

Les conclusions de R. Abraham sont célèbres pour avoir identifié et défini l'effet direct des normes internationales. Cependant, il ne s'arrêtait pas là. En effet, en 1997, il a proposé au juge d'étendre la solution communautaire aux normes internationales. En l'espèce, on peut rappeler qu'il s'agit de clauses de la CIDE, dénuées d'effet direct. Le commissaire conclut néanmoins à leur invocabilité.

Il rappelle que la norme conventionnelle internationale, même extrêmement vague, reste obligatoire : si son degré de normativité est relatif, il ne disparaît jamais. Exemple est pris des préambules constitutionnels tout aussi vagues, qui n'ont jamais fait obstacle à ce que le Conseil constitutionnel vérifie la compatibilité de la loi par rapport à ces principes. Ainsi, *"il doit être possible, par suite, de contester la compatibilité de la norme interne avec la norme internationale dépourvue d'effet direct lorsque celle-ci a pour objet de garantir des droits aux particuliers, pour la raison que cette dernière fait elle aussi partie, en vertu de la Constitution, du droit national"*<sup>994</sup>. La situation qu'il envisage concerne donc les normes dont l'effet direct est refusé au regard du second critère de l'effet direct : celui de la précision de la norme. Il semble donc que, si le critère de l'objet est rempli, le second puisse être abandonné, afin de favoriser l'invocabilité. Affirme-t-il pour autant que sa

---

<sup>994</sup> Conclusions R. Abraham sous CE *GISTI* 1997, *op.cit.*, p. 19.

proposition ne saurait concerner celles des normes qui ont un objet interétatique mais qui sont précises ? Ce n'est pas clair, et le commissaire ne s'y attarde pas <sup>995</sup>.

Il tente avant tout de convaincre le juge sur la situation qui lui est soumise, par des arguments théoriques. Il reconnaît qu'en principe, une norme dénuée d'effet direct ne peut servir de fondement à la revendication d'un avantage individuel, mais soutient l'invocabilité contre les actes de portée générale. En effet, il constate que *"l'Etat est tenu, par le traité, de mettre sa législation et sa réglementation en accord avec les objectifs définis par celui-ci ; le destinataire final des droits garantis par le traité est le particulier ; dès lors, on ne voit pas pourquoi l'on empêcherait celui-ci, par voie d'action ou d'exception, de contester la compatibilité de la norme interne avec l'obligation internationale"* <sup>996</sup>. L'argument n'est pas nouveau, développé par de nombreux auteurs monistes au cours du siècle dernier : dès lors que l'individu est le "destinataire ultime" des normes internationales, elles lui confèrent des droits, même s'ils sont indirects. En outre, R. Abraham constate que deux décisions du Conseil d'Etat ont accepté l'invocabilité de dispositions internationales manifestement dépourvues d'effet direct. La première l'a fait de façon implicite, en rejetant sur le fond la violation d'une disposition de la Charte sociale européenne <sup>997</sup>. L'autre décision, tout à fait explicitement, a accepté de contrôler un décret par rapport à une convention européenne de protection des animaux ; *"mais il faut croire que cette solution...a été quelque peu perdue de vue par la suite"*, souligne-t-il <sup>998</sup>.

Enfin, la comparaison avec le cas des directives intervient. De façon très claire, l'auteur de ces conclusions souligne que *"comme les directives, ces stipulations obligent l'Etat à atteindre les objectifs qu'elles fixent en mettant en vigueur les dispositions législatives et réglementaires nécessaires. Comme les directives, elles laissent à l'Etat le choix de la forme et des moyens, en investissant d'une certaine marge de liberté pour arrêter le contenu des normes nationales d'application. Comme les directives, elles visent à créer des droits au profit des particuliers, qui sont fondés à se plaindre du caractère incorrect ou incomplet des mesures nationales de transposition..."* <sup>999</sup>. On peut cependant, à notre tour, souligner un fait qu'il semble passer sous silence. Si la situation des directives a évolué, ce n'est pas en raison de leur objet : la CJCE affirme

<sup>995</sup> Son affirmation en la matière peut en effet paraître paradoxale, à défaut d'explications supplémentaires : *"en ce qui concerne les stipulations dont l'objet même est de régler les rapports entre les Etats parties, il paraît fort logique de dénier aux particuliers la possibilité de s'en prévaloir, et c'est bien ce que vous faites. Cela ne signifie pas cependant qu'elles ne puissent en aucun cas être invoquées devant le juge interne"* : Conclusions R. Abraham sous CE *GISTI* 1997, *op.cit.*, p. 19. Ainsi, après avoir soutenu la logique du juge, il en propose quand même une autre.

<sup>996</sup> *Ibid.*

<sup>997</sup> CE 21 octobre 1983 *SA GI Motors France*. D'autres exemples sont fournis par D. Alland, dont notamment la prise en compte par le CE de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental des Etats : *RGDIP* 1998, p. 241.

<sup>998</sup> D. Alland apporte une autre explication : en l'espèce, la Convention reproduisait mot pour mot une directive européenne. Dès lors, elle pouvait être considérée comme dénuée de valeur normative formelle. Son régime contentieux a alors été rattaché à celui des directives.

<sup>999</sup> Conclusions R. Abraham sous CE *GISTI* 1997, *op.cit.*, p. 20.

bien que l'effet direct qu'elle reconnaît aux directives s'appuie sur leur degré de précision. Malgré le fait qu'elles s'adressent toujours aux Etats, c'est leur caractère inconditionnel l'emporte. Les critères de l'effet direct en jeu ne sont pas les mêmes.

Si R. Abraham appelle à unifier le régime du droit international et du droit communautaire, une autre proposition tend à harmoniser celui de la légalité interne. Ainsi, la critique menée par H. Tigroudja a déjà été expliquée<sup>1000</sup>. Cependant, l'argument n'est pas identique, dans une critique de nature doctrinale, non directement destinée au juge. Ici, elle incite à renoncer à l'un des deux critères de l'effet direct. En effet, elle considère que le critère du destinataire, autrement dit celui de l'objet de la norme, n'est pas pertinent : il introduit une démarche subjective dans un contentieux objectif. Elle critique ainsi *“la faiblesse dans le raisonnement du juge parce que la transposition en droit interne de la logique contractualiste du juge international le conduit à analyser la position de l'individu dans les mêmes termes que le droit international des traités ou le droit interne des contrats, ce qui ne permet pas de rendre compte de manière satisfaisante des effets créés par les engagements internationaux sur la situation juridique des particuliers”*<sup>1001</sup>.

Le critère du destinataire doit-il être abandonné ? La solution communautaire est-elle transposable au droit international ? Avant d'envisager une réponse, il faut souligner le refus permanent du Conseil d'Etat de se rallier à ces opinions. Les conclusions de R. Abraham n'ont pas été suivies en 1997. Par la suite, il n'a pas tenté de les représenter. La juridiction administrative, désormais, ne se contente plus d'affirmer que "les stipulations ne peuvent être utilement invoquées". La formulation contient désormais à la fois le rejet de l'effet direct et le rejet de l'invocabilité : on peut ainsi lire *“que ces stipulations, qui ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une décision individuelle ou réglementaire”*<sup>1002</sup>. On peut souligner la précision supplémentaire : quel que soit l'acte attaqué, décision individuelle créatrice de droit ou acte réglementaire, la solution sera la même.

Certains auteurs adoptent une attitude presque résignée, arguant de la masse de travail supplémentaire qu'un revirement jurisprudentiel aurait entraîné pour le juge. C'est notamment le cas de D. Alland, qui estime que cette mission aurait été trop lourde<sup>1003</sup>. L'argument, même de poids, ne convainc pas.

<sup>1000</sup> Voir *supra*, p. 386.

<sup>1001</sup> H. Tigroudja, "Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux", *op.cit.*, p. 164.

<sup>1002</sup> CE 23 avril 1997, *GISTI*, *Dalloz* 15 janvier 1998, p. 20.

<sup>1003</sup> Il conclut que *“la décision GISTI est sans doute sage, même si elle ne peut pas lever tous les doutes que suscite la tension entre le principe de légalité, qui incite à admettre l'invocabilité des normes internationales sans aucune restriction, et la recherche – plus stricte et rigoureuse – de droits dont l'individu aurait directement hérité en vertu d'une diplomatie consciente et généreuse de l'Etat”* : "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *op.cit.*, p. 244.

## 2. Pour une approche objective de l'effet direct des normes internationales ?

Certains arguments juridiques vont à l'encontre de la possibilité d'étendre la solution communautaire au droit international. Ainsi, l'ensemble de la jurisprudence relative aux directives part d'un fait essentiel : un délai est fixé pour leur transposition dans les Etats. Or, comme le souligne justement D. Alland, *“une bonne partie des solutions en matière d'invocabilité des directives repose sur l'idée que l'Etat membre n'a pas rempli ses devoirs, point qui ne peut être établi qu'après l'expiration du délai imposé par la directive”*<sup>1004</sup>. La responsabilité de l'Etat n'est pas engagée seulement dans le cas d'une mauvaise transposition, mais aussi en l'absence de transposition. Il est vrai que rien de tel n'existe en droit international. Il est alors difficile de savoir à partir de quand on peut reprocher à l'Etat de n'avoir pas rempli ses obligations conventionnelles. Cependant, on oublie peut-être qu'avant même d'interpréter la norme, le juge doit vérifier les critères préalables que sont ratification et publication. Le problème du non respect des obligations internationales ne se pose alors pas dans les mêmes termes. Il ne s'agit pas d'invoquer un traité non ratifié, ou non publié. Dès lors que le traité est publié et donc opposable aux individus, l'Etat est censé avoir pris les mesures nécessaires à son application. Si le traité nécessite des mesures complémentaires d'application, celles-ci peuvent être prises avant ou au moment de la publication. On a vu que de nombreux Etats attendent d'avoir adapté leur droit interne avant de ratifier un traité ; si la ratification est souvent loin d'intervenir immédiatement après la signature du traité, c'est essentiellement pour cette raison. Par conséquent, la question du délai accordé à l'Etat est un problème surmontable.

Une autre difficulté semble se poser ; non plus pratique, elle est d'ordre conceptuel. Ainsi, on a souligné que la jurisprudence communautaire reconnaît l'invocabilité des directives au motif qu'elles sont précises et inconditionnelles. Elle paraît donc indifférente au critère de l'objet, interétatique ou individuel. Or, la proposition émise par R. Abraham consiste au contraire à renoncer au critère de la précision de la norme. Il incite à reconnaître l'invocabilité d'une norme internationale lorsque son objet concerne les individus, malgré la généralité des obligations énoncées. Dès lors, si le juge suivait cette idée, cela conduirait effectivement à ce que des normes vagues et imprécises soient quand même invocables. Cela ne correspond pas à l'esprit de la jurisprudence sur les directives. On pourrait arguer ici du fait que l'effet d'interprétation a été défini comme conduisant le juge à évaluer les objectifs d'une directive. Ainsi, D. Alland estime que dans ce cas, *“les conditions de précision et d'inconditionnalité n'ont plus de raison de jouer”*<sup>1005</sup>. Cela ne semble pas tout à fait exact, car

<sup>1004</sup> D. Alland, *“L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?”*, *op.cit.*, p. 243.

<sup>1005</sup> *Ibid.*, p. 234.

les objectifs communautaires en question sont des plus précis. Interpréter un objectif n'est pas nécessairement une tâche hasardeuse. L'affaire *Tête* citée l'illustre bien. La directive invoquée, relative aux contrats de concession de marchés publics, était très complète. Le juge a affirmé que "*les règles nationales applicables à la date de la délibération attaquée...ne prévoyaient pas de mesures de publicité et n'étaient pas compatibles avec les objectives de la directive...*"<sup>1006</sup>. Ainsi, entre droit communautaire précis et droit international imprécis, les règles d'invocabilité doivent-elles porter sur les mêmes critères ? Cela n'est pas certain.

L'objectif de R. Abraham était de faciliter l'invocabilité de normes vagues. En revanche, la critique de H. Tigroudja propose l'inverse. Réfutant toute fiabilité au critère de l'objet, qu'elle juge trop subjectif, elle appelle à ne conserver que le critère de la précision de la norme, qui s'existe déjà pour toute norme interne, d'après elle. Sans sous-estimer la part de subjectivité du juge dans l'interprétation du degré de précision, elle estime que l'analyse du "sens ordinaire" selon la Convention de Vienne est un élément objectif et fiable<sup>1007</sup>. Il n'est pas certain que cette position contribue à renforcer l'invocabilité des normes internationales. En effet, lorsque le juge refuse leur effet direct, c'est souvent en raison de la généralité de la norme. Accentuer les exigences sur ce point n'est pas nécessairement judicieux.

On constate ainsi que l'accord existe entre les deux propositions, pour élargir les conditions d'invocabilité des normes internationales. En revanche, il est inexistant sur le critère de l'effet direct qu'il conviendrait d'éliminer. Le dilemme se résume ainsi à la question suivante : faut-il reconnaître l'invocabilité d'une norme interétatique, ou celle d'une norme imprécise ?

Pour mieux reconnaître que les normes internationales possèdent des effets sur les individus, deux solutions sont envisageables. Soit on élargit les conditions de l'invocabilité, soit on élargit la reconnaissance de l'effet direct.

Elargir les conditions d'invocabilité nécessite que l'on renonce à l'un des deux critères de l'effet direct. Le choix est cornélien. Le critère de l'objet est contestable, en ce qu'il est bien difficile d'affirmer qu'un traité concerne exclusivement les Etats sans jamais être susceptible de produire des effets sur les individus. On pourrait alors reconnaître l'invocabilité de la norme précise. Or, ce critère est en défaveur des normes internationales, souvent vagues. De plus, la généralité d'une norme n'a jamais empêché le juge d'appliquer celle-ci à un cas concret. Les limites de l'interprétation sont

<sup>1006</sup> CE 6 février 1998, *Tête*, *RFDA* 1998, p. 407. Dans l'affaire *Palazzi* de 1991, la directive, relative au renouvellement d'un titre de séjour, était tout aussi précise. Le juge a affirmé que "*le pouvoir réglementaire devait édicter des dispositions soit identiques, soit équivalentes à celles de la directive du 25 février 1964 ; qu'en omettant de prévoir des garanties comparables...le décret du 28 avril 1981 méconnaît les objectifs de la directive*". CE 8 juillet 1991, *Palazzi*, *AJDA* 1991, p. 827.

<sup>1007</sup> H. Tigroudja, "Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux", *op.cit.*, pp. 156-157.

extensibles. On est donc face à deux critères imparfaits, qui fonctionnent néanmoins parce qu'ils sont utilisés ensemble. En outre, élargir les conditions d'invocabilité ne résout en rien la question du statut international de l'individu. D'un point de vue pratique, il est certain que ce choix est important : il permettrait à l'individu de recourir plus facilement aux normes internationales dans l'ordre interne. Sa protection pourrait en être accrue. Cependant, d'un point de vue théorique, il n'est pas évident que cela conduise à mieux "*rendre compte de manière satisfaisante des effets créés par les engagements internationaux sur la situation juridique des particuliers*", comme le souhaitait H. Tigrroudja. En effet, l'élimination de l'effet direct élimine également la notion de droits subjectifs, seule déterminante dans l'obtention de la personnalité juridique internationale. Si l'on souhaite que le juge interne reconnaisse un statut international à l'individu, il est peut-être souhaitable de l'inciter à penser que les normes internationales lui confèrent des droits subjectifs.

Dès lors, pourquoi ne pas réévaluer les critères de l'effet direct, plutôt que de vouloir le dissocier de l'invocabilité ? Jusqu'à présent, l'on estime qu'une norme dotée d'effet direct doit réunir les deux conditions de l'objet et de la précision : dans l'affaire GISTI de 1997, la convention invoquée possédait un objet destiné à l'individu mais n'était pas suffisamment précise. On peut replacer la problématique dans le contexte d'une présomption d'effet direct : il s'agit d'une présomption actuellement facilement renversable, soit au regard de l'objet, qui ne concerne pas les individus, soit au regard du manque de normativité. Renforcer la présomption d'effet direct peut être un objectif alternatif à la dissociation envisagée. Cela signifierait qu'il faudrait que les deux critères de l'objet et de la précision soient réunis, non pas pour prouver l'effet direct, mais pour prouver l'absence d'effet direct. Une norme internationale serait alors dénuée d'effet direct à la double condition qu'elle s'adresse seulement aux Etats **et aussi** qu'elle soit trop imprécise pour être applicable.

A l'inverse, une norme internationale pourra être considérée d'effet direct si elle concerne les individus, **ou** si elle est complète. Jusqu'à présent, on a défini le critère de l'objet comme étant celui qui confère des droits et obligations aux individus. Or, on affirme aussi, paradoxalement, qu'une norme générale ne saurait créer de droits subjectifs ; Ainsi, les deux critères de l'effet direct possèdent un rôle en la matière. Dès lors, une norme pourrait être considérée d'effet direct au seul motif qu'elle est précise et complète ; c'est d'ailleurs ce qu'exigent implicitement les américains à travers la notion de self-executing. Si la norme *a priori* interétatique pose une obligation précise et inconditionnelle sur les Etats, l'individu peut, dans certains cas, obtenir un droit corrélatif de même qualité.

En attendant une hypothétique évolution dans ce sens, l'élargissement de l'invocabilité serait probablement une solution plus pratique pour le juge. Quant à la charge de travail supplémentaire, elle peut être limitée dans l'étendue du contrôle du

juge. En effet, comme le soulignait R. Abraham, rien n'empêche le juge administratif de n'effectuer qu'un contrôle minimum des normes internationales. En effet, les normes internationales confèrent un large pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales, pour leur application. Dès lors, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est suffisant. Ainsi, la solution est moins infaisable qu'il n'y paraît, bien qu'elle soit nettement plus complexe pour le particulier non expert.

On peut ainsi conclure sur une double interrogation. D'une part, la jurisprudence relative aux directives communautaires pourrait bien évoluer dans un sens inattendu. En effet, la nouvelle Constitution européenne opère une refonte totale des actes normatifs de l'Union, faisant disparaître ces directives. Il est peut-être prématuré de proposer l'extension de cette jurisprudence au droit international si elle doit être modifiée.

On peut également se demander quel est l'avenir de la notion d'effet direct et de l'applicabilité des normes internationales devant le juge interne. En effet, la pression internationale relevée dans l'étude du constitutionnalisme s'exerce également sur les juges. Comme le constate H. Tigroudja, *“l'avenir de la théorie subjective de l'effet direct dépendra donc de la volonté du juge de remettre en cause la conception qu'il se fait de sa mission et de la position des individus en droit international et à l'égard du droit international”*<sup>1008</sup>.

---

<sup>1008</sup> H. Tigroudja, “Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux”, *op.cit.*, p. 167.

## ***Section II. Bilan pratique : Les degrés d'invocabilité des normes internationales***

Un bilan pratique peut permettre d'évaluer l'effectivité du contact entre les normes internationales et les individus. Par le biais des conditions et des degrés d'invocabilité de ces normes devant les tribunaux internes, on constate que l'individu devient titulaire effectif de droits et d'obligations subjectifs internationaux. Compte tenu de la réalité des effets juridiques produits par les différents moyens de se prévaloir des normes internationales, il n'y a donc pas lieu de limiter la problématique à l'unique question de l'effet direct. En outre, il semble inutile de développer la question de l'invocabilité du droit communautaire : elle est largement établie, depuis longtemps. L'accent doit alors être porté sur les normes réellement internationales. Dans quelle mesure les différentes juridictions nationales acceptent-elles de les appliquer ? Bien que le droit international n'établisse pas de hiérarchie entre ses sources, les degrés d'invocabilité des différents types de normes varient considérablement. Ainsi, parallèlement à l'invocabilité croissante des traités internationaux (I), l'invocabilité des normes non conventionnelles est généralement hésitante (II).

### **I. Invocabilité croissante des normes conventionnelles**

Les traités internationaux sont la source majeure de droits subjectifs individuels. Devant les juges internes, le domaine de prédilection de l'invocabilité des normes internationales est celui des droits civils et politiques (A). Cependant, les droits subjectifs de l'individu ne proviennent pas uniquement des conventions relatives aux droits de l'homme. On peut constater une évolution favorable en matière d'applicabilité directe d'une multitude de conventions internationales (B). Il s'agit d'un phénomène récent dont l'ampleur va croissant. Sa portée ne peut être évaluée que partiellement, compte tenu du peu de recul dont on dispose.

#### ***A. Domaine emblématique de l'invocabilité : les droits civils et politiques***

L'invocabilité de conventions conférant des droits civils et politiques révèle d'abord la multitude des sources, régionales et universelles. Sont ainsi régulièrement invoqués la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), le Pacte International sur les Droits Civils et Politiques (PIDCP), ainsi que la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant (CIDE). En revanche, d'autres conventions sont invoquées sans véritable succès : tel est le cas dans les domaines de l'extradition et du droit humanitaire.

La CEDH est désormais si abondamment appliquée que cela n'appelle guère de commentaire approfondi. Sa vocation à l'effet direct est largement reconnue par les juridictions nationales. Ainsi, on a pu relever, en 1998, 483 décisions du Conseil d'Etat dans lesquelles ont été visées des dispositions de la CEDH <sup>1009</sup>. De façon générale, les juges acceptent l'applicabilité directe de l'article 6, relatif au droit à un procès équitable ; l'article 8, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale est également très souvent invoqué avec succès : il a notamment donné lieu à une construction prétorienne de la notion de regroupement familial par le Conseil d'Etat. On peut également évoquer pêle-mêle l'article 13 (droit à un recours effectif), ou encore les dispositions relatives au libre accès à l'information et à la liberté d'expression, ainsi qu'au libre exercice des activités professionnelles.

De ce point de vue, l'intégration de la Charte de droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution européenne devrait offrir une nouvelle source de protection aux individus. Elle s'appliquera ainsi, non plus seulement dans le système du Conseil de l'Europe, mais au sein même de l'Union européenne.

Quant au PIDCP, son invocabilité est presque devenue "traditionnelle". Sans que l'on puisse conclure à l'applicabilité directe de l'ensemble de ces dispositions, de nombreux articles ont été appliqués par les juges de différents Etats. Ainsi, en Belgique, le Conseil d'Etat a accepté de statuer au regard de l'article 12 du Pacte, relatif à la liberté de circulation et de résidence <sup>1010</sup>. Aux Pays-Bas, c'est l'article 26, relatif à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination, qui a été considéré de la sorte <sup>1011</sup>. Ce sont là des Etats monistes, dont les juges sont largement réceptifs aux traités internationaux. Cependant, ce degré croissant d'invocabilité ne concerne pas qu'eux. Ainsi, de façon plus surprenante, la Nouvelle-Zélande, Etat dualiste de *common law*, peut également être prise en exemple. En 1993, la Cour d'appel de Wellington a estimé que les articles 23 et 24 du Pacte font partie de l'ordre juridique interne et confèrent directement des droits aux individus <sup>1012</sup>. Le premier est relatif à la protection de la famille (droit au mariage), tandis que le second porte sur la protection des enfants mineurs. Plusieurs dispositions de conventions différentes sont interprétées les unes par rapport aux autres, notamment pour prendre en compte l'intérêt de l'enfant. En outre, on peut remarquer que les juges font même référence, dans leur travail d'interprétation, à l'article 8 de la CEDH et à la jurisprudence de la Cour européenne sur le droit au regroupement familial.

<sup>1009</sup> L. Sermet, *RFDA* 1999, p. 799.

<sup>1010</sup> CE (belge) 26 juin 1989 *Evers c. Commune de Flemalle* : cet arrêt à également reconnu l'applicabilité directe de l'article 2 du protocole No.4 de la CEDH. Voir Etudes du CE, *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives, op.cit.*, p. 83 s.

<sup>1011</sup> Conseil d'Etat néerlandais, *D.G et D.D c. Secrétariat d'Etat à la justice*, 15 janvier 1996. *Ibid.*, p. 14.

<sup>1012</sup> Cour d'appel de Wellington, *Tavita v. Minister of Immigration*, 17 décembre 1993. *Ibid.*, p. 289.

La jeune convention relative aux droits de l'enfant est également une nouvelle source de droits invocables devant les juridictions internes. Son application en France fait l'objet d'une littérature particulièrement abondante<sup>1013</sup>. Cependant, la reconnaissance de son applicabilité directe est extrêmement contrastée. Ainsi, Conseil d'Etat et Cour de cassation sont en franche opposition sur la question, ce qui conduit à considérer qu'il s'agit en la matière d'un "*feuilleton à épisodes*" dont la fin n'est pas encore révélée<sup>1014</sup>.

D'un côté, le refus du juge judiciaire de reconnaître l'effet direct de la Convention a été exprimé par l'arrêt Lejeune du 10 mars 1993, et confirmé à plusieurs reprises<sup>1015</sup>. On a vu que la Cour de cassation procède à une analyse en bloc du traité : elle déduit de la présence d'une disposition générale l'absence totale d'effet direct de l'ensemble<sup>1016</sup>. A l'instar de D. Alland, on peut s'interroger sur le choix de l'article 4 du traité, puisque son article 2.1 est encore plus général. En effet, celui-ci dispose que "les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune..." : peut-être le verbe "garantir", de par sa nature affirmative, a-t-il fait hésiter le juge ? Peut-être la référence de l'article 4 aux mesures nationales complémentaires l'a-t-il emporté : on pourrait y voir une reconnaissance de la validité de la position américaine relative au traité "self-executing". Ainsi, dès lors que le traité envisage la nécessité, même éventuelle, de prendre de telles mesures, l'invocabilité sera rejetée. On a vu que cette conception pouvait être contestée. En outre, D. Alland affirme que ce refus sera plus difficile à l'avenir, en raison de la parenté de rédaction de ce traité avec la CEDH et le PIDCP. Il souligne également que les juges du fond mènent "*une véritable guerre de résistance à la jurisprudence de la cour de cassation*"<sup>1017</sup> : il cite un arrêt du TGI de Rennes de 1995, dans lequel les juges s'appuient sur les deux critères de l'effet direct pour reconnaître l'invocabilité de "toutes les dispositions de la convention qui ne renvoient pas à une initiative souveraine des signataires et qui sont suffisamment complètes et précises pour se dispenser de textes d'accompagnement de droit interne".

De l'autre côté, le Conseil d'Etat procède à une analyse séparée de chaque disposition et reconnaît l'effet direct de certains articles de la CIDE. Toutefois, dans la

<sup>1013</sup> Voir notamment A.D. Olinga, "L'applicabilité directe de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant (CIDE) devant le juge français", *RTDH* 1995, pp. 678-714. C. Byk, "La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la CIDE", *JDI* 1994, p. 967-976. Voir aussi le bilan effectué par D. Alland in *RGDIP* 1998.

<sup>1014</sup> D. Alland, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *op.cit.*, p. 208.

<sup>1015</sup> C. Neirinck, P.M. Martin, "Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt Lejeune", *JCP* 1993, 3677, p. 224.

<sup>1016</sup> Voir *supra*, p. 405.

<sup>1017</sup> D. Alland, "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *op.cit.*, p. 217.

majorité des cas, l'effet direct a été rejeté. Tel est le cas pour l'article 9 sur les conditions de séparation d'un enfant de ses parents, que l'on pourrait pourtant considérer comme précis<sup>1018</sup>. De même, on constate le refus d'appliquer les articles 12 sur le droit de l'enfant d'exprimer son opinion, notamment dans une procédure administrative ou judiciaire, et 14 (liberté de conscience et de religion)<sup>1019</sup>. Ensuite, l'attitude du juge a été identique face aux articles 2.2, 4, 8, 9, 10 et 28<sup>1020</sup>. Enfin, l'arrêt GISTI de 1997 constate l'absence d'effet direct des articles 24.1 (meilleur état de santé possible), 26.1 (bénéfice de la sécurité sociale) et 27.1 relatif à un niveau de vie suffisant pour le développement physique, mental, spirituel, moral et social de l'enfant<sup>1021</sup>. Certains de ces articles sont d'une précision qui ne fait guère de doute. Le rejet de leur effet direct est alors fondé sur le premier critère de l'objet : la considération selon laquelle les dispositions ne s'adressent qu'aux Etats perdure. En définitive, seuls deux articles sont appliqués aux individus : l'article 3, par l'arrêt Cinar déjà cité, qui opère un revirement par rapport à deux arrêts de 1993, ainsi que l'article 16, depuis l'arrêt Dermipence du 10 mars 1995<sup>1022</sup>. Pourtant, en l'espèce, l'article 16 relatif au droit à la vie privée est nettement moins précis que les précédents. Cependant, il est formulé différemment : l'affirmation "les Etats s'engagent à" est remplacée par "nul enfant ne sera l'objet d'immixtions arbitraires...". Ainsi, les formulations de ce type semblent encore déterminantes pour le juge, bien que l'on ait souligné à quel point leur intérêt est relatif.

Deux Etats dualistes étrangers ont également reconnu l'effet direct de certains de ces articles. Ainsi, contrairement aux juridictions françaises, la Cour de Wellington, par l'arrêt précité, a accepté l'invocabilité de l'article 9 de la CIDE. De plus, la Cour administrative suprême de Finlande a reconnu l'applicabilité directe de l'article 3 de la CIDE, comme l'a fait le Conseil d'Etat en 1997. L'attitude de plusieurs juridictions montre ainsi un accord relatif sur cet article. En l'espèce, il s'opposait à l'expulsion d'une famille étrangère dont les titres de séjour n'étaient plus valables : compte tenu de l'intégration de cette famille dans la société finnoise, son expulsion aurait été contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>1023</sup>.

Ces trois traités possèdent bien des similitudes, notamment dans leurs formulations générales. Dans les articles 2 de la CIDE et du PIDCP, "les Etats parties s'engagent à respecter les droits énoncés...". Dans l'article 1<sup>er</sup> de la CEDH, "les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits...". En outre, chacun de ces traités comporte des dispositions dont le degré de

<sup>1018</sup> CE 29 juillet 1994, *Abdelmonla*, RGDIP 1995, p. 502.

<sup>1019</sup> CE 3 juillet 1996 *Paturel*, Recueil p. 256.

<sup>1020</sup> CE 29 janvier 1997 *Torres*.

<sup>1021</sup> CE 23 avril 1997, *GISTI*, Conclusions R. Abraham, RFDA 1997, pp. 585-596.

<sup>1022</sup> Note Y. Benhamou, *Dalloz* 1995, p. 617-618. Texte de l'arrêt à la RGDIP 1995, p. 1013.

<sup>1023</sup> Arrêt du 26 septembre 1997, in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives*, *op.cit.*, p. 188.

précision varie considérablement. Dès lors, la différence de traitement que reçoivent les instruments universels est difficilement justifiable juridiquement. Elle s'explique néanmoins par la présence d'une juridiction européenne qui peut sanctionner les Etats parties à la CEDH. Les juges internes sont alors davantage incités à l'appliquer directement.

L'invocabilité de ces traités est un phénomène qui remonte à une période récente. Elle est certainement appelée à se développer. En revanche, d'autres domaines traditionnels touchant aux droits fondamentaux sont encore considérés avec beaucoup de réticence : il s'agit des traités relatifs à l'extradition et au droit international humanitaire.

La jurisprudence du Conseil d'Etat sur les conventions d'extradition semble évoluer, d'un refus persistant à une acceptation timide de leur invocabilité. Il s'agit d'un domaine qui conserve une connotation interétatique et politique certaine. Dans un arrêt de 1985, le juge administratif a rejeté l'invocabilité d'une convention bilatérale d'extradition, au motif qu'elle ne créait de droits et d'obligations qu'entre Etats. Là encore, c'est le critère de l'objet qui semble l'avoir emporté, malgré la précision des normes <sup>1024</sup>. Or, en 1991, le Conseil d'Etat semble avoir reconnu l'applicabilité directe de ces conventions. Toutefois, la prudence doit être de mise, en l'absence de confirmation ultérieure claire. Ainsi, D. Ruzié considère, à propos de l'arrêt *Urdian Cirizar* de 1991, que "*en revanche, la Convention européenne d'extradition, convention multilatérale, est susceptible d'être invoquée par les particuliers*" <sup>1025</sup>. L'auteur semble alors distinguer l'attitude du juge face aux conventions bilatérales et multilatérales : seules ces dernières seraient invocables. Or, il faut souligner qu'un second arrêt du même jour, qui portait sur une convention d'extradition franco-britannique, a adopté exactement la même rédaction que pour le premier <sup>1026</sup>. De plus, en l'espèce, les requérants n'invoquaient pas la convention d'extradition : ils attaquaient le décret d'extradition en se fondant sur une loi de 1927 interdisant l'extradition quand la demande a été présentée dans un but politique. Néanmoins, le juge a fait produire aux Conventions un effet d'exclusion, écartant l'application de la loi au motif qu'il existe une norme supérieure incompatible. Les arrêts ne portaient donc pas tant sur une question d'effet

<sup>1024</sup> CE 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Conclusions B. Genevois, RDP 1985, p. 1130. Voir *supra*, p. 382, note 912. En effet, l'article 5 invoqué de la Convention franco-colombienne de 1850 ne concerne pas directement les particuliers. Il dispose que "si des individus étrangers à la France ou à la Nouvelle-Grenade venaient se réfugier d'un pays à l'autre, ...l'extradition ne sera accordée qu'après que le gouvernement du pays auquel appartient l'étranger réclamé, ou son représentant, aura été consulté et mis en demeure de faire connaître les motifs qu'il pourrait avoir à s'opposer à l'extradition". Les conclusions de B. Genevois n'indiquent pas réellement les motifs qui le conduisent à considérer que la Convention ne concerne pas les individus.

<sup>1025</sup> Note D. Ruzié sous CE 29 janvier 1993 *Mme Bouilliez*, RFDA 1993-4, p. 806.

<sup>1026</sup> CE 23 octobre 1991, arrêts *Urdian Cirizar* et *Watts*, AJDA 1992, pp. 82 s, note F. Julien-Laferrière.

direct et d'invocabilité, que de primauté du traité sur la loi. La solution est donc ambiguë, bien qu'elle semble ouvrir la voie de l'invocabilité de ces conventions d'extradition.

En matière de droit humanitaire, il n'est pas certain qu'une évolution puisse être discernée. En effet, si le droit coutumier peut être une source importante de règles à la disposition du juge, l'applicabilité du droit conventionnel semble rare. En 1996, la Cour de cassation française a rejeté tout effet direct des quatre Conventions de Genève<sup>1027</sup>. Les commentateurs sont au demeurant peu enclins à critiquer cette attitude<sup>1028</sup>. Ainsi, *“le travail des juges n'est pas aisé : aucun élément du texte des Conventions de Genève, ni les travaux préparatoires ne permettent de soutenir ni d'exclure que l'intention des parties eut été de conférer à ces conventions une applicabilité directe”*<sup>1029</sup>. L'attitude des juridictions étrangères illustre une communauté de points de vue sur l'ensemble des conventions du domaine<sup>1030</sup>. On peut citer, par exemple, un arrêt de la Cour suprême israélienne de 1979 : celle-ci a jugé légal l'établissement d'une colonie à Elon Moreh au regard de l'article 52 des accords de la Haye qui permet l'occupation d'un territoire effectuée *“pour les besoins des forces occupantes”*<sup>1031</sup>. Cependant, ce n'est pas en tant que droit conventionnel que la règle a été appliquée, les juges ayant considéré qu'elle liait l'Etat en tant que droit coutumier. En revanche, elle a rejeté l'applicabilité des Conventions de Genève, au motif qu'il s'agit de droit conventionnel ne liant pas les juges. Dans ce cas, la valeur coutumière des conventions de Genève n'a pas été relevée, bien que ce point ne fasse pas l'unanimité parmi les juges.

Ainsi, *“on ne peut que déplorer de telles réticences qui montrent à quel point le droit international humanitaire reste pour certains tribunaux internes sinon un droit d'extraterrestre, du moins un droit purement interétatique, alors qu'une lecture raisonnable et de bonne foi des textes montre que ce droit a, dans bien des cas, des effets directs vis-à-vis des particuliers”*<sup>1032</sup>.

<sup>1027</sup> C.Cass, crim, 26 mars 1996, *Javor et autres*, RGDIP 1996, p. 1083, note M. Sastre.

<sup>1028</sup> Voir cependant B. Stern, “La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en Ex-Yougoslavie et au Rwanda”, *GYIL*, 1998, pp. 280-299.

<sup>1029</sup> *Ibid.*, p. 1091.

<sup>1030</sup> E. David, “Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales”, in J.F. Flauss (sous la dir. de), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 135-175. L'auteur apporte des exemples de jurisprudences suisse, américaine, japonaise, sénégalaise (affaire Hissène Habré, arrêt de la Cour de Cassation du 20 mars 2001), à propos de plusieurs conventions, dont celle de La Haye de 1907.

<sup>1031</sup> Cour suprême, *Elon Moreh*, 22 octobre 1979, in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives*, *op.cit.*, pp. 211-228. Les accords cités contiennent un article 49 interdisant les déplacements de population en territoire occupé. Cependant, les juges affirment que l'article ne permet pas d'affirmer que le déplacement volontaire est interdit (p. 212).

<sup>1032</sup> E. David, “Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales”, *op.cit.*, p. 144.

### ***B. Développement des domaines d'invocabilité des normes internationales***

Parallèlement aux conventions relatives aux droits civils et politiques, de nombreux traités ont encadré les droits économiques et sociaux. Traditionnellement, ceux-là ne bénéficient d'aucune présomption d'effet direct. Leur invocabilité est ainsi limitée, bien qu'une évolution favorable semble possible (1). En outre, il est impossible de détailler l'ensemble des traités dont certaines dispositions sont d'applicabilité directe, tant leur objet est varié. En fin de compte, les emblématiques traités relatifs aux droits de l'homme ne sont que la partie émergée de l'iceberg. On ne peut que constater alors la diversité des conventions invocables (2).

#### 1. Vers l'invocabilité des droits économiques et sociaux ?

Ces droits de seconde et troisième génération ne sont pas encore véritablement entrés dans les mœurs jurisprudentielles. Domaine d'un droit programmatore étroitement lié au niveau de développement de l'Etat, il est composé largement de règles générales et imprécises. Largement, mais pas totalement : les Conventions de l'OIT sont depuis longtemps génératrices de droits directement applicables et invocables. De plus, la reconnaissance de l'effet direct de certaines dispositions du Pacte International sur les Droits Economiques, Sociaux et Culturels (PIDESC) est en germe. La Charte sociale européenne doit aussi être considérée.

L'applicabilité directe des conventions de l'OIT devant les juridictions nationales ne pose aucun problème. Ainsi, elles semblent être à la fois destinées aux particuliers et de nature précise et complète<sup>1033</sup>. L'arrêt *GISTI* de 1997, par exemple, impliquait ainsi la Convention 118 du 28 juin 1962, relative à l'égalité de traitement des nationaux et non nationaux en matière de sécurité sociale. Or, le commissaire de gouvernement, ayant posé les premiers jalons de la notion d'effet direct, ne pose même pas la question pour cette convention. L'évidence semble être de mise. Toutefois, la rédaction de l'arrêt précisera, sans davantage de justification, que l'article 4.1 du traité produit des effets directs à l'égard des particuliers : cet article pose une obligation souple d'égalité de traitement sans condition de résidence, sauf si le législateur le prévoit dans certaines branches. Le traité instituant l'OIT est ainsi beaucoup plus précis et directif en matière d'application des conventions édictées par l'organisation. Des délais de ratification sont établis, des procédures de contrôle existent, qui peuvent

---

<sup>1033</sup> L'élaboration et la conclusion des conventions de l'OIT (presque 200!) sont très particulières, compte tenu de la composition tripartite de l'OIT, qui inclut des personnes privées. Cela explique peut-être leur meilleure applicabilité interne. Voir P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, 7<sup>ème</sup> édition, pp. 173-174.

entraîner d'éventuelles sanctions à l'encontre des membres ne respectant pas leurs obligations <sup>1034</sup>.

L'effet direct du PIDESC, plus rarement invoqué, est quasiment nul. Le Conseil d'Etat, confronté cinq fois à ses dispositions, a toujours rejeté leur invocabilité <sup>1035</sup>. Le dernier arrêt sur la question date de 1999 : les requérants contestaient un décret de 1998 plaçant les allocations familiales sous conditions de ressources. L'arrêt a nié l'effet direct des trois articles du Pacte invoqués. En premier lieu, il s'agit de l'article 2. 2, qui dispose que "les Etats parties s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune...". Cette clause de non-discrimination figure également dans le PIDCP. Formulée en termes équivalents, elle est pourtant interprétée dans un sens opposé. En effet, la commissaire du gouvernement C. Maugüe a estimé que "*ces stipulations ne se suffisent pas à elles-mêmes : elles doivent être combinées avec les droits énoncés par le Pacte et ce n'est que dans la mesure où un droit sera considéré comme d'applicabilité directe qu'elles pourront elles-mêmes recevoir immédiatement application*" <sup>1036</sup>. Or, une interprétation d'ensemble confère un sentiment général qui va à l'encontre de l'effet direct. Si l'article 2. 2 est rédigé de la même façon que dans le PIDCP, les dispositions qui l'entourent sont différentes. Ainsi, l'article 2. 1 prévoit que les Etats s'engagent, certes, mais "au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits..." : l'obligation est moins fortement énoncée que dans les traités relatifs aux droits civils et politiques. Au regard de ce paragraphe, C. Maugüe conclut à l'absence d'effet direct de l'article entier. Elle s'appuie alors sur le critère rédactionnel réfuté par R. Abraham. Par la suite, elle conclut de même, suivie en cela par le juge, pour les articles 9 et 10 du Pacte, relatifs respectivement au droit à la sécurité sociale et à la protection de la famille qui élève des enfants. La formulation des articles est jugée trop générale pour être appliquée.

Il est certain que l'esprit du PIDESC diffère de celui du PIDCP. En 1966, la protection de droits économiques et sociaux est un objectif plus qu'une obligation immédiate. Il a vocation à s'appliquer progressivement, en fonction du développement économique de chaque Etat. Cependant, si l'on peut estimer que nombre de pays en développement ne sont guère en mesure d'assurer ces droits, il en va tout autrement en France. Dès lors, ne devrait-on pas considérer que le PIDESC peut raisonnablement

<sup>1034</sup> L'article 33 de la Constitution de l'OIT, portant sur la "non-application des recommandations de la Commission d'enquête ou de la CIJ", n'a été appliqué qu'une fois : une résolution de 1998 a été prise à l'encontre du Myanmar, en raison de la violation grave et systématique de la convention interdisant le travail forcé.

<sup>1035</sup> Les articles 6, 7 et 13 du PIDESC ont ainsi été jugés non invocables. De plus, un arrêt de 1998 (non publié) semble avoir rejeté l'effet direct de l'ensemble du Pacte : voir Conclusions C. Maugüe sous CE 5 mars 1999 *Rouquette*, *RFDA* 1999, p. 358.

<sup>1036</sup> *Ibid.*, p. 360.

s'appliquer aux individus ? Il était possible, dans l'affaire Rouquette, d'interpréter les obligations étatiques, mêmes relativement vagues. C'est déjà le cas pour les droits civils et politiques. Comme le soulignait en l'espèce la commissaire du gouvernement, envisageant l'hypothèse d'un effet direct, *“la mise sous condition de ressources des allocations familiales n'a nullement pour effet de priver les requérants du droit à la sécurité sociale... Les stipulations de l'article 9 du Pacte n'ont donc elles non plus pas été méconnues”*<sup>1037</sup>. Sans doute, pour le juge, cela signifie-t-il ouvrir la boîte de Pandore. Une évolution est néanmoins tout à fait possible.

Dans la même affaire, d'autres droits sociaux ont également été invoqués par les requérants et niés par le juge<sup>1038</sup>. Il s'agit de deux articles du Code européen de la sécurité sociale de 1964, relatifs aux paiement de prestation sociale. Ils peuvent être objectivement considérés comme plus précis que les précédents<sup>1039</sup>. Ici, le raisonnement de C. Maugüe semble paradoxal et contestable. Selon elle, *“les termes ainsi utilisés montrent que ces stipulations confèrent directement des droits au profit des particuliers, mais que ces droits, pour être effectifs, supposent l'intervention d'une mise en œuvre législative”*<sup>1040</sup>. Ainsi, elle semble d'abord reconnaître l'effet direct des dispositions : que signifierait, sinon, la création de droits directs pour les individus ? Immédiatement après, elle rejette au contraire cet effet direct, au motif de "l'intervention d'une mise en œuvre législative", critère utilisé par les américains pour le caractère self-executing des traités. La justification de cette affirmation au regard des articles du code est inexistante. De plus, l'existence de mesures d'application d'une loi n'a jamais empêché l'invocation de celle-ci. Au contraire, elle la permet.

Face au PIDESC, les juridictions étrangères ont une attitude partagée, entre acceptation et refus. Ainsi, on peut constater qu'un tribunal fédéral suisse a rejeté en bloc l'effet direct du traité. L'article 3, relatif à l'égalité des sexes pour les droits mentionnés dans le Pacte, était invoqué. Les juges ont affirmé que *“ce pacte ne fixant que des objectifs à atteindre et laissant les Etats déterminer les moyens à mettre en œuvre pour réaliser ces objectifs, le tribunal considère que celui-ci n'a pas le caractère de norme directement applicable”*<sup>1041</sup>. Toutefois, les effets de ce traité sont parfois reconnus. Ainsi, le Conseil d'Etat belge a estimé que l'article 8 du Pacte, relatif au droit syndical et au droit de grève, est d'effet

<sup>1037</sup> Conclusions C. Maugüe sous CE 5 mars 1999 *Rouquette*, *op.cit.*, p. 360.

<sup>1038</sup> En revanche, l'application de l'article 14 de la CEDH, clause de non-discrimination équivalente à celle de l'article 2. 2 du PIDESC, ne posait en l'espèce aucune difficulté, malgré sa généralité. Il est combiné à l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole à la Convention, dont l'interprétation donnée par la Cour européenne est retenue dans les conclusions.

<sup>1039</sup> Notamment l'article 45 qui indique que *“lorsque les prestations consistent en un paiement périodique, elles doivent être accordées pendant toute la durée de l'éventualité”*, à savoir *“la charge des enfants”*.

<sup>1040</sup> Conclusions C. Maugüe sous CE 5 mars 1999 *Rouquette*, *op.cit.*, p. 361.

<sup>1041</sup> Arrêt du 20 novembre 1995, in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives*, *op.cit.*, p. 405.

direct<sup>1042</sup>. Les juridictions belges, qui sont parmi les plus réceptives aux normes internationales, ouvrent peut-être la voie en matière sociale.

Une possibilité d'application élargie des droits sociaux réside, assez paradoxalement, dans l'application de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques. La question a été posée notamment devant des juridictions suisses et françaises. Ainsi, l'arrêt précité du tribunal fédéral suisse, tout en rejetant l'effet direct du PIDESC, évoque l'article 26 du PIDCP<sup>1043</sup>. Il souligne la possibilité d'une applicabilité autonome, l'article ne concernant pas seulement les droits civils et politiques : il pourrait donc être appliqué à des considérations économiques et sociales. Cependant, la Suisse a émis une réserve sur cet article, "*précisément en vue de lui ôter toute portée autonome*"<sup>1044</sup>. Le Conseil d'Etat français a également eu à envisager la question. En effet, une ressortissante sénégalaise a contesté la législation française de 1959 en matière de pensions, qui établit une discrimination à l'égard des pensions versées aux nationaux des anciennes colonies. En 1989, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a estimé que cela contrevenait à l'article 26 du PIDCP. Le Conseil d'Etat, saisi par le tribunal administratif de Poitiers, a ainsi du rendre un avis sur le problème de son invocabilité à l'encontre d'une législation économique et sociale<sup>1045</sup>. Le commissaire du gouvernement concluait positivement, et estimait que la législation de 1959 violait le principe d'égalité formulé dans le Pacte. Pour cela, il a eu recours à une interprétation du sens des termes, ainsi qu'à leur finalité. Conformément à l'interprétation majoritairement retenue par le comité des droits de l'homme, il a donc estimé que cet article 26 possède une vocation à une application autonome, c'est-à-dire indépendamment des droits contenus dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques. Le Conseil d'Etat, quant à lui, a adopté une vision beaucoup plus restrictive de la disposition. Par un raisonnement qui ne convainc pas les commentateurs, le Conseil a estimé que la rédaction de deux Pactes en 1966 impliquait une lecture séparée des textes. Il a conclu que l'article 26 ne concernait que les droits visés dans ce Pacte et ne pouvait être invoqué à l'encontre de la législation sur les pensions<sup>1046</sup>. Ainsi, "*bien que cela soit pour une part implicite dans l'avis, il nous paraît donc que l'assemblée du contentieux se soit fondée sur l'intention des parties telle qu'elle découlait de la comparaison des deux traités négociés dans*

<sup>1042</sup> CE 22 mars 1995, *Henry c. la Poste*, in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives, op.cit.*, p. 83. L'article 8 du PIDESC dispose notamment que "Les Etats s'engagent à assurer : a) le droit qu'à toute personne de former avec d'autres un syndicat..."

<sup>1043</sup> Article 26 : "toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. (...)"

<sup>1044</sup> Arrêt du 20 novembre 1995, in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives, op.cit.*, p. 410.

<sup>1045</sup> Avis du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, note D. Chauvaux et T.X. Girardot, *AJDA* 1996, pp. 507 s.

<sup>1046</sup> Par ailleurs, l'applicabilité directe de cet article ne pose aucun problème devant les juridictions françaises. Elle a été reconnue à plusieurs reprises, tant par le Conseil d'Etat que par la Cour de Cassation.

*les mêmes instances, par les mêmes parties et au même moment*<sup>1047</sup>. Or, tant le commissaire du gouvernement que la doctrine avaient souligné que *“si l'on réduisait sa portée aux seuls droits reconnus par le Pacte, l'article 26 semblait faire double emploi avec l'article 2. La règle de l'effet utile semblait donc imposer elle aussi de retenir une interprétation large de l'article 26”*<sup>1048</sup>. Il semble bien que, une fois encore, la recherche de l'intention des parties ait conduit à un résultat défavorable aux individus.

Un autre traité est régulièrement invoqué devant les juridictions nationales : il s'agit de la Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1996. Cette seconde version du traité n'a pas fondamentalement changé, ni dans sa structure, ni dans son contenu, actualisé et enrichi. La première partie contient une liste de 31 droits sociaux (contre 19 auparavant) que les Etats considèrent comme des objectifs à atteindre : ici les droits énoncés en à peine une phrase, sont vagues. Cependant, la seconde partie contient 31 articles qui détaillent les droits visés plus haut. La Convention établit une politique à la carte, les Etats n'étant pas tenus de garantir l'ensemble des droits. En effet, la partie 3 (article 20 unique) oblige les Etats à se considérer comme liés par au moins seize articles (au lieu de 10 auparavant), dont au moins six articles parmi 9 listés.

En France, on peut constater un refus généralisé sur l'ensemble des clauses qui ont pu être invoquées. Ainsi, en 1984, le Conseil d'Etat a refusé l'invocabilité de l'article 4.4, relatif au droit du travailleur à un délai de préavis raisonnable avant la cessation d'un emploi<sup>1049</sup>. La précision de la règle a été jugée insuffisante. Cet arrêt peut paraître déjà ancien, compte tenu de l'évolution rapide de l'invocabilité des normes internationales. Pourtant, la jurisprudence n'a pas (ou pas encore ?) évolué. En 1995, ce sont les articles 11 et 12, relatifs au droit à la protection de la santé (et il est vrai assez généraux), qui ont été rejetés<sup>1050</sup>. Ainsi, tout se passe comme si la formulation "les parties s'engagent" était encore déterminante dans l'appréciation du juge : il considère qu'elle signifie "les parties ne garantissent pas...". En outre, on peut relever un second motif de rejet, qui paraît quelque peu contestable : dans les deux affaires citées, les conclusions s'appuyaient sur une annexe à la Charte sociale prévoyant un mécanisme

<sup>1047</sup> Avis du 15 avril 1996, Mme Doukouré, note D. Chauvaux et T.X. Girardot, *AJDA* 1996, p. 511.

<sup>1048</sup> *Ibid.*

<sup>1049</sup> CE 20 avril 1984 *Melles Valton et Crepeaux*, Recueil p. 148.

<sup>1050</sup> CE 15 mai 1995 *Raut*, *RGDIP* 1996, p. 277. Un arrêt que l'on peut qualifier de "marginal" avait accepté de statuer au regard des articles 12 et 31 de la Charte sociale, "dont les dispositions sont claires" : CE 21 octobre 1983 *SA GI Motors France*. Cependant, en 1983, le juge avait recours, de façon certainement excessive, à la théorie de l'acte clair. Il ne connaissait pas encore les critères de l'effet direct. La dissociation entre effet direct et invocabilité des directives n'avait pas encore eu lieu et ne peut donc expliquer la solution. Le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt *GISTI* de 1990, ainsi que les suites étudiées, impliquent que le juge maîtrise davantage les normes internationales aujourd'hui. On peut alors constater que cela n'est pas toujours favorable à l'applicabilité directe de ces normes.

de contrôle international <sup>1051</sup>. On ne peut que penser à la jurisprudence américaine, qui rejette le caractère "self-executing" des traités lorsqu'ils ne confèrent pas un droit d'action interne à l'individu : ici, c'est la possibilité d'un contrôle supra-étatique qui contribue au rejet de l'effet direct <sup>1052</sup>.

Ainsi, malgré les efforts conjugués de certains commissaires du gouvernement et de la doctrine, l'effet direct des droits économiques et sociaux n'est pas encore reconnu. Cependant, au regard de certaines décisions étrangères, des espoirs d'évolution sont permis. En effet, les juges belges s'inscrivent, ici encore, dans une optique différente. La même décision *Henry c. la Poste*, de 1995, a non seulement accepté l'effet direct d'un article du PIDESC, mais également celui de l'article 6 de la Charte sociale européenne, qui lui est équivalent.

En outre, les traités relatifs aux droits de l'homme sont loin d'être les seuls à pouvoir conférer des droits subjectifs invocables aux individus <sup>1053</sup>.

## 2. Diversité des conventions invocables

Il est impossible de répertorier l'ensemble des conventions invoquées devant les juridictions nationales. Toutefois, on peut distinguer, entre conventions multilatérales et bilatérales, celles qui sont appliquées par les juges de plusieurs Etats. Certains domaines matériels du droit international connaissent ainsi des effets internes significatifs.

Une liste considérable de conventions multilatérales possède des clauses dotées d'effet direct. Il en va ainsi, par exemple, des conventions sur la protection de la propriété intellectuelle de 1883, sur la protection du patrimoine culturel, ou encore de la Convention de Chicago sur l'aviation civile internationale de 1944. La Convention de Vienne sur le droit des traités a été invoquée en Allemagne, en Finlande, aux Pays-Bas ou en Suède. Celles sur les relations diplomatiques et consulaires ont également fait l'objet d'une jurisprudence abondante. De plus, les conventions en matière de coopération judiciaire et d'extradition, ou d'assistance administrative mutuelle en matière de fiscalité, sont également souvent invocables.

<sup>1051</sup> Il s'agit d'un contrôle politique plus que juridique, sans aucune force obligatoire. Ainsi, la partie IV du traité instaure un comité d'experts qui examine des rapports biennaux fournis par les Etats.

<sup>1052</sup> Cet argument est notamment contesté par D. Alland, in "L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?", *op.cit.*, p. 226.

<sup>1053</sup> On aurait pu également prendre des exemples d'applicabilité de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés de 1951, invocables notamment en Allemagne, Canada, France, Hollande, Hongrie, Israël, Luxembourg, ou encore de la Convention sur l'apatridie de 1954. Pour une synthèse des conventions invocables, voir J. da Cruz Rodriguez, "Rapport général - L'application du droit international par le juge administratif", in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives*, *op.cit.*, pp. 14-36. Droit communautaire et droits de l'homme ont été exclus de l'étude, en raison d'une jurisprudence établie et fournie. L'accent est donc porté sur les autres domaines d'intervention des normes conventionnelles.

Parmi ces domaines, on peut constater que nombre d'entre eux relèvent du droit international privé. Cependant, l'invocabilité reconnue aux trois conventions de Vienne de codification est remarquable : il s'agit là de domaines considérés comme traditionnellement interétatiques. L'exemple de l'arrêt Bouilliez du Conseil d'Etat français, qui a reconnu l'effet direct de l'article 5 de la Convention sur les relations consulaires, n'est pas unique. Cependant, le traité relatif aux relations diplomatiques conserve une nature interétatique plus résistante à l'effet direct. Certes, les jurisprudences disponibles en la matière reconnaissent l'invocabilité de certains de ces articles. Toutefois, il s'agit d'affaires dans lesquelles cette invocabilité n'est pas envisagée en termes d'effet direct, mais produit des effets d'interprétation ou des effets réparatoires<sup>1054</sup>. Bien qu'ayant des conséquences sur la situation juridique des requérants, ces dispositions ne sont pas nécessairement créatrices de droits subjectifs : on a vu que la question était contestée.

Les conventions bilatérales sont les plus fréquemment invoquées. Leur objet porte notamment sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des étrangers, sur le droit de la sécurité sociale ou sur les double impositions<sup>1055</sup>. Les accords de coopération, qu'elle soit culturelle, économique, ou judiciaire, concernent également directement les particuliers. On peut ainsi rappeler que l'arrêt GISTI de 1990 avait conclu sans difficulté à l'invocabilité d'un accord franco-algérien de 1968 relatif aux conditions de circulation, d'emploi et de séjour des ressortissants algériens en France. En revanche, dans l'affaire Bouilliez de 1993, le juge avait conclu au rejet de l'invocabilité d'une convention franco-autrichienne d'entraide judiciaire de 1979. Cependant, les accords de coopération culturelle, quant à eux, peuvent produire des effets directs<sup>1056</sup>.

Bien qu'un bilan exhaustif de l'invocabilité des normes conventionnelles soit impossible à présenter dans le cadre de cette étude, un sentiment général peut aisément s'en dégager. Le constat est mitigé. D'un côté, de nombreuses requêtes invoquant des

---

<sup>1054</sup> Il s'agit, d'une part, d'un arrêt d'une cour administrative fédérale allemande, du 29 février 1996 : les requérants invoquaient le droit allemand de la sécurité sociale pour obtenir une assistance financière. La Cour a rejeté le recours car une telle aide est incompatible avec leur statut diplomatique, régi par la Convention. Elle s'appuie sur tous les articles définissant le statut d'agent diplomatique (préambule, articles 3, 29, 31 et 33). D'autre part, pour l'effet réparatoire, on peut citer un arrêt du Conseil d'Etat colombien *Vitel Vina Rojas Robles* de 1998 : un diplomate américain, lors d'un accident de voiture, a tué un ressortissant colombien. Les enfants de la victime ont obtenu réparation car les immunités diplomatiques prévues par la Convention de Vienne entraînent une rupture de l'égalité devant les charges publiques. Comme dans la jurisprudence française, la responsabilité de l'Etat du fait des conventions internationales peut ainsi être mise en œuvre.

<sup>1055</sup> Voir S. Laugier-Deslandes, *Les méthodes d'interprétation du juge français face au droit international*, Thèse Paris I, 2001 : l'auteur étudie une jurisprudence abondante relative à l'interprétation des conventions fiscales, sur l'extradition ou encore des traités à caractère social.

<sup>1056</sup> CE 14 mai 1993 *Ministre de la Coopération c. Bonn*, pour une convention conclue avec le Zaïre.

conventions internationales ont été rejetées. Il est certain que l'effet direct de toutes les conventions internationales ne peut être reconnu. La présomption soutenue par R. Abraham, déduite du principe moniste de la Constitution française, est fragile. On ne sait si elle existe vraiment, sauf dans le domaine des droits civils et politiques. En la matière, le bilan est plutôt positif.

D'un autre côté, deux éléments essentiels permettent de conclure sur un constat plus optimiste. D'une part, le nombre de conventions internationales invoquées, bilatérales comme multilatérales, relativement peu connues, est considérable. D'autre part, la quasi-totalité des décisions citées est postérieure à 1990. De nombreuses conventions n'ont été insérées que tardivement dans les ordres juridiques internes. Leur application aux individus est donc récente. Les développements de la notion d'effet direct le sont également. Ainsi, l'ensemble concorde dans le sens d'une progression de l'invocabilité des normes conventionnelles.

En revanche, le droit international non conventionnel semble faire l'objet de davantage de réticences.

## II. Invocabilité hésitante des normes non conventionnelles

La reconnaissance de la coutume internationale par les juridictions internes a toujours été timide. Il ne semble pas que la tendance soit destinée à s'inverser (A). Quant aux actes unilatéraux internationaux, ils sont quasiment inconnus des tribunaux ; cependant, certains cas d'invocabilité récents peuvent être remarqués (B).

### A. Reconnaissance timide de la coutume

En général, l'applicabilité directe de la coutume internationale est exceptionnelle. La jurisprudence est donc rare<sup>1057</sup>. En 1980, C. Dominicé notait que "...dans de nombreux cas où le juge a recours à la coutume internationale, c'est soit pour trancher une question incidente, soit pour statuer sur un problème d'immunité de juridiction ou d'exécution, alors qu'en revanche l'effet direct proprement dit est plus difficile à identifier"<sup>1058</sup>. L'affirmation est encore vraie : les affaires récentes impliquant une coutume internationale concernent essentiellement les questions d'immunités. Souvent, elles se situent dans une problématique pénale particulière.

<sup>1057</sup> Voir C. Dominicé, F. Voefray : "L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne", in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique international*, op.cit., p. 57 : "si certains domaines du droit coutumier contiennent des normes intéressant directement la situation juridique de l'individu, par exemple en matière de droits de l'homme, l'applicabilité directe demeure un phénomène exceptionnel en ce qui concerne le droit coutumier". Bien que ne fournissant pas d'exemples jurisprudentiels, les auteurs soulignent que l'affirmation est valable même pour les Etats de *common law* ; il semble ainsi que la jurisprudence soit abondante seulement en Allemagne et en Grèce, où existe la procédure particulière d'identification de la coutume prévue par la Constitution.

<sup>1058</sup> C. Dominicé, "L'individu, la coutume internationale et le juge national", *Mélanges R. Pelloux*, Lyon, L'Hermès, 1980, p. 200.

Le juge judiciaire ne recherche pas expressément l'effet direct de la coutume internationale. Néanmoins, en l'identifiant, et en reconnaissant son invocabilité, il parvient au même résultat. La Cour de cassation est la juridiction la plus fréquemment confrontée à la coutume internationale, dans deux domaines ; celui des immunités concerne avant tout les Etats. Le droit coutumier relatif aux crimes contre l'humanité est également régulièrement invoqué, avec peu de succès. On peut ainsi souligner que *“la principale difficulté réside dans le refus du juge d'admettre la recevabilité d'un moyen fondé sur la coutume lorsqu'elle est invoquée par un individu à son profit...”*<sup>1059</sup>. En 1964, la Cour de cassation affirmait ainsi que *“l'accusé est sans qualité pour se prévaloir d'une infraction aux règles de droit international public”*<sup>1060</sup>. La formule de cette décision a été abandonnée lors de l'affaire Barbie en 1983, mais ce dernier arrêt a préféré la référence aux principes généraux de droit international. Depuis, plusieurs arrêts ont accepté l'applicabilité directe de la coutume. Ainsi, sur le motif d'une coutume en matière d'immunité, faisant suite aux décisions de la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet, la Cour de Cassation a rejeté un recours exercé à l'encontre de Kadhafi. Si les conséquences de cette décision ont fait couler beaucoup d'encre, c'est en raison des difficultés (internes et internationales) d'identifier les principes en matière d'immunité des chefs d'Etat, notamment lorsqu'ils sont encore en exercice. On a moins parlé de l'applicabilité directe. L'arrêt a ainsi identifié le contenu d'une coutume internationale très incertaine : *“désormais, l'immunité est une règle internationale, elle est une règle coutumière”*<sup>1061</sup>. L'immunité de juridiction est ainsi reconnue aux chefs d'Etat étrangers, et le terrorisme ne peut permettre au juge d'y contrevenir. En l'espèce, la haute juridiction judiciaire annule l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 octobre 2000. Cette dernière avait constaté, au regard de nombreuses conventions et des résolutions instituant les TPI, que l'immunité est écartée pour les crimes les plus graves (crime contre l'humanité, génocide, crime de guerre, apartheid). Ayant considéré le terrorisme comme un crime international, la position audacieuse, peut-être prématurée, de la Cour a été censurée. Cependant, comme le souligne rapidement F. Poirat, l'arrêt *“traduit sans conteste une évolution considérable puisqu'il fait entrer la coutume dans le champ normatif appliqué par le juge judiciaire. C'est en effet à notre connaissance la première fois que la haute juridiction judiciaire se prononce aussi clairement sur la question de la règle coutumière, qu'il s'agisse par ailleurs de l'immunité de juridiction ou non”*<sup>1062</sup>. La coutume internationale en question produit donc un effet d'exclusion : elle empêche de poursuivre les responsables de crimes internationaux commis par des

<sup>1059</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, 7<sup>ème</sup> édition, p. 346.

<sup>1060</sup> Cour de Cassation, 4 juin 1964, *Argoud*, note A. Kiss, *AFDI* 1965, p. 935.

<sup>1061</sup> Cour de Cassation, 13 mars 2001, *Kadhafi*, *RGDIP* 2001-2, note F. Poirat, p. 473 s.

<sup>1062</sup> *Ibid.*, p. 489. Le Conseil d'Etat avait déjà reconnu implicitement le caractère coutumier de la règle d'immunité, par son arrêt du 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 Bd Flandrin*.

chefs d'Etats. Depuis, le contentieux de l'immunité ne cesse de s'enrichir<sup>1063</sup>. Pour les individus, il est cependant nettement moins pertinent qu'en matière de crimes. En effet, ce ne sont pas les particuliers qui invoquent la coutume relative à l'immunité. En revanche, s'ils invoquent les règles coutumières relatives aux crimes contre l'humanité, deux obstacles leur sont opposés. D'une part, l'affirmation de la primauté de la loi sur la coutume conduit souvent au rejet de la requête : lorsqu'une loi (d'amnistie, par exemple) s'interpose, le juge n'aura même pas besoin de rechercher l'existence et le contenu de la coutume. D'autre part, le principe de légalité des peines exige l'existence d'un texte valable en droit interne avant toute poursuite. Ainsi, dans un arrêt du 17 juin 2003, la Cour de cassation a simplement rejeté un moyen de cette nature. Les requérants souhaitaient poursuivre l'auteur de crimes commis pendant la guerre d'Algérie : en l'absence de texte (sauf une loi d'amnistie de 1968), ils invoquent la coutume. La Cour de cassation confirme la décision de la Cour d'appel, qui soutient que *“on ne saurait, à l'appui de poursuites, invoquer une coutume internationale qui, si elle peut, le cas échéant, guider l'interprétation d'une convention, ne peut, en tout état de cause, pallier son absence pour créer, ab initio, une incrimination”*<sup>1064</sup>. Les textes internationaux existant portent uniquement sur les crimes commis par les pays de l'Axe pendant la seconde guerre mondiale. Dès lors, le juge ne peut statuer sur les faits commis en Algérie. Selon certains, *“l'arrêt de la Cour de cassation pourrait bien marquer un revirement, à moins qu'il ne s'agisse d'un retour à une situation ante après un bref moment d'égarement, situation dans laquelle la coutume n'est pas invocable devant le juge judiciaire. Alors, les espoirs suscités par ce qu'il ne conviendrait plus de désigner comme la "jurisprudence" mais comme "l'affaire" Kadhafi seraient réduits à néant...”*<sup>1065</sup>. Cependant, la généralisation ne semble pas être possible. Les domaines matériels d'intervention de la coutume ne sont pas les mêmes, et ne profitent pas aux mêmes personnes. On ne pense pas pouvoir affirmer que la décision *“chasse du prétoire, sans doute pour longtemps, la coutume”*<sup>1066</sup>. Cependant, la coutume ne sera directement applicable qu'en l'absence de loi contraire.

Ainsi, devant la Cour de cassation, les deux domaines coutumiers invoqués sont de peu d'effets pour les individus. La coutume internationale est néanmoins devenue

<sup>1063</sup> Voir par exemple Cour de Cassation, 20 juin 2003, *Mme Naira Kamel*, note I. Pingel, *RGDIP* 2003-4, pp. 1002 s : une enseignante à l'école saoudienne de Paris a saisi les prud'hommes pour demander son affiliation à la sécurité sociale. L'école est considérée comme un organe de l'Etat saoudien, qui a alors invoqué son immunité de juridiction, acceptée par la Cour d'appel. Cependant, la Cour de cassation a estimé que l'acte attaqué (le refus d'affiliation) ne justifiait pas le recours à cette coutume internationale. En effet, l'arrêt déclare que *“les Etats étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion”* (p. 1002). Cependant, en l'espèce, la Cour fonde sa solution, non directement sur la coutume, mais sur les "principes de droit international" : I. Pingel souligne qu'il s'agit d'une solution classique, tant en France qu'à l'étranger.

<sup>1064</sup> Cour de Cassation, 17 juin 2003 (affaire Aussaresses), note F. Poirat, *RGDIP* 2004-3, p. 754.

<sup>1065</sup> *Ibid.*, p. 759.

<sup>1066</sup> *Ibid.*, p. 762.

peu à peu invocable, notamment dans des domaines nettement moins passionnels. En effet, le Conseil d'Etat, au cours des années 1990, a reconnu l'invocabilité de la coutume, bien qu'en lui conférant un rang inférieur à la loi<sup>1067</sup>. L'arrêt Aquarone de 1996 a ainsi posé le principe de l'invocabilité de la coutume par les particuliers<sup>1068</sup>. En l'espèce, il s'agissait de savoir s'il existait une coutume relative à l'exonération fiscale des fonctionnaires internationaux<sup>1069</sup>. Le commissaire du gouvernement s'est donc attaché à rechercher les deux éléments constituant une coutume, pour parvenir à la conclusion de son inexistence. En effet, il relève l'absence de pratique étatique suivie, seuls deux Etats exonérant d'impôt les pensions reçues. De plus, s'il existe une *opinio iuris* concernant les exonérations des fonctionnaires en activité, elle ne concerne pas les retraités. Enfin, G. Bachelier constate que la Cour administrative d'appel n'avait donc pas besoin d'analyser la place hiérarchique de la coutume : bien que jugée superfétatoire, l'analyse est quand même reprise. Ainsi, après avoir exposé l'absence de présomption d'effet direct de la coutume, de contenu interétatique, il conclut que "*il nous semble que l'alinéa 14 permet en tout cas de justifier l'application directe en droit interne d'une norme internationale non écrite*"<sup>1070</sup>. Cependant, il soutient qu'aucune règle n'impose que la coutume prévale sur la loi. En toute fin de conclusions, G. Bachelier précise que celles-ci ne préjugent pas du statut particulier des principes généraux du droit communautaire. Le commissaire Arrighi de Casanova, dans ses conclusions sous l'arrêt Paulin du 28 juillet 2000, les considère également à part<sup>1071</sup>. Cet arrêt constitue par ailleurs une extension de la solution de l'arrêt Aquarone aux principes généraux de (et du) droit international<sup>1072</sup>.

On a déjà remarqué que les juges internes semblent plus facilement reconnaître l'existence de principes généraux du droit international qu'une coutume internationale<sup>1073</sup>. Ainsi, aux débuts de la reconnaissance de l'applicabilité du droit international non conventionnel, les références étaient implicites, qui utilisaient le

<sup>1067</sup> Pour une synthèse de la jurisprudence administrative, voir notamment G. Bachelier, "Les règles non écrites du droit international public et le juge administratif", in P.M. Dupuy (sous la dir. de), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, *op.cit.*, pp. 31-47.

<sup>1068</sup> D. Alland, "La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté", *RGDIP* 1997-4, p. 1054. Texte de l'arrêt Aquarone reproduit à *AJDA* 1997, p. 630. Conclusions G. Bachelier sous CE 6 juin 1997, *Aquarone*, *RFDA*, 1997, p. 1068 s.

<sup>1069</sup> Le requérant invoquait également des déclarations des présidents de la CIJ : le commissaire a considéré que ces déclarations "n'ont pas la nature de décisions juridictionnelles qui en tant que telles seraient susceptibles le cas échéant de s'imposer aux juridictions françaises" : conclusions, p. 1070. En outre, le statut de la CIJ a été interprété, conformément aux principes de la Convention de Vienne.

<sup>1070</sup> Conclusions G. Bachelier sous CE 6 juin 1997, *Aquarone*, *op.cit.*, p. 1073.

<sup>1071</sup> Voir C. Castaing, "L'extension du contrôle de conventionnalité aux principes généraux du droit communautaire", *RTDE*, 2003-3, pp. 197-228.

<sup>1072</sup> Les faits sont similaires. CE 28 juillet 2000, *Paulin*. Texte de l'arrêt suivi des commentaires de F. Poirat, in *RGDIP*, 2001-1, p. 240 s.

<sup>1073</sup> Voir O. Debbasch, "Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international", in *L'Europe et le droit*, *Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 139-179.

terme de "principes" : ainsi en est-il de l'arrêt *Nachfolger* de 1987, qui pose de façon elliptique les prémisses de l'invocabilité de cette source de droit international<sup>1074</sup>. L'affaire concernait un principe relatif au droit de poursuite en haute mer des auteurs d'infractions commises dans les eaux territoriales. La jurisprudence administrative utilise également l'expression de "principes généraux du droit applicables aux réfugiés", depuis l'arrêt *Bereciartua Echarri* de 1988. Ces principes sont dégagés de la Convention sur le statut de réfugié de 1951. Ces différentes références conduisent à constater que *“dans un certain nombre de domaines liés à ce que l'on peut appeler le droit "transnational", le droit conventionnel demeure incomplet, inadapté et insuffisant. Les principes généraux du droit international vont alors servir de substitut pour régir des situations juridiques à la fois nouvelles et complexes. C'est le cas en matière de protection de l'environnement, de pollution ou de règles de bon voisinage international”*<sup>1075</sup>.

Il existe donc indéniablement, depuis les années 1980, une jurisprudence reconnaissant l'invocabilité de la coutume internationale par les individus. Cependant, les conditions sont rarement réunies pour qu'elle mène le requérant au succès, compte tenu de sa valeur hiérarchique limitée. En outre, le droit international non conventionnel demeure rarement invoqué. Il est donc difficile de dire si l'essor du droit conventionnel va se conjuguer avec celui du droit coutumier, ou s'il va l'absorber peu à peu. Quoiqu'il en soit, si l'effet direct de la coutume internationale existe, il n'a pourtant qu'une effectivité réduite.

### ***B. Non prise en compte des actes unilatéraux : une évolution possible***

Le développement de la problématique du droit communautaire est largement inutile ici : règlements et directives sont appliqués depuis longtemps ; par ailleurs, on a vu l'évolution jurisprudentielle en matière d'invocabilité des directives. Cependant, on peut rappeler l'hypothèse du "réacheminement normatif" : l'application du droit dérivé des organisations universelles par le droit dérivé d'une autre organisation implique, en quelque sorte, une nouvelle forme de dualisme. Par conséquent, le juge interne n'est que très rarement confronté aux résolutions universelles et leur effet sur les citoyens n'est pas toujours direct. Ainsi, au sein de l'Union européenne, soit le juge national

<sup>1074</sup> CE, 23 octobre 1987, *Sté Nachfolger Navigation Company*, conclusions J. Massot, *RFDA* 1987 pp. 963-970.

<sup>1075</sup> Voir O. Debbasch, "Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international", *op.cit.*, p. 169.

utilise une norme interne ou communautaire, soit c'est le juge communautaire qui est confronté à la norme internationale <sup>1076</sup>.

Ainsi, les résolutions du Conseil de sécurité créant les TPI ont été évoquées devant les juges internes, mais de façon indirecte. En effet, elles ont fait l'objet de mesures législatives complémentaires ; les juges ont alors utilisé ces normes internes . Par exemple, en 1996, la Cour de cassation a interprété la loi de 1995 mettant en œuvre la résolution 827 instituant le TPIY <sup>1077</sup>. Pourtant, même dans ce cas, certains estiment que l'effet direct de la résolution pourrait être affirmé : “*sur le plan substantiel, comment, par exemple, contester l'effet direct dans les ordres internes des résolutions créant le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda indépendamment bien sûr des dispositions nationales techniques de mise en œuvre ? Les individus visés par ces décisions étaient justiciables dès leur adoption*” <sup>1078</sup>. Il ne peut alors s'agir que d'un effet théorique, puisque le juge ne statue pas au regard de la norme internationale. En outre, ce réacheminement peut entraîner des conflits de normes. Ainsi, dans un même Etat, une loi, un règlement

---

<sup>1076</sup> On peut ainsi évoquer une décision de la CJCE du 30 juin 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Minister for Transport*, affaire C-84/95, in *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives, op.cit.*, pp. 133-141 : il s'agit d'un renvoi préjudiciel de la Cour suprême irlandaise sur l'interprétation d'un règlement communautaire (990/93) donnant effet aux résolutions du Conseil de sécurité sur l'embargo envers l'ex-Yougoslavie. Comme dans un système dualiste ayant recours aux mesures d'exécution, la Cour s'attache à interpréter le règlement communautaire, en tenant compte “*de ses termes, de son contexte et de ses objectifs*”, et non la résolution en elle-même. Toutefois, comme le règlement applique plusieurs résolutions (713, 752, 787 et 820), “*il convient dès lors de tenir compte également du texte et de l'objet de ces résolutions...*” (p. 138). En l'espèce, l'Etat irlandais avait saisi les avions d'une société turque, que celle-ci louait à la compagnie aérienne nationale yougoslave JAT. La société contestait la saisie, compte tenu du fait qu'elle payait la location sur des comptes bloqués pendant l'embargo, et n'effectuait pas de vol à destination ou en provenance de Yougoslavie. Le juge communautaire, tenant compte avant tout de l'objectif de ces mesures (qu'elles soient communautaires ou internationales), a considéré que “*au regard d'un objectif d'intérêt général aussi fondamental pour la communauté internationale qui consiste à mettre un terme à l'état de guerre dans la région et aux violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la république de Bosnie-Herzégovine, la saisie de l'aéronef en question...ne saurait passer pour inadéquate ou disproportionnée*” (p. 141).

<sup>1077</sup> Cass. crim, *Javor et autres*, 26 mars 1996. Selon P. Daillier, la Cour accepte de statuer au vu de la loi, mais son interprétation la vide de sens : P. Daillier, “*Monisme et dualisme, un débat dépassé ?*”, *op.cit.*, p.19. On peut y voir un des inconvénients d'une pratique dualiste de transposition (incontournable en la matière) : la loi est certes compatible avec la résolution, mais pas nécessairement totalement conforme. Ainsi, les juges nationaux ne sont compétents que si les auteurs des crimes se trouvent sur le territoire national : en l'espèce, seules les victimes s'y trouvaient, car il n'existait "aucun indice" de la présence des auteurs des crimes sur le territoire.

<sup>1078</sup> M. Sastre, *RGDIP* 1998, p. 498.

communautaire, et une résolution du Conseil de sécurité, portant sur le même objet, peuvent s'appliquer tous trois <sup>1079</sup>.

De plus, la doctrine des actes de gouvernement est partout présente et constitue un autre obstacle à l'invocabilité de nombreux actes unilatéraux <sup>1080</sup>. On ne peut dès lors que s'interroger sur la formulation de G. Guillaume, lorsqu'il affirme qu'en droit français, "*les décisions prises par le Conseil de sécurité, que ce soit en vertu du Chapitre VII ou d'une autre disposition de la Charte, ont en principe un effet direct. Mais il est probable que dans la très grande majorité des cas, elles n'ont pas un caractère "auto-exécutoire" et, de ce fait, ne sauraient être invoquées par les particuliers devant les tribunaux*" <sup>1081</sup>. Cela semble signifier que les résolutions peuvent conférer des droits et obligations aux individus, mais qu'un complément normatif interne est nécessaire. L'affirmation d'un effet direct de principe est toutefois peut-être excessive, si l'on entend par l'expression un lien direct avec les individus. La jurisprudence française récente, ainsi que les interprétations fournies, sont partagées sur ce point.

Ainsi, la Cour de cassation, timide face aux traités, est en revanche nettement plus audacieuse que le Conseil d'Etat dans son application des actes unilatéraux. Depuis les années 1960, quelques arrêts ont appliqué des actes émanant d'organisations universelles : on peut citer non seulement des résolutions du Conseil de sécurité, mais également des actes unilatéraux obligatoires émanant de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI), de l'Organisation maritime internationale, de l'OMS, de l'OIT, du FMI, de l'Union postale universelle et de l'Union internationale des Télécommunications <sup>1082</sup>. Certaines affaires sont déjà anciennes, et leur pertinence peut être mise en doute aujourd'hui. Ainsi, en 1967, la Cour d'appel de Paris a rejeté l'invocabilité du règlement sanitaire de l'OMS, en raison de la nécessité de prendre des

---

<sup>1079</sup> Voir par exemple un arrêt du Conseil d'Etat italien, du 3 août 1998, à propos des mesures d'embargo contre la Yougoslavie. Une loi italienne de juillet 1993 porte exécution de la résolution 820 du Conseil de sécurité. De plus, le règlement communautaire 990/93 s'applique aussi. Dans les faits, la confiscation d'un navire ayant enfreint l'embargo, ainsi que de sa charge (en l'espèce du carburant, probablement destiné à la marine yougoslave), est contestée. Le requérant estime que la confiscation du contenu du navire, prévu par la loi, est non conforme au règlement communautaire transposant la résolution. Le juge devait donc comparer les trois normes. La Cour italienne se réfère à un arrêt de la CJCE de février 1997 sur la question de la traduction du règlement en matière de "confiscation de la charge" : toutes les versions linguistiques correspondent à l'article 25 de la résolution 820 CS, sauf les versions italienne et finlandaise. Dès lors, c'est l'arrêt communautaire, renvoyant à la résolution, qui sert de fondement à la décision italienne. Voir *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives, op.cit.*, p. 230.

<sup>1080</sup> Voir M. Kdhir, "La théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux relations internationales de la France à l'épreuve du droit international", *JDI* 2003-4, pp. 1059-1083 : l'auteur estime que, malgré la pression du droit international, le champ d'application de l'acte de gouvernement, "*irréremdiablement antinomique avec l'état de droit*", ne disparaît pas totalement.

<sup>1081</sup> G. Guillaume, "L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des Etats des résolutions du Conseil de Sécurité prises en vertu du Chapitre VII de la Charte", *op.cit.*, p. 549.

<sup>1082</sup> Voir C. Deffigier, "L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire", *op.cit.*, notamment p. 49.

mesures d'exécution interne<sup>1083</sup>. En revanche, elle a reconnu l'effet direct des annexes de la Convention de Chicago, qui habilite le conseil de l'OACI à adopter des "standards internationaux"<sup>1084</sup>. Or, même à l'époque, on pouvait affirmer qu' "*il est tout aussi excessif d'admettre l'applicabilité directe en France des annexes de la Convention de Chicago, que de considérer que le règlement sanitaire international adopté par l'OMS n'est pas de plein droit applicable*"<sup>1085</sup>. Probablement le juge judiciaire est-il aujourd'hui davantage familiarisé qu'à l'époque avec ces normes internationales. Le Conseil d'Etat, quant à lui, refuse encore toute applicabilité des normes émises par l'OACI, qu'il considère comme de simples "recommandations s'adressant aux Etats"<sup>1086</sup>.

La problématique de l'invocabilité des résolutions du Conseil de sécurité est apparue avec acuité à partir de 1995 : à plusieurs reprises, les deux ordres de juridictions ont eu à connaître des problèmes liés notamment à l'applicabilité des sanctions décidées par le Conseil. Pour la première fois, par l'arrêt JAT c. Dupond du 4 juin 1996, la cour de cassation a reconnu l'invocabilité d'une résolution non publiée mais notifiée aux intéressés : la résolution 757 du 30 mai 1992, imposant un embargo aérien sur la Yougoslavie, n'a pas fait l'objet de mesures d'exécution internes. En effet, les compagnies aériennes concernées ont simplement reçu une lettre d'information de la Direction de l'aviation civile les informant du contenu de la résolution. En l'espèce, la compagnie JAT avait licencié ses employés, invoquant à leur encontre la résolution 757. Le juge a alors accepté l'invocabilité de cette décision et en a tiré des conséquences en matière de rapports contractuels privés. La formulation de l'arrêt est claire : il note que "*il résulte de la décision no. 757 du Conseil de sécurité de l'organisation des Nations unies, laquelle était applicable directement en France, sans qu'il soit besoin d'une mesure d'exécution du gouvernement français, ...*"<sup>1087</sup>. Certains avis enthousiastes y ont reconnu une première acceptation de l'effet direct des résolutions du Conseil de sécurité<sup>1088</sup>. Cependant, il pourrait s'agir là d'une invocabilité horizontale, plus que d'un effet direct, dans l'esprit de la dissociation entre invocabilité et effet direct effectuée sur les directives. Cependant, "l'effet" horizontal, accepté ici, est interdit dans le cas des directives communautaires. En effet, la Cour ne tranche pas la question du statut de ces actes

<sup>1083</sup> CA Paris, 18 novembre 1967, *Eoux Pivert*, note A. Kiss, *AFDI*, 1968, p. 866.

<sup>1084</sup> Cour de cassation, 8 novembre 1963, *Administration des douanes...c. Schreiber*. En l'espèce, la Cour a rattaché ces actes à un régime conventionnel, bien que ce soient des actes unilatéraux : elle a ainsi appliqué la norme en question, qui n'avait été ni ratifiée ni publiée.

<sup>1085</sup> D. Ruzié, "Le juge français et les actes des organisations internationales", *op.cit.*, p. 106.

<sup>1086</sup> CE 20 novembre 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, Recueil p. 428. Cette jurisprudence constante a été reprise en 1994 et 1998 (CE 7 octobre 1998, *Larquetoux*).

<sup>1087</sup> Cour de cassation, 4 juin 1996, *JAT c. Dupond*, note M. Sastre, *RGDIP* 1998-2, p. 495 s.

<sup>1088</sup> Commentaire M. Sastre, *ibid.* L'auteur, favorable à l'effet direct, conteste implicitement la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière. En effet, il considère que les destinataires des résolutions imposant des sanctions sont principalement des opérateurs économiques : voir p. 499 notamment.

unilatéraux, ni en termes d'effet direct, ni en termes de hiérarchie des normes. Elle en reconnaît les conséquences sur la situation juridique des individus, et accepte leur invocabilité. De même, en 1998, c'est la résolution 661 de 1990 imposant des sanctions à l'Irak qui a produit des effets en matière contractuelle<sup>1089</sup>. En 1999, la question des immunités resurgit devant la chambre criminelle, à l'occasion de l'application de la résolution 687 de 1991 sur la situation en Irak<sup>1090</sup>. Ici, le juge judiciaire a considéré que les banques irakiennes n'étaient pas des émanations de l'Etat irakien, et ne pouvaient invoquer d'immunité d'exécution. L'arrêt porte en outre une appréciation audacieuse (et très critiquée) des limites de la souveraineté de l'Etat irakien apportées par la résolution.

Au regard de ces affaires, certains avis affirment, d'une façon positive, qu'il s'agit d'une reconnaissance indéniable de l'effet direct des décisions du Conseil de sécurité. Ainsi, C. Deffigier estime que *“les résolutions prises dans le cadre du Chapitre 7 peuvent s'adresser directement à des personnes privées lorsqu'elles sont suffisamment précises et claires, puisque le Conseil de sécurité peut écarter expressément leur applicabilité directe en prévoyant des mesures d'exécution à la charge des Etats”*, comme tel est le cas pour les résolutions créant les TPI<sup>1091</sup>. Son raisonnement manque peut-être un peu de rigueur, lorsqu'elle affirme que *“il suffit alors que l'acte crée même indirectement, ou par ricochet, des droits ou des obligations subjectifs au profit des personnes privées pour qu'il soit revêtu d'effet direct. (...) L'effet direct peut aussi être dérivé et non principal”*<sup>1092</sup>. En effet, jamais la Cour de cassation ne se prononce elle-même sur la question de l'effet direct. En revanche, il est possible d'affirmer que l'attitude du juge judiciaire confirme que l'invocabilité est perçue plus largement que la question de l'effet direct. Ainsi, pour l'auteur, *“il n'est plus seulement question de savoir si une disposition internationale crée des droits ou des obligations au profit des personnes privées, mais plutôt de savoir si cette disposition influe sur les droits et les obligations résultant d'une situation privée”*<sup>1093</sup>.

A l'inverse, de façon négative, M. Cosnard nie toute reconnaissance de l'effet direct par le juge, au motif que ces résolutions *“sont donc autant, si ce n'est davantage, des instruments politiques internationaux que des mesures d'application du droit”*<sup>1094</sup>. Pour lui, la question ne se pose pas en terme d'effet direct : la résolution est appréhendée par la Cour de cassation comme un "fait extérieur", dont le juge tire des conséquences

<sup>1089</sup> Cour de cassation, 24 février 1998, *Société Rafidain Bank c. Société Butec*, note A. Jacquemont, *JDI* 1997, pp. 441-453.

<sup>1090</sup> Cour de cassation, 15 juillet 1999, *Dumez GTM c. Etat irakien*, *JDI*, 2000-1, note M. Cosnard, pp. 45 s. Suites de l'affaire : CA Paris, 2002, cité note 791 : la Cour affirme expressément que les résolutions du chapitre 7, ayant fonction normative et coercitive, s'imposent au juge en tant que droit dérivé de la Charte.

<sup>1091</sup> Voir C. Deffigier, *“L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire”*, *op.cit.*, p. 63.

<sup>1092</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>1093</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>1094</sup> Commentaire M. Cosnard sous Cour de cassation, 15 juillet 1999, *Dumez GTM c. Etat irakien*, *JDI*, 2000-1, p. 51.

matérielles mais non juridiques<sup>1095</sup>. Il n'en reste pas moins que la Cour accepte l'invocabilité de ces actes, qui produisent alors des effets juridiques pour les individus, effets d'exclusion et de réparation notamment. F. Poirat, quant à elle, déplore l'interprétation sur le fond de la résolution, mais ne prend pas parti sur la question de l'effet direct : la jurisprudence est trop ambiguë pour que des conclusions pertinentes et définitives puissent être présentées<sup>1096</sup>. Il semble donc nécessaire d'attendre d'éventuelles clarifications postérieures.

On retrouve donc ici la possibilité d'une dissociation entre effet direct et invocabilité des résolutions. En effet, on peut considérer, comme le fait M.P. Lanfranchi, qu'il "*apparaît ainsi que certaines des décisions du Conseil de sécurité répondraient aux critères matériels de l'applicabilité directe*"<sup>1097</sup> : elles sont précises et complètes. Pourtant, le critère de l'objet n'est pas strictement rempli, les résolutions s'adressant aux Etats : il faudrait, là aussi, considérer une présomption d'effet direct qui ne serait renversée que dans le cas d'une résolution d'objet interétatique et en même temps imprécise. Pour l'heure, la question de savoir si les résolutions du Conseil de sécurité produisent des effets directs est controversée. Il ne s'agit peut-être que des débuts de l'applicabilité directe des résolutions, qui pourrait être véritablement reconnue si la notion d'effet direct était élargie.

Si la jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît indéniablement certains effets juridiques des résolutions, l'attitude du Conseil d'Etat est toute autre. Ainsi, en 1992, deux circulaires du Ministre de l'éducation nationale, adoptées en application de la résolution 661 imposant un embargo sur l'Irak, ont été qualifiées d'acte de gouvernement<sup>1098</sup>. De même, en 1997 et 1999, la résolution 748 comportant des sanctions envers la Libye a été invoquée pour contester un décret (puis une décision individuelle) appliquant cette résolution. Dans la première affaire, le commissaire du gouvernement n'a pu que constater que le décret n'avait pas de contenu normatif en lui-même, puisqu'il est "un décalque de la résolution des Nations unies". Il en conclut qu'il est "*parfaitement impossible de porter sur (elle) une appréciation de fond sans porter ipso facto un jugement sur le bien-fondé de la résolution du Conseil de sécurité*"<sup>1099</sup> : dès lors, le décret sera qualifié d'acte de gouvernement. Un paradoxe certain découle de cette qualification : si

<sup>1095</sup> Sur le fond, M. Cosnard considère que l'interprétation de la résolution 687 par la cour est "ahurissante" : elle confond, selon lui, le régime des immunités des Etats avec celui des immunités diplomatiques, et adopte une interprétation "incohérente" des sanctions contre l'Irak : *ibid.*, pp. 52-54.

<sup>1096</sup> Commentaire F. Poirat sous CA Paris, 20 février 2002, *Irak c. Société Dumez G.T.M.*, RGDIP 2003-4, p. 1009 s.

<sup>1097</sup> M.P. Lanfranchi, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité", *op.cit.*, p. 50.

<sup>1098</sup> CE 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, Recueil p. 346.

<sup>1099</sup> Conclusions Piveteau (non publiées) sous CE *Société Héli-Union*, 29 décembre 1997, Recueil p. 501. Voir note F. Poirat sous l'arrêt du 12 mars 1999, *Société Héli-Union*, RGDIP 2000, p. 541 s.

le règlement communautaire adopté pour transposer la résolution avait été invoqué, il aurait été impossible de qualifier ainsi le décret français. M.P. Lanfranchi souligne ainsi que “*a priori, il semblerait ainsi que les résolutions du Conseil de sécurité bénéficie d'une immunité juridictionnelle puisque ni les mesures d'application, ni les résolutions elles-mêmes ne paraissent constituer des actes justiciables*”<sup>1100</sup>. Or, il est possible (bien que douteux) qu'à l'avenir, le Conseil d'Etat se dirige vers une jurisprudence d'esprit similaire à celle relative aux directives communautaires. En effet, le commissaire du gouvernement, dans l'affaire Héli-Union de 1997, soulignait que l'invocabilité des résolutions serait peut-être possible, non à l'encontre d'une loi ou d'un décret, mais pour contester une mesure individuelle. Il proposait ainsi, de façon implicite, une solution inverse de celle concernant les directives : celles-ci ne seraient jamais invocables contre des décisions individuelles, mais contre des normes générales. En l'espèce, la société Héli-Union, ayant tenté d'emprunter cette voie, s'est vu opposer la même réponse : en 1999, le Conseil d'Etat a jugé qu'une décision individuelle du ministre du budget était également un acte non détachable de la conduite des relations internationales de la France. Ce rejet pourrait ne pas être définitif, compte tenu des pressions multiples tendant à réduire le champ des actes de gouvernement. Toutefois, l'idée semble encore trop audacieuse pour être véritablement affirmée.

Le bilan de l'invocabilité des actes unilatéraux laisse donc quelque peu perplexe. Les jurisprudences se contredisent et les effets de ces actes sont incertains. Cependant, on peut conclure de façon positive, pour deux raisons. D'un part, on peut constater que le juge rencontre moins de difficulté dans l'identification de la valeur de l'acte : résolutions, recommandations, décisions, règlements, n'ont pas toujours une force juridique précise. Elle semble mieux identifiée qu'auparavant. D'autre part, de plus en plus d'acte unilatéraux sont destinés à régir des situations privées, notamment dans “*les domaines de la navigation aérienne, de l'économie, de la santé, de la protection des droits de l'homme et du maintien de la paix*”<sup>1101</sup>.

<sup>1100</sup> M.P. Lanfranchi, “La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité”, *op.cit.*, p. 45.

<sup>1101</sup> C. Deffigier, “L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire”, *op.cit.*, p. 45.

## Conclusion chapitre 2

Le bilan de l'invocabilité des normes internationales devant les juridictions internes laisse rêveur. On a le sentiment de n'être qu'au début de l'ère de l'applicabilité directe du droit international en droit interne. De nombreux indices concordent en ce sens : opinions doctrinales, pratiques étatiques, jurisprudences, se sont attachés récemment à conceptualiser la notion d'effet direct du droit international pour en faire une réalité et non plus un exemple exceptionnel et aléatoire. Cependant, il faut bien souligner qu'il ne s'agit que de l'amorce d'une tendance. En une dizaine d'années, la question a beaucoup évolué ; elle n'est pas réglée pour autant.

D'un point de vue conceptuel, on a pu constater une tendance favorable à l'effet direct du droit international. Toutefois, la présomption d'effet direct en droit interne, soutenue par certains, n'est pas encore véritablement acceptée en pratique. En outre, le concept est entendu généralement dans un sens strict : n'est d'effet direct que la norme qui confère, par son objet et sa précision, des droits et obligations subjectifs aux individus. Pourtant, certaines normes internationales sont invocables malgré l'affirmation de leur absence d'effet direct. Le juge prend mieux en compte les effets multiples qu'elles produisent sur la situation juridique des particuliers. Ce phénomène est en soi favorable à une meilleure protection de l'individu. Néanmoins, il ne n'entraîne que des conséquences indirectes quant à sa personnalité juridique internationale. La notion d'effet direct pourrait alors évoluer encore, afin d'être reconnue pour davantage de normes internationales : la présomption de l'effet direct, renforcée, passerait alors du monde virtuel au monde réel. Pour ce faire, il faudrait considérer que ne sont pas d'effet direct les normes qui, non seulement s'adressent aux Etats, mais sont imprécises et générales. Pour l'heure, une seule de ces deux conditions permet de renverser la présomption.

En pratique, le droit international conventionnel est relativement facile à invoquer avec succès. Le fait est récent, notamment en matière de droits de l'homme. Domaine emblématique qui concerne le plus directement les individus, il n'est pas toujours accepté par les juges, notamment en ce qui concerne les droits sociaux. D'autres domaines, plus techniques, moins sensibles aux questions politiques, sont plus faciles à appliquer directement. On constate alors un élargissement du nombre et des thèmes des règles internationales bénéficiant de cette reconnaissance jurisprudentielle. En revanche, le bilan est assez incertain en ce qui concerne la coutume internationale. Depuis le début des années 1990, elle est mieux reconnue par les juges. Elle semble invocable, et pourtant peu invoquée. Théoriquement directement applicable aux individus, dans les faits ceux-ci ne se sentent guère concernés, semble-t-il. Quant aux

actes unilatéraux des organisations internationales, ils prennent de plus en plus de poids dans la vie interne des Etats. Leurs conséquences sur les situations individuelles sont indéniables. Toutefois, leur prise en compte par les juges est encore faible. L'évolution en la matière est incertaine. Le résultat d'ensemble est donc mitigé, mais extrêmement encourageant pour l'avenir.

## Conclusion titre 2

L'analyse des effets du droit international sur les individus à travers les choix des juges passe par l'étude de la notion d'applicabilité directe. On a pu constater à quel point les significations théoriques sont variables. A une terminologie complexe s'ajoute la confusion entre vocabulaire anglophone et francophone. Une clarification sémantique a été proposée. Ainsi, du point de vue de l'office du juge, identifier l'applicabilité directe d'une norme internationale signifie deux choses : la norme doit d'abord être applicable dans l'ordre interne. Ensuite, outre ces conditions d'applicabilité simple, qui dépendent des options constitutionnelles, la norme doit posséder une qualité intrinsèque : celle de l'effet direct. Dès lors, de façon schématique, applicabilité directe signifie applicabilité simple plus effet direct. Celui-ci est une question de droit international résolue par les juges internes. Il est composé de deux critères essentiels : tant par son objet que par son degré de précision, la norme doit conférer des droits subjectifs aux particuliers. Si la doctrine est souvent confuse, la pratique l'est également. Ainsi, les applications juridictionnelles des normes internationales sont très variables. Cependant, l'on a identifié une attitude générale, qui prend appui sur la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Les critères d'interprétation qu'elle fournit sont utilisés en tant que guides pour l'identification de l'effet direct. Les résultats sont globalement similaires. Cependant, les particularités nationales interdisent toute affirmation catégorique. L'applicabilité directe du droit international est en voie d'harmonisation, certainement pas en voie d'uniformisation ; les critères généraux ne sont pas suivis partout selon les mêmes priorités. Selon les choix des juges, l'esprit ou la lettre de la norme internationale prévaudra.

Ces choix dépassent les contradictions du monisme et du dualisme. Il est ainsi frappant de constater que, contrairement à bien des idées reçues, les notions d'applicabilité directe et d'effet direct sont connues des systèmes dualistes. Le degré d'applicabilité directe dépend en grande partie des compétences des juges. Ces compétences se présentent dans des termes similaires, quel que soit le système. Ainsi, face à des normes émanant du pouvoir exécutif, la volonté des juges est souvent soumise à des considérations politiques. La crainte d'empiéter sur le domaine diplomatique des relations extérieures a longtemps conduit à des attitudes d'auto-limitation. Plus simplement, les compétences d'interprétation des juges dépendent aussi de leur degré de formation et de connaissance de la nature des normes internationales. Ces compétences s'accroissent : cause ou conséquence de l'augmentation du nombre d'affaires impliquant des normes internationales, le contrôle du juge paraît en effet plus approfondi.

Les conditions internes sont donc réunies, favorisant une meilleure application des normes internationales par les juges. Le bilan contemporain de leur invocabilité confirme ce fait. A travers une étude de diverses jurisprudences, nationales et étrangères, on peut percevoir que les juges respectent souvent l'effet de ces normes sur la situation juridique des individus. Cependant, outre que le fait que l'étude ne prétend pas à l'exhaustivité, il faut se garder de tout enthousiasme excessif. Le degré d'invocabilité de ces normes est encore faible. Le pragmatisme est de mise, qui empêche de cerner totalement la portée juridique des normes internationales. La voie est ouverte, mais l'évolution est inachevée et sera certainement très longue.

Néanmoins, il est possible d'affirmer avec prudence que les choix des juges entérinent la possibilité pour l'individu d'être titulaire de droits internationaux.

## Conclusion partie 2

On peut rappeler l'accord unanime de la doctrine sur le premier critère de la personnalité juridique internationale : le sujet doit être destinataire de normes internationales, titulaire des droits et obligations subjectifs qu'elles confèrent. Or, l'ensemble des débats doctrinaux sur l'éventuelle personnalité juridique internationale de l'individu se heurtait à un obstacle matériel : celui de la nécessité d'étudier les moyens pratiques de la réception des normes internationales par les individus situés dans l'ordre juridique interne. En d'autres termes, il fallait analyser la consistance de l'écran étatique entre norme internationale et individu. Pour que la première parvienne jusqu'au second, elle doit franchir un double écran.

Le premier écran est constitutionnel : empêche-t-il irrémédiablement la norme internationale d'atteindre l'individu ? La réponse semble clairement pouvoir être négative, dans une grande majorité de cas : ce premier phénomène de la médiation étatique n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'une personnalité individuelle. Il faut néanmoins distinguer le cheminement des différentes normes, conventionnelle ou non conventionnelles.

Ainsi, ces quinze dernières années ont été celles d'une évolution marquante pour le droit international conventionnel. Les textes constitutionnels ont quasiment tous été remodelés pour permettre une meilleure prise en compte des normes internationales. De plus, les oppositions théoriques entre monisme et dualisme, si elles persistent, prennent une forme nettement atténuée. Leurs conséquences pratiques sont bien plus subtiles et complexes qu'il n'y paraît. On peut aujourd'hui constater un rapprochement certain entre les deux modèles. La norme internationale pénètre dans l'ordre interne, et n'est que rarement modifiée, formellement et matériellement. Le franchissement de l'écran dualiste ne la dénature pas, sauf éventuellement dans l'hypothèse de l'adaptation du droit interne aux obligations matérielles internationales de l'Etat. Cette adaptation, qui est parfois compatible sans être conforme, ne constitue pas véritablement une réception de la norme internationale. Dès lors, dans la majorité des cas, c'est bien le traité lui-même qui peut créer des droits et obligations subjectifs au profit des individus. Cependant, un problème ne peut être éludé, quant à la valeur hiérarchique du droit conventionnel. Sa primauté sur la loi interne est généralement reconnue dans les systèmes monistes. Le résultat est fondamental pour l'individu, qui ne peut invoquer utilement une norme internationale si la loi fait écran. Dans les systèmes dualistes, la norme possède une valeur identique à l'acte qui la récepte formellement. L'efficacité de la disposition internationale sera moindre : les cas d'invocabilité (avec succès) des normes internationales sont plus rares dans les Etats dualistes. Cependant, la valeur "seulement" légale du traité dans l'ordre dualiste est moins fréquente qu'on ne l'affirme par principe. On a pu constater une résistance

renforcée des normes relatives aux droits de l'homme et au droit communautaire, deux des branches du droit international les plus directement adressées aux sujets internes.

En outre, les constitutions nationales évoluent vers davantage de monisme, entendu comme insertion automatique doublée de primauté de la norme internationale sur la loi. Il est favorisé par l'essor du constitutionnalisme moderne, incluant la prise en compte du droit international. La relation d'interdépendance est forte entre ces deux domaines juridiques dont la finalité est, non seulement l'organisation de la société étatique (ou interétatique), mais également la protection de l'individu.

Ainsi, l'affirmation théorique selon laquelle l'individu ne peut être destinataire de normes internationales est aujourd'hui fautive ; les oppositions entre monisme et dualisme importent finalement assez peu. De façon négative, on peut déplorer le fait que les Etats se rejoignent pour limiter les effets internes de leurs engagements internationaux. De façon positive, on peut également constater que ces limites sont moins fortes que par le passé.

La problématique de l'écran constitutionnel se présente différemment, face à un droit coutumier insaisissable, qui n'a besoin ni d'être inséré, ni d'être transformé, ni d'être exécuté. Il s'agit d'une forme éthérée de droit international qui, en réalité, ne pénètre guère dans la sphère interne. Restée longtemps dans le milieu purement interétatique, la coutume internationale est en effet le domaine emblématique des règles classiques et interétatiques : droit de la responsabilité des Etats, droit des immunités, des relations diplomatiques, ou encore droit des traités, sont réputés ne pas concerner les individus. Ainsi, le droit international général est encore peu reconnu par les constitutions ou par la pratique constitutionnelle. On constate une relative indifférence entre droit constitutionnel et droit coutumier. La coutume évolue doucement, de par sa formation lente et sage. Dès lors, son rôle en droit interne évolue peu également. Sa valeur hiérarchique est en général faible. Par conséquent, ces phénomènes ont pour effet une faible portée pour les individus.

Les constitutions sont à l'heure actuelle largement indifférentes aux actes unilatéraux internationaux. En effet, hormis le droit dérivé des organisations d'intégration, les actes des organisations internationales ne sont pas pris en compte. Pourtant, le droit des organisations universelles s'étend, se diversifie et se précise. Sous l'effet du droit communautaire, les visages constitutionnels sont amenés à se modifier. Là encore, on peut avoir l'impression de se situer à l'aube d'une évolution pratique.

Les normes internationales franchissent le premier écran étatique sans être dénaturées, ce qui va à l'encontre des principes dualistes proposés par D. Anzilotti. Un siècle est passé et la mondialisation produit ses effets juridiques. Cela ne signifie pas pour autant que les normes internationales vont réellement toucher les individus.

Franchir l'écran constitutionnel ne représente que la moitié du chemin. Cette étape représente l'acceptation par l'Etat d'appliquer ses engagements internationaux au niveau interne. Les conséquences directes pour les individus ne sont pas systématiques. Dès lors, c'est le juge qui permettra à la norme internationale de franchir l'autre moitié du chemin qui la mène à l'individu.

Le passage du second écran étatique est la possibilité pour la norme internationale de produire des effets directs sur les individus en droit interne : ces effets vont jusqu'à la dimension contentieuse de l'invocabilité. Le sas constitutionnel rend la norme applicable. Il faut ensuite qu'elle soit directement applicable aux individus. Sur ce point, l'augmentation du pouvoir de contrôle des juges est impressionnant, et dénote une meilleure compréhension et acceptation de ces normes extérieures ; ce contrôle va de pair avec une invocabilité accrue des normes internationales. Il semble que le nombre de normes concernant les individus soit en progression constante. Ce qui s'améliore n'est pas nécessairement la qualité intrinsèque d'effet direct de la norme internationale, mais la façon dont elle est appliquée en droit interne. Une analyse récente a souligné que "*l'étude du Conseil d'Etat publiée en 1985 avait recensé les questions posées par l'introduction en droit interne des stipulations des conventions internationales...Il est saisissant de constater à quel point cette photographie de l'état des lieux a aujourd'hui jauni tant l'évolution que cette matière a connu depuis 15 ans est importante*"<sup>1102</sup>. Avec seulement quelques années de recul, on constate encore que certains éléments importants du thème manquent ; les actes unilatéraux, par exemple, sont à peine cités. Il n'est pas anodin de constater l'évolution de la jurisprudence française depuis l'arrêt Nicolò, qui portait sur des normes communautaires : le droit international tire profit du cheval de Troie communautaire<sup>1103</sup>.

Ainsi, l'applicabilité directe est, en général, en progrès. L'évolution est permanente et rapide. Ceci est vrai quelles que soit les régions du monde, à des degrés divers. L'invocabilité des traités est ainsi bien plus importante que celle de la coutume ou des actes unilatéraux. Ces derniers se heurtent encore souvent à l'utilisation jurisprudentielle des actes de gouvernement. Dès lors, ils n'atteignent que rarement les individus. Cependant, on peut discerner une volonté croissante des particuliers de s'emparer des normes internationales, pour leur faire produire des effets personnels. Le citoyen n'est plus seulement lié par la loi, et il en a conscience. Les juges, quant à eux, reconnaissent que les normes internationales, en elles-mêmes, produisent des effets directs pour les individus.

Certes, l'applicabilité directe des normes internationales manque de cohésion. Elles ne sont pas toutes acceptées, loin s'en faut. Cependant, même les esprits

<sup>1102</sup> Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, *op.cit.*, p. 35-36.

<sup>1103</sup> Voir Y. Daudet, "Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire", in *Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 97-112. La réponse de l'auteur est clairement positive.

pessimistes constateront que la question est passée de la théorie doctrinale à la pratique du droit positif. La question de savoir si l'individu est titulaire de droits et obligations internationaux peut être traitée d'un point de vue pratique et non plus seulement d'un point de vue théorique. Les cas d'effet direct ne sont plus des hypothèses d'école ou des exceptions.

La pratique montre donc que l'individu est bien destinataire de normes internationales, titulaire de droits et obligations internationaux. Cela n'est pas systématique, ni permanent ni universel. Il ne s'agit pas d'une affirmation absolue, mais d'un constat généralement positif. Dès lors, pour la partie doctrinale qui n'implique que ce seul critère dans la personnalité juridique internationale, force est de reconnaître que l'individu est sujet de droit international. Cependant, cela sera toujours contestable par l'autre partie de la doctrine, pour qui cela est insuffisant.

Il semble que le meilleur moyen d'étudier l'éventuelle personnalité de l'individu soit alors de considérer un second critère. En effet, si l'individu est titulaire de droits et obligations internationaux, mais que sa capacité d'agir est uniquement interne, alors il n'a qu'une personnalité juridique internationale passive. Pire, pour certains, il n'est titulaire que de droits internes d'origine internationale. Bien que l'on ne soit pas convaincu par l'affirmation, et que les juges eux-mêmes aient conscience d'appliquer des normes internationales, ce degré de personnalité paraît néanmoins insuffisant. L'individu doit alors sortir de son ordre juridique interne pour se hisser dans la sphère internationale. Sa capacité d'agir internationale, si elle existe, permettrait de clore définitivement les incertitudes persistant au regard du seul premier critère.

### Partie III : Consistance de l'écran étatique et action de l'individu dans l'ordre international

Le droit international descend dans l'ordre interne pour atteindre l'individu : il lui confère des droits et des obligations, en franchissant l'écran étatique. Ces situations subjectives sont véhiculées par les normes primaires (de conduite), par opposition aux normes secondaires (habilitatives) ou procédurales qui aménagent les garanties et l'exercice de ces droits et obligations. Par l'étude de la capacité d'agir internationale, on entre alors essentiellement dans le champ d'application de ces normes secondaires. Ainsi, l'individu peut-il à son tour pénétrer dans l'ordre juridique international pour y agir de façon autonome ? Ici, la problématique de l'écran étatique est inversée : celui-ci se matérialise, non plus pour résister à l'entrée des normes internationales, mais pour empêcher l'individu de sortir de l'ordre interne. La consistance de cet écran est-elle si forte que l'individu ne peut posséder aucune capacité d'agir internationale ?

Il convient de rappeler l'identification qui a été faite du second critère de la personnalité juridique internationale. En effet, la signification de l'expression capacité d'agir étant extrêmement large, on s'attache en réalité à une conception uniquement processuelle de celle-ci. Agir dans l'ordre international signifiera, pour l'individu, assumer ses obligations et faire valoir ses droits internationaux. De plus, les contours de cette capacité processuelle ne sont pas limités exclusivement aux recours juridictionnels. Ainsi, l'ensemble des moyens d'action permettant de demander l'application des situations juridiques subjectives peut être envisagé.

En revanche, la définition maximale de la personnalité internationale, exigeant une capacité normative, n'a pas été considérée comme pertinente : la possession des deux conditions de la titularité et de la capacité processuelle suffit pour devenir sujet de droit. La faculté de créer du droit, si elle enrichit la personnalité, n'est pas nécessaire pour son acquisition. Dès lors, la capacité internationale de l'individu sera étudiée à travers deux considérations majeures.

D'une part, la consistance de l'écran étatique, dans le sens ascendant de l'ordre interne vers l'ordre international, est réputée contenir l'individu dans le premier. Elle s'exprime essentiellement à travers les mécanismes de la responsabilité internationale de l'Etat. Le lien fort entre capacité processuelle et responsabilité internationale a déjà été souligné. Agir dans l'ordre international, c'est essentiellement émettre des prétentions à l'encontre d'autres sujets et en recevoir en retour. Or, en pratique, de l'inexistence d'un *locus standi* universel de l'individu, on déduit souvent l'absence de personnalité internationale des particuliers. Ainsi, entièrement consacrée à l'Etat, la codification effectuée de la responsabilité internationale ne fait guère de place à

l'individu. Cependant, les développements récents du droit de la responsabilité nécessitent une réactualisation de l'étude. L'évolution est visible, que ce soit à travers les codifications récentes ou en pratique. La place de l'individu dans la théorie de la responsabilité internationale n'est certainement plus la même aujourd'hui.

On peut envisager deux façons complémentaires de présenter la capacité d'agir internationale : d'une part, elle implique le droit de faire valoir ses droits subjectifs et assumer ses obligations : le sujet interne se voit-il investi de cette capacité par les normes secondaires, habilitatives ? Possède-t-il un droit international à réparation ? Doit-il, à l'opposé, subir directement les conséquences d'une infraction au droit international qu'il commet ? D'autre part, cela signifie également que le sujet dispose d'un organe international devant lequel agir. Ici, la capacité d'agir dépend de l'institutionnalisation de la société internationale. Celle-ci permet-elle à un individu de se présenter devant un organe international, en tant que victime ou responsable ?

On essaiera ainsi de répondre à ces questions en évaluant le lien mutuel qui s'établit entre individu et ordre international, à travers la consistance actuelle de l'écran étatique. Ainsi, la résistance de l'écran ascendant s'exprime encore essentiellement à travers le fonctionnement de l'institution de la responsabilité internationale de l'Etat. La place de l'individu au sein des mécanismes permettant d'engager la responsabilité internationale de l'Etat doit être étudiée, en tenant compte des évolutions récentes (Titre I). Part ailleurs, le droit de la responsabilité n'est pas le seul à évoluer. Le droit international traditionnel a été enrichi de développements considérables dans plusieurs domaines : sous l'influence des droits de l'homme, sa physionomie est modifiée. Le développement du droit pénal international est également significatif. Le droit international économique, quant à lui, n'est pas en reste. Chaque matière du droit international semble davantage concernée par la prise en compte de l'individu. De plus, l'enrichissement des normes se double d'un essor institutionnel sans précédent. En effet, la multiplication des juridictions et autres organes internationaux contribue également à remodeler le visage de la société internationale. La reconnaissance de nouveaux sujets, liée aux "besoins de la communauté internationale", comme l'affirmait la CIJ en 1949, fait l'objet d'une littérature abondante, de laquelle aucune certitude ne se dégage. Au regard de ces considérations générales, on ne peut que remarquer la multiplication des moyens d'action internationaux de l'individu. Certains considèrent qu'ils ne sont toujours qu'exceptionnels. Ces nouvelles formes de franchissement de l'écran étatique suffisent-elles à lui conférer une véritable capacité internationale ? (Titre II).

## **Titre I. La résistance de l'écran étatique : la place de l'individu dans la théorie de la responsabilité internationale de l'Etat**

Dans quelle mesure l'individu peut-il engager la responsabilité internationale d'un autre sujet de droit international, notamment l'Etat ? La codification récente du droit de la responsabilité n'y répond pas. En effet, cinquante ans de labour n'ont pas suffi à couvrir tous les domaines concernés. De nombreuses questions ont finalement été exclues du projet : tel est le cas, par exemple, de la notion de crime international de l'Etat, ou de l'institution de la protection diplomatique. Certaines de ces questions ne faisaient pas l'objet d'une pratique suffisamment harmonieuse et établie pour être codifiée. En outre, elles obligent à évoquer la question délicate de la place de l'individu parmi les sujets du droit international.

De plus, la problématique nécessite d'envisager deux types de relations juridiques : celle qui place l'individu face à son propre Etat, et celle qui l'oppose à un Etat étranger. Au contraire de la première, cette seconde situation existe depuis fort longtemps en droit international. Ici se trouve l'un des arguments majeurs utilisés par la doctrine contre la reconnaissance d'une personnalité juridique internationale à l'individu : celui-ci demeure avant tout un sujet interne, donc assujéti à son Etat. S'il peut parfois subir un préjudice causé par un autre Etat, c'est alors son propre Etat (en principe) qui seul possède la possibilité de réclamer le respect du droit international à l'auteur présumé de la violation. Bien que schématiquement présenté, c'est ainsi que le mécanisme de la protection diplomatique est considéré comme la principale expression de l'écran étatique. La relation entre un individu et un Etat étranger ne pourrait alors pas être une relation internationale. La question de savoir si ce mécanisme permet de faire valoir, directement ou indirectement, des droits individuels, reste très controversée ; nombreux sont ceux qui insistent sur le caractère trop exceptionnel du droit d'action de l'individu, en arguant de la persistance de la protection diplomatique classique.

La relation qui peut opposer l'individu à son propre Etat a longtemps été considérée comme un problème purement interne. Par la suite, le développement des droits de l'homme au sein du droit international a fait sortir cette situation du domaine réservé. Ainsi, les deux types de relations juridiques, mettant l'individu face à un Etat étranger ou à son Etat d'origine, connaissent désormais de nombreux points communs quant aux procédures faisant intervenir l'individu. Il faut alors souligner l'existence d'un second mécanisme juridique, qui cantonne également l'individu dans son ordre interne. En effet, avant toute possibilité d'engager la responsabilité internationale d'un Etat, le particulier doit utiliser des moyens internes de résolution d'un litige. Il a ainsi, en général, l'obligation d'épuiser les voies de recours internes. Comme la plupart des

principes, celui-ci comporte des exceptions. Cependant, il est valable quelle que soit la situation juridique envisagée. Ainsi, la protection diplomatique, qui implique l'individu dans une relation (indirecte) avec un Etat étranger, comporte également la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Cependant, celle-ci s'applique également à des contentieux internationaux qui opposent un individu à son propre Etat. Dès lors, son étude ne peut être cantonnée à la protection diplomatique. Il s'agit d'une règle contentieuse générale, qui concerne l'individu dans une multitude de situations.

Ainsi, la résistance de l'écran étatique "ascendant" emprunte deux aspects. D'une part, l'institution de la protection diplomatique implique que l'action internationale de l'individu ne peut être, au mieux, qu'indirecte (chapitre I). D'autre part, la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'empêche pas de façon absolue son action dans l'ordre juridique international. Cependant, elle lui confère un caractère subsidiaire (chapitre II).

## Chapitre I. La protection diplomatique : une action indirectement internationale de l'individu

La protection diplomatique fait partie des institutions que l'on qualifie de "fictions juridiques". Manifestation fictive de l'écran étatique, cette institution coutumière et séculaire met face à face des Etats. Cette relation interétatique masque alors la personne qui se trouve pourtant à l'origine du problème : le ressortissant qui, se trouvant en territoire étranger, a subi un préjudice causé par une autorité étatique.

Les définitions de la protection diplomatique illustrent, une fois encore, les divisions entre volontaristes et objectivistes, partisans respectifs de l'Etat et de l'individu dans une problématique qui apparemment oppose ceux-ci. Conçue comme instrument de protection des droits de l'individu ou, au contraire, comme protection de la souveraineté, sa finalité principale est de concilier deux compétences étatiques qui s'opposent. En effet, l'individu résidant sur un territoire étranger est soumis à deux souverainetés concomitantes : l'Etat national exerce sa compétence personnelle, l'Etat de résidence possédant quant à lui une compétence territoriale. Si ce dernier, commettant un fait internationalement illicite, cause un préjudice à un étranger, le droit classique interdit au ressortissant de réagir lui-même, d'engager directement la responsabilité internationale de l'Etat.

La protection diplomatique fait alors l'objet de deux interprétations idéologiques, l'une tournée vers la protection de l'individu, l'autre vers la protection de la souveraineté de l'Etat auteur du fait. Comme le souligne P. de Visscher, *“si, avec Nicolas Politis et Georges Scelle, on voit dans la protection diplomatique une technique finalisée par le respect dû aux droits fondamentaux de la personne humaine, technique qui supplée momentanément à l'absence d'un système universel assurant à l'individu, comme tel, un accès direct devant une juridiction internationale, on parlera de la protection diplomatique en termes de fonction... Si, au contraire, on voit dans la protection diplomatique une technique centrée sur l'idée de souveraineté, le problème de la protection diplomatique se résume essentiellement à la conciliation entre les exigences de la souveraineté de l'Etat dont la victime est le ressortissant, et celles de la souveraineté de l'Etat sous les lois duquel l'étranger s'était placé”*<sup>1104</sup>. Historiquement, la seconde conception a prévalu, ayant les faveurs des volontaristes et du droit positif : l'individu n'étant pas sujet de droit international, on ne peut lui permettre de s'opposer à un Etat. Ainsi, la protection diplomatique est encore affirmée, généralement, comme une institution strictement interétatique.

L'origine historique des règles régissant la concurrence des compétences étatiques remonte à la pratique des représailles privées exercées au Moyen Age par l'étranger. L'action de représailles exercée contre un Etat étranger par une personne

<sup>1104</sup> P. de Visscher, “Cours général de droit international public”, *RCADI* 1972-2, vol. 136, p. 154.

privée devait être autorisée par son Etat national : Vattel a conceptualisé cette action comme un droit interétatique cherchant à pacifier les différends entre Etats relatifs au traitement de l'étranger. Il s'agit donc davantage d'un instrument de conciliation, destiné à éviter d'envenimer les relations internationales, que d'un instrument de défense militante des droits fondamentaux contre un Etat oppresseur. L'Etat de nationalité possède un droit à un "standard minimum" de traitement de ses nationaux de la part de l'Etat de résidence, standard établi par des normes coutumières internationales. En cas d'atteinte à l'un de ses ressortissants, lorsque l'Etat engage une action contre l'Etat de territorialité, c'est en raison de la violation de ce droit, qu'il détient seul. L'individu, qui ne peut agir directement, est placé dans un lien d'allégeance, largement matérialisé à travers les conditions de recevabilité d'une action en protection diplomatique.

Conformément à son objectif originaire de conciliation des souverainetés, l'action en protection diplomatique doit être conçue comme une action pacifique de règlement d'un différend<sup>1105</sup>. La délimitation du champ d'application des actions de protection fait encore l'objet d'incertitudes<sup>1106</sup>. Cependant, du point de vue de l'individu, on peut remarquer qu'elle est étroitement liée aux règles de la responsabilité internationale étatique, qui cantonnent un individu lésé par un Etat dans l'ordre juridique interne. La construction classique de cette fiction est aujourd'hui contestée, en ce qu'elle maintient artificiellement (et au prix de plusieurs paradoxes) l'individu

---

<sup>1105</sup> Il est pourtant frappant de constater que la licéité du recours à la force par l'Etat d'origine de l'individu, dans ce contexte, n'a pas fait l'objet d'une réponse univoque. Les premiers rapports présentés au sein de la CDI en vue de la codification semblaient faire l'objet d'un vigoureux débat sur la question. Ainsi, l'article 2 du premier projet de codification de la protection diplomatique, présenté en 2000 par J. Dugard, posait le principe de l'interdiction du recours à la force, tout en lui accolant une série d'exceptions "pour sauver des nationaux". Ainsi, il faisait entrer dans le champ de la protection diplomatique les interventions humanitaires, autorisant l'usage de la force lorsque : *"l'Etat de protection n'a pas pu assurer la sécurité de ses nationaux par des moyens pacifiques ; l'Etat auteur du préjudice ne veut pas ou ne peut pas assurer la sécurité des nationaux de l'Etat de protection ; les nationaux de l'Etat de protection sont exposés à un danger immédiat ; l'emploi de la force est proportionné aux circonstances ; l'emploi de la force est limité dans le temps et l'Etat de protection retire ses forces dès que les nationaux sont sauvés"* : voir J. Dugard, "Premier rapport sur la protection diplomatique", A/CN.4/506, 7 mars 2000, pp. 13-14. Cette proposition du rapporteur a fait l'objet de vives contestations, lui opposant deux arguments : d'une part, l'interdiction de l'emploi de la force est un principe que la protection diplomatique a contribué à développer jusqu'ici. Les exceptions, dangereuses et inacceptables, doivent ainsi être catégoriquement exclues. D'autre part, la question de l'emploi de la force ne relèverait pas du sujet de la protection diplomatique. Rejeté, l'article a ainsi totalement disparu du projet de 2004 et semble ne pas devoir y revenir. Dès lors, l'institution de la protection diplomatique ne saurait permettre le recours à l'emploi de la force. Voir le rapport de la CDI de juillet 2004, chapitre IV, "Protection diplomatique", A/59/10, p. 17 s.

<sup>1106</sup> En pratique, l'Etat peut réagir à un fait illicite par des moyens pacifiques allant de la négociation à la présentation d'une requête judiciaire internationale. Il peut également réagir à la simple menace d'une violation des droits de ses ressortissants. Sont également évoqués, dans la littérature relative à la protection diplomatique, les actions telles que l'assistance financière aux ressortissants, ou encore le rapatriement sanitaire. La panoplie est des plus larges. Deux attitudes s'opposent, entre les auteurs qui soutiennent que la protection diplomatique est exclusivement liée à l'engagement de la responsabilité internationale, et ceux qui en présentent une vision extensive. On ne peut affirmer que la codification en cours ait pleinement résolu le problème.

dans un rapport strict d'allégeance avec son Etat d'origine. La protection diplomatique fait actuellement l'objet d'une codification logiquement (mais relativement) conservatrice par la CDI, qui démontre que les règles classiques résistent aux critiques (Section I).

Cependant, le phénomène généralisé de reconnaissance de droits subjectifs individuels définis par le droit international atteint aussi le mécanisme de la protection diplomatique. La conception dualiste classique des rapports de système, prédominante à l'époque de la conceptualisation de l'institution, s'amointrit<sup>1107</sup>. Le fonctionnement contemporain de la protection diplomatique ne masque plus totalement l'individu : cela est visible jusque dans la pratique de la CIJ, juridiction interétatique s'il en est. Ainsi, comme le remarque J.M. Sorel, *“la jurisprudence plus récente de la Cour marque une tendance (qui reste à confirmer) vers un individu envisagé au-delà de l'Etat comme si ce dernier ne parvenait plus à maintenir le voile qui jusqu'à présent lui permettait de laisser la personne humaine dans l'ombre”*<sup>1108</sup>.

Bien que faisant toujours l'objet de controverses passionnées, la protection diplomatique associe aujourd'hui, de façon complexe, les droits étatiques et les droits individuels. Ainsi, les règles contemporaines, en cours de codification, semblent avancer à pas mesurés vers la réalité (section II).

---

<sup>1107</sup> Le mécanisme de la protection diplomatique est en effet très lié à la question des rapports de systèmes : *“elle implique un préjudice causé à une personne privée que les tribunaux internes n'ont pas réparé et se situe ainsi à la charnière du droit interne et du droit international”* : J. Chappez, “Protection diplomatique”, *Jurisclasseur Droit international, op.cit.*, p. 3.

<sup>1108</sup> J.M. Sorel, “L'émergence de la personne humaine en droit international: l'exemple de la jurisprudence de la CIJ”, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Naples, 2004, p. 2172.

## ***Section I. Résistance des règles classiques : l'allégeance de l'individu à l'Etat***

Si l'individu possède un intérêt certain à la protection, celle-ci n'est conçue que comme un pouvoir discrétionnaire et exclusif de l'Etat : non seulement il est seul maître du déroulement de la procédure de protection diplomatique, mais il ne fait valoir que son propre droit. Cependant, on ne peut nier que la procédure, à bien des égards, dépend de l'individu. La nature de cette fiction juridique d'un droit étatique exclusif connaît ainsi des limites, maintes fois soulignées et contestées (I). De même, les conditions d'exercice de l'action internationale, déclenchée par l'Etat, expriment l'allégeance de l'individu à son Etat de nationalité. Les règles régissant la recevabilité de l'action exigent ainsi plusieurs critères destinés à prouver ce lien de nationalité. Cependant, sur ce point, les contestations semblent avoir été suivies d'effet : la pratique a peu à peu adouci les exigences tenant à la "nationalité des réclamations". La codification semble également prendre acte de ces assouplissements (II).

### **I. Nature d'une fiction juridique contestée : la protection diplomatique, un droit exclusif de l'Etat.**

Les règles classiques relative à l'institution de la protection diplomatique s'inscrivent dans une conception dualiste des rapports de système : partant du principe que les individus ne sont pas sujets de droit international, et donc pas directement titulaires de droits subjectifs internationaux, on maintient l'individu dans un rapport d'allégeance strict envers son Etat. Par conséquent, sur le fond, l'intérêt juridiquement protégé auquel il est porté atteinte, et qui est seul retenu dans la procédure, est celui de l'Etat. Bien que le particulier subisse un préjudice certain, c'est le préjudice de son Etat que l'action internationale invoque. Du préjudice individuel au préjudice étatique, la fiction est ainsi élaborée à partir d'une conception dualiste de "l'endossement" par l'Etat de la réclamation individuelle (A). Toutefois, il faut souligner que nombreux sont les auteurs qui contestent la fiction, considérant qu'à plusieurs égards, la protection diplomatique devrait être reconnue comme un droit de l'individu (B).

#### ***A. Du préjudice individuel au préjudice étatique : logique dualiste de l'endossement.***

Le caractère fictif de la protection diplomatique réside dans le mécanisme de l'endossement, qui consiste à permettre "*à un litige d'origine privée de devenir interétatique*", en dissociant les droits de l'individu et les droits de l'Etat<sup>1109</sup>. La jurisprudence internationale est quasiment immuable sur ce point : le préjudice substantiel subi par

---

<sup>1109</sup> J. Chappez, "Protection diplomatique", *Jurisclasseur Droit international*, volume 4, 1999, fascicule 250, p. 3.

l'individu disparaît pour laisser place à un préjudice de nature juridique<sup>1110</sup> (1). A l'origine de l'action, un fait internationalement illicite est commis, en violation d'une norme internationale dont l'identification précise pose bien des difficultés. Il importe alors de comprendre la conception classique du "standard minimum" de protection des étrangers, qui est la norme liant les deux Etats parties au différend international (2).

### 1. Préjudice substantiel et préjudice juridique : dissociation du droit individuel et du droit étatique

La protection diplomatique, selon une conception traditionnelle, a pour objet d'engager la responsabilité internationale d'un Etat pour obtenir réparation d'un préjudice ; A l'origine, le mécanisme si étroitement lié à la responsabilité internationale devait donc être codifiée au sein du même projet. Il en a finalement été exclue pour faire l'objet d'une réflexion spécifique<sup>1111</sup>. Or, on peut remarquer aujourd'hui que les deux projets ont emprunté des voies conceptuelles différentes. En effet, alors que le dommage a été exclu de la responsabilité internationale, il semble demeurer au cœur de la protection diplomatique. Le premier article du projet de la CDI mentionne ainsi explicitement le préjudice subi par le particulier : adopté en première lecture par la CDI en 2004, il dispose que *“la protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un Etat qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre Etat”*<sup>1112</sup>.

<sup>1110</sup> Voir B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Pedone, Paris, 1973, notamment pp. 94-122.

<sup>1111</sup> Cela conduisait certains à considérer, aux débuts du projet d'articles sur la protection diplomatique, que son apport serait *“limité à quelques aspects du droit de la nationalité et à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, c'est-à-dire à deux questions qui n'ont été écartées du projet sur la responsabilité qu'à la faveur de deux renvois introduits pour éviter des difficultés techniques”* : C. Santulli, *“travaux de la CDI”*, Chronique AFDI, 2000, pp. 426-427. Appelant à élargir le projet *“de manière à englober d'autres questions se rapportant au statut international des sujets d'origine interne”*, l'auteur considérait avec dédain que *“si on ne procède pas à un réaménagement des objectifs du projet, on en fera le dépotoir du projet sur la responsabilité...”*.

<sup>1112</sup> Rapport de la CDI, chapitre IV, *“Protection diplomatique”*, 56<sup>ème</sup> session, Genève, 2004, A/59/10, pp. 13-93 (ici p. 17). Le commentaire de l'article précise que *“l'action diplomatique s'entend de toutes les procédures licites employées par les Etats en vue de s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends”* (p. 25). Adoptés en 2004 par la CDI, les 19 premiers articles ont été transmis aux gouvernements, qui doivent faire part de leur commentaire avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006.

On peut souligner que le premier rapport, étudié en 2000, proposait comme définition de départ *“toute action engagée par un Etat contre un autre Etat à raison du préjudice causé à la personne ou aux biens de l'un des nationaux du premier Etat, par un fait ou une omission internationalement illicite imputable au deuxième Etat”* : article 1<sup>er</sup> du projet d'articles, A/CN.4/506, p. 9. Voir également la synthèse du rapport et des débats dans le rapport annuel de la CDI, Chapitre V, *“Protection diplomatique”*, 52<sup>ème</sup> session, Genève, 2000, A/55/10, pp. 156-157. Le rapporteur n'avait ainsi pas souhaité distinguer entre action diplomatique et judiciaire, ou entre protection diplomatique et protection consulaire. Le caractère trop vague de l'expression "toute action" a été contesté à plus d'un titre. La définition du préjudice a, par ailleurs, paru faire une place trop importante au préjudice individuel. En revanche, la mention d'un fait illicite préjudiciable ne semble plus guère faire débat.

La construction ancienne du droit de la responsabilité est ainsi respectée : elle nécessite un fait *internationalement* illicite, un préjudice et un lien de causalité. Cela signifie-t-il que la violation d'un droit subjectif individuel constitue le fondement juridique (la "cause") de la procédure internationale ? Certainement pas, en ce qui concerne les règles classiques. On considère que l'Etat exige le respect, non pas d'un droit internationalement conféré à l'individu, mais du sien propre.

Le préjudice immédiat est pourtant subi par l'individu. Ainsi, "*la protection diplomatique est un mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité internationale pour dommages causés à la personne et aux biens des étrangers*"<sup>1113</sup>. Cependant, l'atteinte à ses ressortissants implique également une atteinte à l'Etat, possédant un droit au respect de ses nationaux : il s'agit alors d'un préjudice médiat. Alors que le préjudice subi par le particulier réside dans une atteinte substantielle à sa personne ou à ses biens, on considère que le préjudice subi par l'Etat est constitué par la violation du droit international à son égard : en cela, le dommage est de nature morale, ou juridique<sup>1114</sup>. Ainsi, comme le synthétise P.M. Dupuy, "*le préjudice immédiat, celui subi par la victime privée..., est en effet censé avoir lui-même provoqué un préjudice juridique au détriment de l'Etat dont il relève*"<sup>1115</sup>. Malgré l'existence d'un préjudice individuel, seul l'Etat peut engager la responsabilité internationale de l'auteur du fait illicite : il doit donc arguer d'une violation du droit international à son encontre.

La formule juridique traditionnelle consiste à affirmer que l'endossement étatique assure l'internationalisation du litige, sa novation en un différend interétatique dans lequel l'individu n'est ni partie, ni même juridiquement intéressé. Le terme "endossement" est ambigu, en ce qu'il peut laisser penser que l'Etat se pose en simple représentant de l'individu. Qu'est-ce que l'endossement, et comment s'effectue-t-il ? S'agit-il exclusivement d'un procédé contentieux, consistant à saisir une juridiction internationale ? Pour certains défenseurs des droits individuels en la matière, l'action étatique n'est que le prolongement d'une action contentieuse interne de l'individu. Ainsi, G. Berlia analyse la protection diplomatique comme un "*endossement par un Etat d'une réclamation individuelle restée, jusque là, soit sans aucune satisfaction, soit sans satisfaction jugée satisfaisante*"<sup>1116</sup>. Dans le prolongement de cette vision contentieuse, J. Chappez

<sup>1113</sup> J. Chappez, "Protection diplomatique", *Jurisclasseur Droit international, op.cit.*, p. 3.

<sup>1114</sup> L'origine en est attribuée à Vattel, qui affirmait déjà que "quiconque maltraite un citoyen offense directement l'Etat qui doit protéger ce citoyen". Voir L. Dubouis, "La distinction entre le droit de l'Etat réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique", *RCDIP*, 1978, pp. 615-640.

<sup>1115</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, 2004, pp. 484-485. Il ne faut pas confondre la distinction entre préjudice immédiat (individuel) et médiat (étatique), avec l'opposition entre préjudice direct et indirect. Dans tous les cas, pour que la protection diplomatique puisse être exercée (et le droit à réparation mis en œuvre), le lien de causalité entre le fait illicite et le préjudice étatique doit être considéré comme étant direct, bien que médiat.

<sup>1116</sup> G. Berlia, "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique", *AFDI* 1957, p. 63.

soutient que “ne constituent pas un endossement les démarches qui ont simplement pour objet de faciliter un règlement entre le national lésé et l'Etat territorial”<sup>1117</sup>. L'auteur exclut ainsi les mesures d'intervention amicale, de protestation énergique, d'assistance financière, ou encore d'intervention en vue de libérer un prisonnier. Cependant, il clarifie l'ambiguïté de la notion d'endossement, soulignant que “l'acte d'endossement n'est réalité d'autre part que dans l'hypothèse où l'Etat d'allégeance fait sien le litige d'origine privée, ce qui exclut le cas où il présenterait la réclamation au nom de son ressortissant, dont il serait simplement le représentant”<sup>1118</sup> : c'est ici que réside essentiellement la fiction. Ainsi, selon la théorie classique, l'Etat ne se pose ni en représentant, ni en mandataire de l'individu.

Les règles classiques, de nature coutumière, ont été utilisées par une jurisprudence internationale extrêmement abondante<sup>1119</sup>. Toujours valable, le raisonnement utilisé dans l'affaire *Mavrommatis* par la CPJI est ici incontournable<sup>1120</sup>. Compte tenu du fait qu'un différend opposait un ressortissant grec au mandataire britannique, la Cour s'est interrogée dans un premier temps sur sa compétence, limitée aux différends interétatiques. Ainsi, elle constate que “dans l'affaire des concessions *Mavrommatis*, il est vrai que le différend a d'abord été celui d'un particulier et d'un Etat (...); puis, le gouvernement hellénique a pris l'affaire en main; le différend est alors entré dans une phase nouvelle : il s'est porté sur le terrain international; il a mis en présence deux Etats”. La formule célèbre s'ensuit : “c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en œuvre l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir un droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve une atteinte à un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre

<sup>1117</sup> J. Chappaz, “Protection diplomatique”, *Jurisclasseur*, *op.cit.*, pp. 26-27.

<sup>1118</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>1119</sup> Sans qu'il soit nécessaire de dresser une liste exhaustive, on peut simplement rappeler que la protection diplomatique a ainsi été développée non seulement par une jurisprudence arbitrale abondante, mais aussi par la CPJI dans les affaires *Mavrommatis* (1924), *Usines de Chorzow* (1928), *Emprunts serbes* (1929), *Chemin de fer de Panevezys-Saldutiskis* (1939), ainsi que par la CIJ notamment lors des affaires *Bernadotte* (avis de 1949), *Nottebohm* (1955), *Barcelona Traction* (1970) ou *Elettronica Sicula (ELSI)* (1989). Bien d'autres exemples d'affaires présentées à la CIJ et concernant des personnes privées existent : voir le récapitulatif effectué par J.M. Sorel, “L'émergence de la personne humaine en droit international : l'exemple de la jurisprudence de la Cour internationale de justice”, *op.cit.*, pp. 2169-2198.

<sup>1120</sup> CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), Série A, No. 2. En l'espèce, les faits sont les suivants : des contrats de concessions (pour des travaux publics effectués notamment à Jérusalem) furent conclus entre le ressortissant grec *Mavrommatis* et les autorités ottomanes palestiniennes placées sous mandat britannique. Suite à des changements de circonstances (causés notamment par l'octroi de concessions à d'autres personnes), *Mavrommatis* demanda la réadaptation de son contrat et voulut contester le refus des autorités : utilisant les mêmes arguments que son ressortissant, le Gouvernement grec fonda sa requête sur les traités de paix établissant le mandat, qui énoncent que le mandataire accepte que les différends relatifs à l'interprétation et l'application du mandat soient soumis à la CPJI (p. 11).

*Etats. Du moment qu'un Etat prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul Etat*<sup>1121</sup>.

Ainsi, la place de l'individu dans ce contentieux internationalisé est artificiellement masquée, considérée au mieux comme une question de fait. Pour certains, seule la mention d'un préjudice étatique devrait figurer dans la définition actuelle de la protection diplomatique, proposée par la CDI<sup>1122</sup>. Cette fiction classique produit une conséquence majeure : le déclenchement de l'action en protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire de l'Etat, et non un droit de l'individu. Au demeurant, la codification confirme largement la règle classique qui régit l'institution : puisqu'elle est destinée à faire valoir un droit de l'Etat, elle constitue un pouvoir discrétionnaire entre ses mains ; inversement, l'individu n'a donc aucun droit à l'octroi de la protection par son Etat. La jurisprudence internationale a toujours confirmé ce principe. L'arrêt *Barcelona Traction*, par exemple, a très clairement affirmé que *“l'Etat doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard une compétence discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'Etat jouit d'une liberté d'action totale”*<sup>1123</sup>. Il n'y a guère que la doctrine pour contester la part de fiction que contient cette affirmation. Le droit positif étatique, quant à lui, confirme encore largement le pouvoir discrétionnaire de l'Etat. La position classique est notamment fermement défendue par la plupart des juridictions nationales, qui classent l'exercice de ce pouvoir dans la catégorie des actes de gouvernement<sup>1124</sup>. Les tribunaux français ne sont pas seuls à rejeter, pour ce motif, les recours individuels exercés à l'encontre d'un refus de protection. Un arrêt du tribunal fédéral suisse de 1995 a ainsi confirmé une jurisprudence établie depuis les années 1920 : la responsabilité de l'Etat ne peut être

<sup>1121</sup> CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *op.cit.*, p. 12.

<sup>1122</sup> Le premier projet de codification de J. Dugard a ainsi provoqué certaines discussions. En effet, les opinions les plus conservatrices contestaient toute mention de l'individu lésé dans la définition. Ainsi, l'article 3 du premier rapport de J. Dugard affirmait le droit de l'Etat à exercer la protection "pour ses nationaux lésés par un autre Etat" : certains l'ont jugé trop progressiste, car l'idée de l'Etat lésé n'apparaissait pas, alors que le préjudice individuel était bien visible. Désormais l'article 2 retenu en 2004 constitue une consécration elliptique de "l'idée vattelienne" du préjudice étatique, affirmant simplement que *“un Etat a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux présents articles”*. Rapport annuel de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 27. Le commentaire de l'article souligne que malgré les limites de la fiction, ce principe demeure *“la pierre angulaire de la protection diplomatique”*.

<sup>1123</sup> CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction*, Recueil 1970, p. 79.

<sup>1124</sup> Pour la jurisprudence française, les deux ordres de juridiction sont en accord sur ce point. Voir ainsi Cass. civ., arrêt du 14 juin 1977, *République Socialiste Fédérale de Yougoslavie*, JDI 1977, p. 864, ainsi que CE, arrêt du 7 juillet 1978, *Jonquères d'Oriola*, RDP 1979 p. 546.

engagée par un individu pour l'exercice ou le refus de la protection ; la jurisprudence espagnole est identique <sup>1125</sup>.

Quant à l'identification des faits illicites pouvant être à l'origine de la procédure, elle n'est pas du ressort du projet de codification <sup>1126</sup>. Pourtant, il importe de comprendre à qui appartiennent en réalité les droits violés : le fait internationalement illicite n'a-t-il pas porté atteinte à des droits subjectifs individuels ? Ceux-là ne sont-ils pas réparables ? La théorie classique ne retient que les droits étatiques : il semble que la construction de la fiction juridique ait largement reposé sur une conception dualiste des droits auxquels l'auteur du fait contrevient.

## 2. A l'origine de l'action : la violation du standard minimum de traitement des étrangers

La jurisprudence, en affirmant au profit de l'Etat "*le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international*", ne définit pas exactement quel est ce droit, ainsi présenté en termes très généraux. De façon schématique, le droit international général a très tôt développé des règles de protection des étrangers, en soumettant l'Etat qui les accueille à des obligations qu'il assume envers l'Etat de nationalité. Ainsi, "*les obligations coutumières internationales de l'Etat territorial s'appliquent à tous les étrangers sans distinction de nationalité. On le regroupe autour de la notion fort peu précise de "standard minimum"*" <sup>1127</sup>. Le caractère vague de ce standard est d'ailleurs visible au vu même de son énoncé : il est alternativement présenté comme standard minimum "de protection", de "garantie", de "justice", ou encore de "civilisation". Ainsi, J. Verhoeven explique que "*en l'absence de traités (établissement, etc.), la pratique a progressivement affirmé l'existence d'un standard minimum de justice...*" <sup>1128</sup>. P.M. Dupuy, quant à lui, évoque le "*standard minimum de garantie, notion à la fois bien établie et largement imprécise*" <sup>1129</sup>. Quoiqu'il en soit, l'action de protection diplomatique est, en général, fondée sur cette norme.

<sup>1125</sup> Pour la Suisse, voir L. Caflish, "Pratique suisse de la protection diplomatique", in J. F. Flauss (sous la dir. de), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, op.cit., p. 76. Pour l'Espagne, voir J. Pastor Ridruejo, "Pratique espagnole de la protection diplomatique", *ibid.*, p. 109 s. Cependant, une future évolution des pratiques jurisprudentielles semble se présenter : voir J.F. Flauss, "Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique : à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X c. Conseil fédéral", *RGDIP* 2005-2, pp. 407-420. Voir *infra*, Section II.

<sup>1126</sup> En effet, les commentaires des articles révèlent qu'il ne s'agit que de délimiter les conditions qui doivent être réunies pour exercer la protection diplomatique : la codification ne concerne ainsi que les règles secondaires. La description des faits illicites, c'est-à-dire la violation des règles primaires, est hors sujet : rapport annuel de la CDI, 2004, A/59/10, notamment pp. 24-25.

<sup>1127</sup> M. Kamto, "*Rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers*", 57<sup>ème</sup> session de la CDI, A/CN.4/554, avril 2005, p. 9. Il s'agit là du premier rapport de codification du régime juridique des droits et obligations de l'Etat d'accueil en matière d'expulsion : fait assez rare pour être souligné, son objet est de codifier des règles primaires, faisant partie de la notion de "standard minimum".

<sup>1128</sup> J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 638.

<sup>1129</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 131.

Comme l'expose R. Ranjeva, “dans le droit international classique, on parlait de *standard minimum de justice ou de civilisation* lorsqu'il s'agissait d'apprécier le comportement d'un Etat à l'égard des ressortissants étrangers et de leurs biens dans la mise en œuvre de la protection diplomatique”<sup>1130</sup>. D'origine coutumière, le traitement des étrangers fut ensuite largement enrichi par un essor conventionnel, à la fois bilatéral et multilatéral<sup>1131</sup>.

Il ne s'agit pas ici de présenter toutes les normes matérielles composant cette notion juridique. On peut simplement souligner qu'il s'agit d'accorder un certain degré de protection à la personne et aux biens des étrangers, dont le seuil fait l'objet de deux appréciations contradictoires : soit l'étranger fait l'objet, au minimum, d'un traitement égal à celui des nationaux et l'on parle de "traitement national". Soit sa situation est régie en vertu de principes "justes et équitables", développés selon des critères établis par les nations occidentales dites civilisées : ils peuvent soumettre l'étranger à un régime plus favorable que celui des nationaux. Le niveau de protection offert par ce standard peut ainsi faire l'objet d'interprétations plus ou moins extensive par les Etats, et le contentieux du 20<sup>ème</sup> siècle est abondant en la matière<sup>1132</sup>. Ainsi, “le droit de la responsabilité est intimement lié au statut des étrangers et aux principes controversés du droit international à ce sujet : *égalité de traitement ou standard minimum de civilisation*”<sup>1133</sup>. De façon concrète, le nombre pléthorique d'affaires classées dans la catégorie "protection diplomatique" fait apparaître quelques actions majeures régulièrement contestées. Elles sont réparties entre atteintes à la personne et aux biens du ressortissant étranger. Le droit économique prend une part importante en la matière : nationalisations, expropriations, spoliations des biens sont ainsi fréquemment source de litiges. Les conventions bilatérales d'établissement et d'investissement, ainsi que le droit coutumier

<sup>1130</sup> R. Ranjeva, “Les ONG et le droit international des droits de l'homme”, Leçon inaugurale de la session de l'Institut international des droits de l'homme, 2004, [www.iidh.org](http://www.iidh.org), p. 6, § 20.

<sup>1131</sup> Parallèlement aux conventions bilatérales d'établissement, de protection des investissements, aux traités de commerce et d'amitié, se développe également des conventions multilatérales en la matière, notamment sous les auspices du CIRDI. P. Juillard analyse ainsi le passage de la bilatéralisation à la multilatéralisation du droit des investissements, in “L'évolution des sources du droit des investissements”, *RCADI* 1994, vol. 250. Voir *infra*, Titre II, Chapitre II, où ces questions seront développées, en ce qu'elles permettent à l'individu de s'affranchir de la protection diplomatique pour agir directement.

<sup>1132</sup> On peut ainsi évoquer une affaire en cours devant la CIJ, qui oppose la RDC à l'Ouganda. face à la requête de la RDC, l'Ouganda présente une demande reconventionnelle fondée sur la violation du standard minimum de traitement des étrangers. J. Salmon, représentant la RDC, conteste l'argument en expliquant son lien avec la protection diplomatique. Ainsi, il considère que la demande “...fondée sur la violation du standard minimum international relatif au traitement des étrangers est irrecevable. En effet, par une telle demande, l'Ouganda exerce manifestement sa protection diplomatique pour les prétendues victimes. La dénégation tardive de l'Ouganda n'est pas de nature à convaincre. Ses trois premières demandes étaient fondées sur la protection des ressortissants et non en termes de protection des intérêts de l'Etat...” : affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, audience du 22 avril 2005, CR 2005/11, § 20 ([www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)). Il poursuit en déclarant que “ceci étant posé, pour qu'une requête en faveur de ressortissants puisse être admise, elle doit se conformer aux conditions de recevabilité attachées l'exercice de la protection diplomatique”, que l'Ouganda n'avait pas cherché à prouver (*Ibid.*, § 22).

<sup>1133</sup> H. Thierry, “Cours général de droit international public”, *RCADI* 1990-3, p. 111.

relatif au traitement des étrangers, sont alors les sources des obligations violées. Cependant, le contentieux économique est loin de produire la totalité des différends <sup>1134</sup>. Ainsi, on peut recenser les atteintes à l'intégrité physique ou à la liberté de l'individu, lors d'arrestations jugées arbitraires, de détention ou d'expulsions. L'égalité d'accès à la justice nationale est également fréquemment en jeu.

Ce standard minimum, d'abord coutumier, fut élaboré à une époque largement dualiste : on peut y voir là deux raisons pour qu'il n'atteigne pas directement l'individu dans l'ordre juridique interne. Sa nature coutumière se prête mal, encore aujourd'hui, à une application directe ; la conception dualiste du droit international, au début du 20<sup>ème</sup> siècle, impliquait logiquement qu'il s'agit d'une norme qui ne s'adresse qu'aux deux Etats concernés, de nationalité et de territorialité. C'est une norme d'application indirecte : en ce sens, on peut considérer, comme P. Juillard, que “*le "standard" est donc un instrument de la mesure de la conformité ou de la non-conformité du droit national au droit international*” <sup>1135</sup>.

Conséquence du dualisme ambiant, la construction classique du mécanisme de la protection diplomatique se veut, en fin de compte, largement cohérente : en effet, l'Etat ne fait valoir que son propre droit puisque le droit international était, par nature, inapte à produire directement des droits subjectifs individuels. Non titulaire de droits internationaux, l'étranger ne peut logiquement pas les invoquer en droit international. Le fait illicite qui lui cause un préjudice n'est alors un fait *internationalement* illicite qu'à l'égard de l'Etat.

Pourtant, le dommage causé à l'individu doit porter atteinte à ses droits, et non simplement à un intérêt, pour que l'on puisse considérer que l'Etat est également atteint dans son droit <sup>1136</sup>. Ainsi, le standard minimum de traitement est lié à une distinction importante entre droits et intérêts : en effet, si toute violation d'un droit entraîne l'obligation de réparer, seule la violation du droit le justifie <sup>1137</sup>. Il ne serait pas cohérent d'autoriser un Etat à agir en responsabilité contre un autre Etat, au simple motif de la lésion d'un intérêt de son ressortissant. On peut rappeler ici le célèbre

---

<sup>1134</sup> J.P. Puissochet, décrivant la pratique française en la matière, expose que les hypothèses d'intervention de l'Etat français en cas d'atteinte aux biens des ressortissants : il cite les décisions politiques (expropriations, applications abusives de la législation, etc.), l'incapacité de l'Etat de résidence à assurer la protection du patrimoine étranger, et la non-exécution des décisions de justice locales (ou du CIRDI) portant sur des biens privés. Les atteintes aux personnes sont en revanche passées sous silence. Voir J.P. Puissochet, “La pratique française de la protection diplomatique”, in J. F. Flauss (sous la dir. de), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 116-120.

<sup>1135</sup> P. Juillard, “L'évolution des sources du droit des investissements”, *RCADI* 1994, vol. 250, p. 134.

<sup>1136</sup> Sur la distinction entre les droits et les intérêts des individus (y compris les personnes morales), voir B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale, op.cit.*, pp. 113-122 (pour les solutions théoriques) et pp. 123-143 (pour les solutions du droit positif).

<sup>1137</sup> “*Toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer*”, affirmait la CPJI en 1928, dans l'affaire *Usine de Chorzow*, *Recueil* série A, No.17, p. 28. Voir *supra*, Partie 1, note 419, p. 164.

raisonnement de la CIJ, considérant que “*la preuve qu'un préjudice a été causé ne suffit pas ipso facto à justifier une réclamation diplomatique. Un dommage ou un préjudice peuvent léser une personne dans des circonstances extrêmement variées. Cela n'entraîne pas en soi l'obligation de réparer. La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé*”<sup>1138</sup>.

Les auteurs dualistes considèrent que l'individu n'est titulaire, au mieux, que d'un droit subjectif interne, élaboré sur le fondement du standard coutumier international. B. Stern expose ainsi (et réfute) les positions de Morelli et Ago, tous deux juges dans l'affaire de la Barcelona Traction : le premier considérait que toute atteinte à un individu est considérée comme une atteinte à une simple intérêt, tandis que le second affirmait que la distinction entre droits et intérêts des individus est celle des droits internes<sup>1139</sup>. Ils justifient de la sorte l'absence de droit à agir de l'individu contre un Etat, dans l'ordre international. Cependant, la logique est imparfaite. En effet, il peut exister des situations dans lesquelles l'Etat de résidence n'a pas transposé l'obligation coutumière de traitement équitable : l'atteinte à un étranger peut être commise en toute légalité selon le droit interne, mais en violation du droit international. Au regard de la pratique, il est alors impossible d'affirmer qu'aucune violation d'un droit individuel n'est intervenue, puisque “*il peut arriver que l'Etat soit responsable à l'égard d'un autre Etat pour violation de ses devoirs internationaux, alors que l'individu qui a subi le dommage n'a aucun droit à faire valoir en vertu des lois internes*”<sup>1140</sup>. En fin de compte, une position strictement dualiste est intenable, car il faut bien un réel préjudice individuel (c'est-à-dire une atteinte à un droit) pour que l'Etat soit à son tour lésé dans un droit et puisse donc agir internationalement.

Deux conclusions peuvent ainsi être présentées : d'une part “*l'analyse de la jurisprudence révèle que c'est des qualifications qu'il donne aux droits et aux intérêts des individus que le droit international déduit les qualifications respectives des droits et intérêts des Etats et non l'inverse*”. Le préjudice individuel joue donc un rôle moteur dans le mécanisme. D'autre part, “*dans l'hypothèse où le droit à réparation de l'Etat résulte d'une atteinte qu'il a subie en la personne de ses ressortissants, ce n'est donc que si ces derniers ont été lésés dans leurs droits, tels qu'ils sont définis par le droit international, que lui-même sera considéré comme atteint dans un de ses droits*”<sup>1141</sup>. Il faut alors bien considérer que la norme du standard minimum produit des droits subjectifs individuels, et non uniquement des droits pour l'Etat.

Parce que dans une conception dualiste (et volontariste), l'individu ne peut être, par principe, sujet de droit international, les règles classiques nient artificiellement que la protection diplomatique assure le respect de droits individuels. Par conséquent,

<sup>1138</sup> CIJ, Arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction*, Recueil 1970, p. 36.

<sup>1139</sup> B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, op.cit., p. 115 s.

<sup>1140</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>1141</sup> *Ibid.*, p. 142.

l'institution prête le flanc à de nombreuses critiques émanant, pour la plupart, d'auteurs objectivistes. Pour eux, l'individu possède bien des droits internationaux que la protection diplomatique met en œuvre. Il serait ainsi non seulement le détenteur des droits subjectifs que l'action défend, mais serait également le moteur déclenchant l'action étatique internationale. Autrement dit, l'individu détiendrait à la fois un droit **dans** la protection diplomatique et un droit **à** la protection diplomatique. Ces deux aspects sont regroupés dans une même contestation consistant à soutenir que la protection diplomatique est un droit de l'individu.

*B. Les contestations : la protection diplomatique, un droit de l'individu ?*

L'effacement des conséquences juridiques du préjudice individuel, effectué dans un souci de justification du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, est incomplet. En effet, le déclenchement de l'action en protection, ainsi que les conditions de son exercice, sont largement soumis à des critères qui dépendent de l'individu et non de l'Etat. Il ne s'agit pas uniquement de conditions factuelles, mais de véritables conditions juridiques, qui révèlent les limites de la fiction.

Ainsi, l'emprise de l'individu sur le déroulement de la procédure, de son déclenchement jusqu'à la réparation du préjudice, explique une contestation de la protection diplomatique comme droit exclusif et discrétionnaire de l'Etat (1). En outre, d'un point de vue strictement juridique, deux conditions d'exercice de l'action sont déterminées par le comportement de l'individu : il s'agit de la "clause Calvo" et de la condition relative aux "mains propres". Or, sur ce point, la codification en cours semble apporter des réponses aux critiques récurrentes (2).

1. Contestation doctrinale de la protection diplomatique en tant que droit exclusif et discrétionnaire de l'Etat : l'emprise de l'individu sur la procédure

Les limites de la fiction s'inscrivent dans un cadre très général de contestation politique, idéologique et juridique, des règles classiques régissant la protection diplomatique. Elles sont considérées comme une manifestation non seulement fictive, mais abusive, de l'écran étatique. G. Scelle, célèbre contestataire des fictions juridiques, niait logiquement celle de la protection diplomatique. Il a été relayé par un courant doctrinal dont la permanence à travers le temps est révélatrice du poids des critiques.

En pratique, au nom de la protection diplomatique, de nombreux abus ont été commis par l'Etat national, contestés par les Etats d'accueil<sup>1142</sup>. A une époque où le recours à la force n'était pas clairement interdit, la protection diplomatique peut être perçue comme un instrument d'ingérence dans les affaires intérieures, *“comme un privilège de fait au profit des nations expansionnistes et comme une prétention inadmissible de la part de ces nations à vouloir imposer leurs conceptions socio-économiques et leur mode de civilisation à des nations trop faibles pour y résister”*<sup>1143</sup>. C'est alors l'usage arbitraire, et non plus discrétionnaire, qui fait l'objet d'une contestation de nature politique. Le prétexte était fréquemment invoqué du mauvais traitement des ressortissants étrangers. Hormis des cas de violations flagrantes, ces interventions étaient plus ou moins sujettes aux divergences d'interprétation du standard minimum de protection des étrangers, difficile à identifier. Cependant, la CDI a tenu à rappeler que *“la protection diplomatique n'était pas non plus discriminatoire en son essence. Elle l'était dans son exercice, parce que celui-ci était pratiquement réservé aux Etats les plus puissants”*<sup>1144</sup>.

Une partie de la doctrine conteste encore vigoureusement l'institution. L'affirmation selon laquelle l'Etat ne fait valoir que son propre droit, issue de la jurisprudence Mavrommatis, semble archaïque et dépassée. Ainsi, M. Bennouna considère l'*obiter dictum* comme *“une formule magique dont les effets étaient fonction de son caractère incantatoire”*<sup>1145</sup>. Selon lui, les conditions d'exercice de la protection diplomatique ont considérablement évolué, *“avec la revanche de la réalité au travers de l'effectivité”*. La contestation de l'auteur, qui fut le premier rapporteur de la CDI sur la protection diplomatique, est significative. Son rapport préliminaire, en 1998, est axé sur la nature juridique de l'institution, qu'il considère véritablement comme faisant valoir des droits individuels<sup>1146</sup>. Il affirmait que *“quoi qu'il en soit, la protection diplomatique a été grevée d'une charge émotionnelle et politique importante, qui l'a rendue suspecte comme si elle n'était qu'un subterfuge pour manipuler une propriété et des actions de ressortissants étrangers ravalés au rang*

<sup>1142</sup> L'exemple le plus célèbre est l'affaire ayant donné lieu à la Convention Drago-Porter de 1907 : en 1902, la dette du Venezuela (en guerre civile) envers les Etats occidentaux et leurs ressortissants sur place, a donné lieu à une intervention armée du Royaume-Uni, de l'Allemagne et de l'Italie. Cet emploi de la force au prétexte de l'atteinte aux ressortissants fit l'objet d'une contestation sans précédent du continent latino-américain, dont les effets sont encore ressentis aujourd'hui. De façon schématique, la protection diplomatique oppose depuis toujours les Etats du Nord, développés, puissants, et les Etats du Sud, toujours "en voie" de développement, allergiques à toute intervention dans leurs décisions, notamment économiques. Les dérives auxquelles a donné lieu cette institution démontrent l'importance de concilier ces souverainetés qui s'opposent, en délimitant les actions possibles.

<sup>1143</sup> P. de Visscher, “Cours général de droit international public”, *op.cit.*, p. 155.

<sup>1144</sup> Rapport annuel de la CDI, 1998, Chapitre V, “Protection diplomatique”, p. 3.

<sup>1145</sup> M. Bennouna, “La protection diplomatique, un droit de l'Etat?”, in *Mélanges B. Boutros-Ghali*, Bruylant, Bruxelles, 1998, vol. I, p. 247.

<sup>1146</sup> M. Bennouna, nommé au TPI, a été remplacé l'année suivante par J. Dugard. On constate aujourd'hui que les débats suivants au sein de la CDI ont partiellement éludé la question fondamentale posée par M. Bennouna. Le développement progressif ne devant pas prendre le pas sur la codification du droit positif, la fiction classique a ainsi largement été maintenue par un texte relativement conservateur.

de "cheval de Troie". Mais c'est la reconnaissance à l'individu d'une certaine dose de personnalité juridique internationale, en tant que destinataire direct de normes internationales et en tant que titulaire du droit d'engager des réclamations à leur sujet, qui va entraîner la doctrine à s'interroger plus nettement sur la pertinence de la conception classique de la protection diplomatique<sup>1147</sup>. L'auteur est loin d'être le seul à avoir soutenu que la fiction n'était plus compatible avec la position contemporaine de l'individu en droit international. Depuis longtemps, les arguments fusent, quant à la présence incontournable de l'individu à tous les stades de la procédure. On se gardait cependant, contrairement à M. Bennouna, d'évoquer la question de la personnalité internationale de l'individu ; les rapports suivants de J. Dugard ont d'ailleurs évité la question.

Ainsi, depuis le dommage causé par le fait illicite de l'Etat et subi par l'individu, jusqu'à l'indemnisation de ce dernier (par son Etat), la procédure est largement conditionnée par le comportement individuel. Les conditions de recevabilité de l'action relatives à la nationalité de l'individu, à l'épuisement des recours internes, imposent des obligations au particulier plus qu'aux Etats protecteurs, qui ne peuvent qu'en tirer les conséquences pour déclencher ou non une réclamation interétatique<sup>1148</sup>. En outre, de façon chronologique, après l'endossement de sa réclamation, il est faux d'affirmer que l'individu disparaît de la procédure interétatique. Des arguments d'ordre pratique le confirment. Ainsi, J. Chappez souligne que dans les faits, le ressortissant est présent physiquement tout au long de la procédure, de la violation de son droit jusqu'au calcul de l'indemnité de réparation. Il affirme que "le rôle de l'individu est d'autant plus grand que les intérêts privés en jeu sont importants, notamment dans le cas de réclamations multiples surtout si les personnes lésées se sont groupées en association de défense qui peut faire pression sur l'Etat d'allégeance"<sup>1149</sup>. Ainsi, le "réclamant" peut être présent en tant que témoin, ou être autorisé à présenter un mémoire écrit. Il se voit souvent reconnaître le droit de faire plaider sa cause par un avocat de son choix, voire de la défendre lui-même à l'instance. De plus, une transaction entre l'individu et l'Etat responsable n'est pas exclue, qui peut provoquer le désistement de l'instance de l'Etat national<sup>1150</sup>.

Enfin, le préjudice subi par l'individu resurgit également au stade final de l'évaluation de la réparation. En pratique, l'indemnisation de réparation est calculée en

<sup>1147</sup> M. Bennouna, "Rapport préliminaire sur la protection diplomatique", 4 février 1998, A/CN.4/484, p. 6.

<sup>1148</sup> On peut identifier au moins deux (voire trois, pour certains) conditions de recevabilité d'une action contentieuse en protection diplomatique. Elles impliquent toutes des conditions tenant à l'action de l'individu. Ainsi en est-il des conditions de nationalité, notamment dans l'exigence d'un lien continu entre l'individu et l'Etat, ne sont que les premières manifestations d'un écran étatique fictif. Il faut également souligner que l'exercice de la protection étatique ne peut avoir lieu que si l'individu a auparavant épuisé les voies de recours internes. Cependant, cette condition n'étant pas exclusive à l'institution de la protection diplomatique, elle nécessite une étude à part entière, et fait donc l'objet du chapitre suivant. Par ailleurs, les conditions relatives à la nationalité feront l'objet du II.

<sup>1149</sup> J. Chappez, "Protection diplomatique", *Jurisclasseur*, *op.cit.*, p. 30.

<sup>1150</sup> Pour une synthèse de ces différentes manifestations pratiques, *ibid.*, pp. 32-33.

fonction du préjudice individuel, et non en fonction du préjudice juridique de l'Etat, au demeurant difficile à quantifier. La doctrine conteste largement l'affirmation classique émise par la CPJI en 1928 selon laquelle “*le dommage subi par le particulier ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'Etat*”<sup>1151</sup>. Certes, l'Etat jugé responsable verse une somme d'indemnisation à l'Etat auteur de la requête. Cependant, “*bien que, selon l'analyse classique, l'Etat protecteur dispose d'un pouvoir discrétionnaire et puisse conserver l'indemnisation obtenue ou la reverser à ses ressortissants, il la restitue aux personnes lésées et il arrive qu'il accepte de se lier sur ce point à leur égard*”<sup>1152</sup>. La doctrine contestant les règles classiques a ainsi pu affirmer que “*l'Etat qui conserverait par-devers lui l'indemnité versée réaliserait un véritable enrichissement sans cause*”<sup>1153</sup>.

Au-delà de ces critiques d'ordre essentiellement pratique, deux règles juridiques conditionnant l'exercice de l'action montrent que le pouvoir de l'Etat est loin d'être discrétionnaire.

## 2. L'exercice de l'action conditionné par le comportement individuel : des critiques dépassées par la codification

### a. Le paradoxe logique de la Clause Calvo

Une première condition d'exercice de l'action en protection est invoquée en ce qu'elle contredit le principe du pouvoir discrétionnaire de l'Etat : ainsi, la licéité d'un droit de l'individu à renoncer à la protection diplomatique, autrement appelé "clause Calvo", suscite encore quelques interrogations. D'une légitimité et d'une légalité très contestées, cette pratique paraît tomber en désuétude. Cependant, la validité de cette renonciation de l'individu à la protection diplomatique fit encore débat en 2002 au sein de la CDI. Ainsi, bien que déjà ancienne, la question n'est pas totalement résolue.

Sans qu'il soit nécessaire de retracer de façon approfondie l'ensemble des arguments développés au siècle dernier, on peut rappeler que, sous l'influence de l'argentin C. Calvo, le continent sud-américain a développé une pratique importante tendant à limiter l'exercice du protection diplomatique par des Etats occidentaux trop enclins à en abuser en recourant notamment à la force<sup>1154</sup>. Par le biais d'une clause inscrite essentiellement dans des contrats passés entre des investisseurs européens et nord-américains avec les Etats d'Amérique latine, les individus, personnes physiques et morales, s'engageaient à renoncer à demander la protection de leur Etat de nationalité.

<sup>1151</sup> CPJI arrêt du 13 mars 1928, *Usine de Chorzow* (Allemagne c. Pologne), série A, No. 17.

<sup>1152</sup> J. Chappé, “Protection diplomatique”, *Jurisclasseur, op.cit.*, p. 35.

<sup>1153</sup> G. Berlià, “Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique”, *op.cit.*, p.65.

<sup>1154</sup> Pour un exposé détaillé de la pratique au cours du 20<sup>ème</sup> siècle, incluant la jurisprudence internationale, les règles constitutionnelles internes, ainsi que les différents textes internationaux de codification, voir le “Troisième rapport sur la protection diplomatique” de J. Dugard, A/CN.4/523, additif, 7 mars 2002, 19 p.

La réclamation internationale étant interdite, leur seul recours était de s'adresser aux juridictions internes, statuant au regard d'un droit interne qui, à l'époque, n'incluait guère les règles internationales. L'argument théorique contre cette pratique, volontiers soulevé à l'époque, soulignait qu'il est paradoxal de permettre à l'individu de renoncer à un droit qui n'est censé appartenir qu'à l'Etat. Ainsi, une partie de la doctrine, ainsi que la plupart des arbitres et juges internationaux ont considéré que “*si l'on s'en tient à la thèse classique selon laquelle l'Etat fait valoir son droit propre, cette clause est inopposable à l'Etat national car le particulier ne peut renoncer à un droit qui ne lui appartient pas et qui est une prérogative d'Etat inhérente à la souveraineté*”<sup>1155</sup>. En revanche, les auteurs soutenant que l'institution est un droit individuel ont logiquement soutenu la validité de la clause<sup>1156</sup>. Certaines commissions arbitrales, dans les années 1930, ont accepté la validité partielle de cette règle : elle ont estimé que l'individu peut renoncer à la protection internationale de son Etat, en cas de violation des clauses contractuelles, n'impliquant que des intérêts privés. En revanche, en cas de violation du droit international (le contrat d'Etat n'étant pas réellement considéré comme en faisant partie), ou si la renonciation de l'individu pouvait porter atteinte aux droits souverains de l'Etat, la clause Calvo était réputée nulle.

Le paradoxe a été quelque peu contourné par la jurisprudence internationale, depuis une sentence interprétant la clause de façon plus conforme aux règles classiques affirmant le droit exclusif de l'Etat. Ainsi, en 1926, les effets internationaux de cette clause ont été limités, cantonnés en quelque sorte à la sphère étatique interne<sup>1157</sup>. L'individu est considéré comme s'engageant, non pas à renoncer totalement à la protection diplomatique, dont il ne peut disposer librement, mais uniquement à s'adresser aux juridictions internes. La règle a alors été considérée comme une confirmation de l'exigence de l'épuisement des recours internes. Dès lors, elle n'impliquait nullement que l'Etat soit privé de son droit à exercer la protection diplomatique. On peut considérer que, dans une certaine mesure, la décision méconnaît l'esprit de la clause selon C. Calvo, réellement destinée à supprimer l'internationalisation d'un différend, que cela soit pour le droit applicable au litige, ou pour les acteurs parties au différend.

Cependant, cet esprit n'a plus réellement cours : comme le soulignait le rapporteur de la CDI en 2002, les “invocations agressives” de la protection diplomatique à l'encontre du continent andin ont vécu. L'évolution de la justice interne de ces Etats, ainsi que les mécanismes de contrôle régionaux, incitent à davantage de

<sup>1155</sup> J. Chappex, “Protection diplomatique”, *Jurisclasseur*, *op.cit.*, p. 29.

<sup>1156</sup> Voir Tenekides, “Considérations sur la clause Calvo, essai de justification du système de la nullité intégrale”, *RGDIP* 1936, pp. 270-284.

<sup>1157</sup> Commission des réclamations Etats-Unis – Mexique, Affaire *North American Dredging Company*, Etats-Unis c. Mexique, 31 mars 1926, reproduite in *AJIL* 1926, p. 800.

confiance. Cela ne signifie pas pour autant que la clause Calvo appartient au passé, contrairement à ce que semblent considérer de nombreux auteurs occidentaux <sup>1158</sup>. En 2002, le rapport de J. Dugard avait ainsi fermement soutenu qu'elle ne pouvait être éludée. Il proposait alors un article 16, rédigé en ces termes :

*“Toute stipulation d'un contrat entre un étranger et l'Etat dans lequel il exerce ses activités selon laquelle :*

*a) l'étranger se satisfera des recours internes ; ou*

*b) aucun différend né du contrat ne sera réglé par voie de réclamation internationale ; ou*

*c) aux fins du contrat, l'étranger sera considéré comme un national de l'Etat contractant,*

*vaut au regard du droit international, renonciation valable au droit de l'étranger d'invoquer la protection diplomatique à raison du contrat. Cependant, une telle stipulation n'affecte en rien le droit de l'Etat de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'Etat contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son Etat de nationalité”* <sup>1159</sup>.

Ainsi, la démarche consistait à codifier cette clause, considérée par le rapporteur comme une coutume régionale, en restreignant quelque peu son champ d'application <sup>1160</sup>. D'une part, la clause ne concerne en effet que les contrats d'Etat, passés généralement par des personnes morales. La personne physique ne semble alors pas réellement concernée. D'autre part, elle est également limitée, logiquement, aux questions d'exécution d'un contrat d'Etat, et n'entre pas dans le champ du droit international, interétatique, traditionnel.

Toutefois, après avoir fait l'objet d'un débat entre deux partis égaux, l'article 16 a purement été supprimé, sans guère d'explications <sup>1161</sup>. Au demeurant, la valeur de droit coutumier de cette clause peut certainement être remise en cause : elle paraît tomber en désuétude en Amérique latine ; même l'Argentine y a renoncé envers les ressortissants américains, par le biais d'une convention d'investissement passée avec les Etats-Unis <sup>1162</sup>. De façon générale, le droit international tend à soustraire les différends économiques au droit interne des Etats, pour privilégier le règlement international, malgré la résistance des pays en développement. Autoriser l'article 16 proposé eût été

<sup>1158</sup> J. Dugard, Troisième rapport, additif, *op.cit.*, p. 16.

<sup>1159</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>1160</sup> Sur la nature de coutume régionale, le rapporteur s'appuie sur la pratique abondante et uniformément acceptée par les Etats d'Amérique latine au cours du siècle dernier. Nombre d'entre eux avaient même constitutionnalisé cette clause. Il souligne par ailleurs que les Etats du Pacte andin tendent à l'utiliser encore.

<sup>1161</sup> Voir rapport annuel de la CDI, A/57/10, 2002, pp. 181-182 : le débat a, une nouvelle fois, fait resurgir le paradoxe de la renonciation individuelle à un droit qui appartient à l'Etat. Certains ont considéré que la version actuelle de la clause Calvo n'entraîne pas dans le champ de la codification de la protection diplomatique, en ce qu'elle constituait au plus une technique de rédaction des contrats d'Etat.

<sup>1162</sup> Il s'agit d'une Convention bilatérale d'investissement de 1991, qui impose le principe d'un recours à l'arbitrage international : voir J. Chappetz, “Protection diplomatique”, *op.cit.*, pp. 29-30.

s'élever à l'encontre de cette tendance générale. En outre, une autre disposition du projet d'articles permet de l'envisager. Ainsi, l'article 18, adopté en première lecture, dispose que les articles précédents “*ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales, y compris celles qui ont trait au règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des Etats*”<sup>1163</sup>. Néanmoins, le commentaire de cet article ne dit mot sur la clause Calvo, se référant uniquement au système du CIRDI.

Ainsi, l'abandon progressif de la clause Calvo peut, d'un point de vue théorique, confirmer la protection diplomatique comme droit de l'Etat. Cependant, l'objectif de cette règle était de restreindre les possibilités pour l'individu d'invoquer le droit international. Dès lors, son intérêt est aujourd'hui des plus limités. L'esprit de la clause est aujourd'hui inversé : comme dans le système du CIRDI, lorsqu'une renonciation à la protection diplomatique est envisagée, c'est en raison de l'existence d'un autre moyen de recours international pour l'individu.

#### *b. Les "mains propres" de l'individu*

Seconde condition d'exercice posant un réel problème à la CDI, qui ne cessait de reporter l'éventualité de sa codification, la théorie des mains propres doit être évoquée. En effet, le comportement fautif de la victime particulière d'un dommage peut entraîner certaines conséquences sur la responsabilité de l'Etat. Ainsi, “*la doctrine est invoquée pour empêcher un Etat d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un national si celui-ci a subi un préjudice en raison de son propre comportement illicite*”<sup>1164</sup>. La conduite correcte d'un ressortissant lésé serait alors une troisième condition de recevabilité d'une réclamation émanant de l'Etat protecteur, avec le lien de nationalité et la règle de l'épuisement des recours internes. L'Etat national aurait obligation de refuser de protéger l'individu ayant violé, soit le droit interne de l'Etat d'accueil, soit le droit international. La pertinence de cette théorie a été fermement réfutée, notamment par J. Salmon<sup>1165</sup>. D'une part, elle est illogique si l'on considère le droit discrétionnaire de l'Etat de refuser l'exercice de sa protection : il n'a nulle obligation de justifier son refus ; la condition serait alors inutile. D'autre part, elle est largement contredite par la pratique internationale<sup>1166</sup>. L'on ne sache pas que les frères LaGrand aient été

<sup>1163</sup> Voir rapport annuel de la CDI, A/58/10, 2003, pp. 88-89.

<sup>1164</sup> J. Dugard, “Sixième rapport sur la protection diplomatique”, A/CN.4/546, août 2004, p. 2.

<sup>1165</sup> Voir J. Salmon, “Des “mains propres” comme condition de recevabilité des réclamations internationales”, *AFDI* 1964, pp. 225-266. L'auteur conclut nettement au rejet de l'inclusion de la théorie dans les conditions de recevabilité, “*une théorie autonome des clean hands nous paraissant soit inutile, soit reposant sur des prémisses fausses, soit aboutissant à des conclusions contestables ou dangereuses selon le sens qu'on lui attribue*” : p. 265.

<sup>1166</sup> L'invocation du comportement criminel d'un individu comme cause d'irrecevabilité de la requête étatique a été clairement rejetée par la Commission européenne des droits de l'homme en 1962 dans l'affaire Ilse Koch (criminelle de guerre nazie), décision 1270/61, 8 mars 1962.

respectueux du droit interne des Etats-Unis. Si la règle a parfois servi à rejeter une requête internationale au stade préliminaire de la recevabilité, “*ces espèces se caractérisent toutes par le fait que la violation du droit international par la victime fut la cause unique du dommage dont elle se plaignait, que la relation de cause à effet entre le dommage et la conduite de la victime était pure, sans intervention d'acte illicite de la part de l'Etat défendeur*”<sup>1167</sup>. Même dans ces cas, l'auteur remarque qu'il eût été plus logique de rejeter la requête au fond, au motif de l'absence de fait illicite international. Ainsi, si le comportement de la victime doit avoir quelque conséquence, elle se situe au niveau réparatoire. Il s'agit alors d'une cause d'exonération partielle ou totale de la responsabilité de l'Etat. Quoiqu'il en soit, cela signifie encore que la réparation n'est pas seulement due à l'Etat mais aussi à l'individu. En effet, en quoi le préjudice moral ou juridique subi par l'Etat serait-il diminué du fait d'un mauvais comportement de son ressortissant ?

La question des mains propres a finalement été résolue de façon conservatrice et elliptique par le rapporteur de la CDI, suivi en 2005 par la Commission. Conservatrice, car la pureté de la fiction classique l'a emporté sur la réalité. On a considéré qu'il fallait maintenir le pouvoir discrétionnaire de l'Etat de présenter une réclamation indépendamment du comportement individuel. Ainsi, J. Dugard explique que si mains propres il fallait exiger, ce sont celles de l'Etat ayant subi le préjudice : la théorie “*ne peut être invoquée que contre l'Etat demandeur du fait de son propre comportement*”<sup>1168</sup>. Puisque la réclamation devenait celle de l'Etat, le seul lien de causalité direct retenu se trouve entre le fait illicite de l'Etat d'accueil et le préjudice juridique subi par l'Etat de nationalité : le fait que le ressortissant ait pu avoir un comportement illicite est alors sans pertinence. Par ailleurs, la solution choisie par la CDI est elliptique, en ce qu'elle décide de ne pas codifier la règle. Sans pour autant nier son importance, la Commission a finalement reconnu qu’*“il valait mieux invoquer la théorie des mains propres au stade de l'examen au fond, car elle avait un rapport avec l'atténuation ou l'exonération de la responsabilité plutôt qu'avec la recevabilité”*<sup>1169</sup>. Deux raisons ont ainsi conduit à éliminer le sujet : d'une part, l'objet de la codification ne porte pas sur les conséquences réparatoires de l'action mais sur les conditions de son exercice. D'autre part, elle ne serait pas codifiable, en

<sup>1167</sup> J. Salmon, “Des “mains propres” comme condition de recevabilité des réclamations internationales”, *op.cit.*, p. 259.

<sup>1168</sup> J. Dugard, “Sixième rapport sur la protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 6. Le rapporteur, prenant acte des positions favorables à la codification de la règle (notamment celle de A. Pellet), adopte une attitude relativement conservatrice, destinée à préserver le caractère classiquement interétatique de la protection diplomatique. Ainsi, il veut “*croire qu'il n'est pas proposé que nous abandonnions cette fiction pour considérer que, dans les réclamations relatives à la protection diplomatique, l'Etat est simplement l'agent agissant au nom de son national*” (*Ibid.*).

<sup>1169</sup> Voir le rapport annuel de la CDI, chapitre VII, “Protection diplomatique”, A/60/10, 57<sup>ème</sup> session, 2005, §231 : “*la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle la théorie des mains propres ne devait pas être incluse dans le projet d'articles a emporté l'adhésion générale*”.

tout état de cause, compte tenu des “*incertitudes liées à l'existence même de la théorie et à son applicabilité dans le contexte de la protection diplomatique*”<sup>1170</sup>.

Par conséquent, deux des principaux paradoxes de la fiction d'un droit exclusivement étatique ont ainsi été éliminés du projet de codification, sans que l'on sache si la pratique confirmera totalement l'abandon de la Clause Calvo et de la théorie des mains propres. Quoiqu'il en soit, l'option choisie par la CDI vient confirmer le pouvoir discrétionnaire de réclamation internationale de l'Etat, limitant l'impact juridique du comportement individuel. Cependant, on peut également souligner que la mise à l'écart de ces deux sujets produit un effet positif pour l'individu : la clause Calvo, lui permettant de renoncer à la protection, le cantonnait encore davantage dans un ordre juridique étatique, tandis que le principe relatif aux mains propres l'empêchait d'être protégé. Leur abandon, s'il préserve le droit étatique, respecte également l'objectif de protection de l'individu.

La recevabilité d'une action est ainsi facilitée par la réduction des conditions au nombre de deux : la nationalité de la réclamation et l'épuisement des recours internes. En outre, les exigences classiques relatives aux critères de la nationalité ont été assouplies par le projet de codification. Le lien d'allégeance de l'individu à l'Etat semble ainsi s'alléger.

## **II. Assouplissement relatif du lien d'allégeance : évolution des conditions de recevabilité relatives à la nationalité**

Tout en essayant de ne pas opposer deux Etats ayant des compétences concurrentes sur la même personne, le projet de codification élargit les conditions dans lesquelles l'individu pourra être protégé : désormais, l'objectif de protection de l'individu prime sur la préservation des souverainetés. Ainsi, l'exigence classique du lien de nationalité est assouplie, et même supprimée, dans certains cas (A). En outre, la règle classique relative à la continuité de la nationalité a également été assouplie, mais non supprimée, par une codification relativement conservatrice sur ce point (B).

### ***A. Evolution du critère de la nationalité des réclamations***

La règle classique sont rigoureuses : la requête étatique en protection diplomatique n'est recevable que si l'individu ayant subi le préjudice substantiel possède bien la nationalité de l'Etat réclamant. Seul le lien de nationalité justifie l'endossement de la réclamation (1). Cependant, une évolution significative a eu lieu depuis, dont la CDI a tenu compte en codifiant le principe. Les règles contemporaines apportent ainsi assouplissements et dérogations au lien d'allégeance entre l'individu et son Etat (2).

<sup>1170</sup> J. Dugard, “Sixième rapport sur la protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 10.

## 1. Règles classiques : l'endossement permis par le lien de nationalité

La règle de la nationalité des réclamations, en apparence simple, prévoit que seul l'Etat de nationalité de l'individu peut exercer sa protection : un national, un Etat, une réclamation. La situation est pourtant beaucoup plus complexe, car le lien d'allégeance peut être tenu ou multiple.

L'affirmation du principe a été émise par la CPJI, de façon limpide : elle affirme, en 1939, que *“la protection diplomatique ne peut être nécessairement exercée qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique”*<sup>1171</sup>. Par conséquent, cette règle constitue la première condition de recevabilité de l'action.

La règle est actuellement codifiée par l'article 4 du projet adopté par la CDI, intitulé "Etat de la nationalité d'une personne physique"<sup>1172</sup>. Il dispose que *“aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'Etat de la nationalité est l'Etat dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, par son ascendance, par succession d'Etat, par naturalisation ou de toute autre manière non contraire au droit international”*<sup>1173</sup>. Sur ce point, l'évolution du projet entre 2000 et 2004 permet d'illustrer l'absence de stabilité du principe<sup>1174</sup>. L'article proposé en 2000, reformulé en termes largement similaires, est critiqué, notamment par C. Santulli, en ce qu'il semble porter en germe une internationalisation des conditions d'octroi de la nationalité. En effet, les références aux différents critères paraissent peu pertinentes à l'auteur, qui affirme que *“ce n'est pas la naissance ou l'ascendance qui confèrent la nationalité, mais les droits nationaux qui retiennent ces critères pour son octroi”*<sup>1175</sup>. Le projet semble contredire cette affirmation, en faisant référence à des conditions internationales de validité : faut-il y voir une remise en cause du pouvoir discrétionnaire que l'Etat possède en la matière ? Bien que l'article soit ambigu, les commentaires précisent que le droit international connaît des conditions d'opposabilité de la nationalité aux autres Etats, mais non de sa validité interne.

<sup>1171</sup> CPJI 28 février 1939, affaire du *Chemin de fer de Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), série A/B, No. 74, p. 28.

<sup>1172</sup> Si la condition de nationalité des personnes morales est également codifiée par l'article 9, les règles en la matière ne seront pas développées ici. En effet, cette problématique n'entre pas dans le champ de l'étude. L'identification de la nationalité des sociétés nécessiterait en outre un examen approfondi des différents critères retenus par la jurisprudence, notamment en ce qui concerne l'opposition entre le critère du siège et celui du contrôle. Pour toutes ces questions, voir notamment B. Stern, *“La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula, ou les glissements progressifs de l'analyse”*, *JDI* 1990, pp. 897-945.

<sup>1173</sup> Rapport annuel de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 18.

<sup>1174</sup> L'article 5 du projet de 2000 disposait que *“L'Etat de nationalité est l'Etat dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi”* : on peut noter ensuite la disparition de la référence à la bonne foi, mais l'insertion de la mention relative aux successions d'Etat et surtout à *“de toute autre manière contraire au droit international”*.

<sup>1175</sup> C. Santulli, *“Travaux de la CDI”*, *Chronique AFDI*, 2001, p. 370.

Relativement simple, cette condition de recevabilité d'une action de protection diplomatique devient problématique lorsque l'individu est dans une situation d'allégeance multiple envers plusieurs Etats. Or, on a souligné la finalité conciliatrice de la protection diplomatique, institution destinée à préserver les rapports pacifiques entre Etats souverains. Lorsqu'un individu ne possède qu'une seule nationalité, un seul Etat a le droit de le protéger. La situation se complique dès lors qu'une personne peut posséder plusieurs nationalités, octroyées par des législations internes faisant primer concurremment le droit du sol ou le droit du sang. Ainsi, les règles relatives à la dualité ou à la pluralité de nationalité entraînent répondent à deux questions importantes : si un "double national" subit un préjudice du fait d'un Etat tiers, qui peut exercer la protection ? De plus, s'il subit un préjudice de la part de l'un de ses Etats de nationalité, l'autre Etat peut-il agir ? La double nationalité est considérée en droit international comme un privilège pour l'individu. Dès lors, les règles classiques, déjà codifiées par la Convention de La Haye de 1930, tendent à restreindre les possibilités de protection.

Ainsi, l'article 4 de la Convention, qui reflète la conception classique de la non-responsabilité de l'Etat à l'égard de ses propres ressortissants, affirme que *“un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national”*<sup>1176</sup>. L'individu ne peut donc agir, même indirectement (par le biais d'un Etat), contre son propre Etat.

Si l'individu possédant plusieurs nationalités subit un dommage commis par un Etat tiers, n'importe lequel de ses Etats devrait pouvoir exercer sa protection. Cependant, un risque existe de voir l'individu, en quête de protection d'un Etat puissant, monnayer l'obtention d'une nouvelle nationalité : c'est le phénomène de "nationality shopping". Dans quelle mesure l'Etat défendeur peut-il contester ce lien d'allégeance, si l'on considère que la nationalité est octroyée de façon souveraine par le droit interne ? Les Etats sont souvent "chatouilleux" sur l'appréciation portée par un autre Etat sur une question qui relève traditionnellement de leur domaine réservé. Ainsi, il semble n'exister aucune définition internationale autonome des conditions déterminant l'acquisition de la nationalité : il ne s'agit donc pas de permettre à l'Etat défendeur de juger les conditions d'octroi de la nationalité. La contestation internationale du lien de nationalité entre l'individu et son Etat se pose alors en termes d'opposabilité et non de validité : de façon restrictive, elle relève des effets

---

<sup>1176</sup> Convention de La Haye relative aux conflits de loi sur la nationalité, 1930, article 4. Ce traité ne lie qu'une vingtaine d'Etats. Voir les commentaires de J. Dugard dans son premier rapport, A/CN/406, p. 34.

internationaux de la nationalité<sup>1177</sup>. En cas de contestation, la nationalité n'est pas annulée à la manière d'un acte administratif illégal, mais son opposabilité peut être suspendue. La jurisprudence internationale a ainsi appliqué, avec l'affaire Nottebohm, la notion de "nationalité effective", analysée concrètement à partir des faits, la résidence habituelle de l'individu étant l'un des indices les plus déterminants<sup>1178</sup>.

La notion de nationalité effective figurait déjà au sein de la Convention de La Haye. Toutefois, par rapport à un Etat tiers, la double nationalité est avant tout un problème de droit international privé, qui régit les conflits de nationalité<sup>1179</sup>. L'article 5 du traité dispose ainsi que *“dans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une. Sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'Etat tiers en matière de statut personnel et sous réserve des conventions en vigueur, cet Etat pourra sur son territoire reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait”*. Toutefois, ce principe a servi de point d'appui à un mouvement jurisprudentiel international acceptant les requêtes d'un Etat de nationalité contre un autre Etat de nationalité : si l'Etat demandeur possède un lien plus étroit avec le particulier lésé, sa réclamation peut être acceptée. Les deux principes établis par les articles 4 et 5 de la Convention de 1930 peuvent ainsi se contredire sur un cas concret. Comme l'explique J. de Yanguas Messia, *“le premier vise la protection diplomatique comme question de droit international public. Il cherche son fondement dans l'égalité souveraine des Etats en matière de nationalité... Le second principe a eu son origine dans le droit international privé, lorsque le juge d'un Etat tiers se trouvait en présence d'un conflit de lois en matière de nationalité. C'est pour cette raison que le principe de la nationalité effective a été historiquement élaboré par rapport à la personne. Mais la jurisprudence et la doctrine l'ont transporté*

<sup>1177</sup> Voir C. Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, LGDJ, Paris, 1997, notamment pp. 33-45. Ainsi, dans l'affaire Nottebohm, l'obtention de la nationalité du Liechtenstein par un ressortissant d'origine allemande résidant au Guatemala avait suscité des doutes quant à la régularité interne de l'octroi. Cependant, la CIJ a logiquement refusé d'apprécier sa validité, en considérant simplement que, au niveau international, cette nationalité n'était pas opposable à l'Etat défendeur, le Guatemala. CIJ, arrêt du 9 avril 1955, *Nottebohm*, Liechtenstein c. Guatemala.

<sup>1178</sup> Ainsi, l'arrêt définit le lien de nationalité comme un *“lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs”* : CIJ, 9 avril 1955, Liechtenstein c. Guatemala, Recueil p. 23. Les indices de cette effectivité se multiplient, nécessitant une étude approfondie des faits. J. Dugard répertorie ainsi pêle-mêle, *“la résidence habituelle, le temps passé dans chacun des pays de nationalité, la date de la naturalisation... ; l'endroit où l'intéressé a fait ses études, ainsi que le programme et la langue des cours ; l'emploi et les intérêts financiers ; l'endroit où vit la famille, les liens familiaux dans chaque pays, la nationalité des autres membres de la famille et l'enregistrement des naissances et des mariages à l'ambassade de l'autre Etat de nationalité ; la participation à la vie sociale et publique ; l'utilisation de la langue, l'imposition, le compte en banque, la sécurité sociale, les visites dans l'autre Etat de nationalité et les autres liens qu'il entretient avec cet Etat ; la possession et l'utilisation d'un passeport de l'autre Etat ; le renoncement à une nationalité ; et le service militaire effectué dans un des Etats”* : J. Dugard, *“Premier rapport sur la protection diplomatique”*, *op.cit.*, p. 41.

<sup>1179</sup> Voir J. de Yanguas Messia, *“La protection diplomatique en cas de double nationalité”*, in *Hommages d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 547-558.

*au domaine du droit international public*”<sup>1180</sup>. Ainsi, l'auteur démontre que le choix de la Commission italo-américaine opère une conciliation entre les deux principes dans une problématique de droit international public, celle de la protection diplomatique : “*le principe de l'égalité souveraine des Etats qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité, doit céder devant le principe de la nationalité effective lorsque cette nationalité est celle de l'Etat réclamant. Mais il ne doit pas céder, lorsque la prévalence d'une telle nationalité effective n'a pas été dûment prouvée, car le premier de ces deux principes est généralement reconnu et apte à éliminer toute possible incertitude*”<sup>1181</sup>. La jurisprudence du tribunal des différends irano-américains est également souvent citée comme exemple d'application du principe de nationalité effective. Le tribunal a ainsi refusé d'appliquer l'article 4 de la Convention de 1930, au motif principal que le concept de protection diplomatique avait évolué dans un sens contraire. Il a alors appliqué le principe issu de la jurisprudence Nottebohm, tout en soulignant que les réclamations dont il avait à connaître ne constituaient pas un exercice de protection diplomatique<sup>1182</sup>. Le rapporteur de la CDI, quant à lui, considère que ce principe ne doit pas être retenu pour la règle générale de la nationalité de la réclamation : il restreindrait alors les possibilités de protection d'un individu qui ne possède qu'une nationalité. En revanche il réapparaît pour la résolution des conflits de nationalités.

Les règles classiques codifiées par la Convention de 1930 sont encore valables. En effet, les solutions retenues par le projet de 2004 sont largement identiques : l'individu victime d'un dommage causé par un Etat tiers peut obtenir la protection de ses Etats de nationalité<sup>1183</sup>. En revanche, si le différend risque d'opposer les Etats dont il possède les nationalités, la protection diplomatique est en principe interdite (article 7). En principe, seulement, car une exception importante vient aujourd'hui assouplir la règle.

---

<sup>1180</sup> J. de Yanguas Messia, “La protection diplomatique en cas de double nationalité”, *op.cit.*, p. 553. L'auteur, se posant la question de la compatibilité des deux principes, expose la jurisprudence de la Commission de conciliation italo-américaine établie après la seconde guerre mondiale, qui a eu à statuer sur la question, notamment lors de l'affaire Mme Mergé, américaine par sa naissance (sans lien véritable avec les Etats-Unis) et italienne par mariage.

<sup>1181</sup> *Ibid.*, p. 556.

<sup>1182</sup> Voir B. Stern, “Les questions de nationalité des personnes physiques et de nationalité et de contrôle des personnes morales devant le Tribunal des différends irano-américains”, *AFDI* 1984, p. 431.

<sup>1183</sup> Article 6 du projet : “1. Tout Etat dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un Etat dont elle n'a pas la nationalité”. Le second paragraphe de l'article prévoit la possibilité d'un exercice conjoint de la protection diplomatique par plusieurs Etats de nationalité. Voir Rapport annuel de la CDI, 2004, A/59/10, *op.cit.*, p. 41.

## 2. Règles contemporaines : assouplissements et dérogations au lien de nationalité

Deux phénomènes illustrent l'élargissement contemporain des possibilités de protection de l'individu. D'une part, on reconnaît aujourd'hui que la protection diplomatique peut opposer deux Etats de nationalité. Parallèlement à cet assouplissement, une dérogation importante est reconnue : d'autre part, un individu peut être protégé par un Etat, même en l'absence de tout lien de nationalité entre eux.

Pour le premier cas, on a montré la différence entre la situation de l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930, interdisant l'opposition de deux Etats de nationalité, et le mouvement jurisprudentiel qui l'accepte au motif de la nationalité effective : la CDI adopte ici la position la plus souple, estimant que *“le principe qui permet à l'Etat de la nationalité dominante ou effective de présenter une réclamation à l'encontre d'un autre Etat de nationalité reflète l'état actuel du droit international coutumier”*<sup>1184</sup>. Si la règle classique de l'article 4 reste affirmée, on peut néanmoins y déroger facilement. Ainsi, l'article 7 du projet d'articles dispose que *“un Etat de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un autre Etat dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier Etat en question, tant au moment où le préjudice a été causé qu' à la date de la présentation officielle de la réclamation”*<sup>1185</sup>. Il codifie donc la possibilité reconnue d'affronter deux compétences étatiques concurrentes, en posant l'exigence de la nationalité "continuellement dominante"<sup>1186</sup>. Après avoir rappelé l'interdiction de principe de cette situation, cette disposition permet par dérogation de prendre en compte d'autres facteurs liant l'individu à l'Etat que celui de la nationalité, dont notamment celui de la résidence. En effet, en 2000, certains membres de la CDI soulignaient que *“le lieu de résidence créait donc avec l'Etat hôte un lien tout aussi effectif que la nationalité”*<sup>1187</sup>. Par conséquent, la règle

<sup>1184</sup> Rapport annuel de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 43. Telle était la position soutenue par J. Dugard dès son premier rapport, dans lequel il affirmait que *“le conflit entre les articles 4 et 5 de la Convention de La Haye de 1930 est souvent tranché en faveur de l'article 5 dans les cas impliquant un Etat de nationalité contre l'autre, pourvu que la nationalité dominante de l'intéressé soit celle de l'Etat demandeur”* : J. Dugard, “Premier rapport sur la protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 41, § 152.

<sup>1185</sup> *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

<sup>1186</sup> Le rapport de la CDI présente accidentellement deux versions du même article. En effet, à la liste des articles figurant à la p. 19, l'article 7 traite de "nationalité prédominante", tandis que lors des commentaires qui suivent, l'article 7 est formulé en termes de "nationalité prépondérante" (p. 39). Peut-on y voir là une erreur anecdotique qui illustre les difficultés d'identifier le terme adéquat ? Il s'agit probablement d'une confusion entre langue anglaise et française : la Commission précise en effet qu'elle a choisi de ne pas utiliser les termes issus de la jurisprudence Nottebohm, mais *“de leur préférer, en anglais, le terme "predominant" (prépondérant), ...”* : *ibid.*, p. 43. Les deux termes existent et sont synonymes en français. On peut surtout souligner le choix pertinent du terme dominant (ou prédominant) par rapport à celui d'effectif. En effet, le principe de la "nationalité effective" ne traduit pas suffisamment "l'élément de relativité" qui indique que l'individu possède un lien plus fort avec un Etat qu'avec un autre. Il ne s'agit pas, en réalité, de la nationalité effective, mais de la nationalité **la plus** effective.

<sup>1187</sup> Rapport annuel de la CDI, 2000, *op.cit.*, p. 144.

classique de la non-responsabilité de l'Etat envers ses propres nationaux est limitée dans la situation de nationalités multiples.

L'appréciation du lien d'allégeance révèle donc ici deux tendances qui peuvent être contradictoires, selon l'importance que l'on accorde à la protection de l'individu ou à celle de l'égalité souveraine. La prise en compte de l'effectivité de la nationalité peut ainsi conduire à envisager une condition de résidence : elle semble s'affirmer en opposition avec les règles originelles, qui protègent un étranger en raison, justement, de sa nationalité étrangère à celle de l'Etat dans lequel il réside. Poussé à l'extrême, ce raisonnement pourrait théoriquement conduire un Etat de résidence à engager la responsabilité d'un Etat de nationalité, en arguant de l'inexistence de tout lien effectif. Néanmoins, le principe de la nationalité dominante est quelque peu relativisé par l'application de la condition de continuité : la même nationalité doit être dominante, non seulement au jour du préjudice, mais également à celui de la présentation de la requête.

Le second cas constitue une franche dérogation à l'exigence d'un lien de nationalité : celle-ci est purement supprimée, et remplacée par une condition de résidence. Ainsi, l'article 8 du projet d'articles de codification, qui permet la protection de non-nationaux, est considéré comme participant du développement progressif plus que de la véritable codification du droit. Dans deux paragraphes distincts, il permet à l'Etat d'exercer sa protection sur les apatrides et les réfugiés, sous une condition commune : celle d'une "résidence légale et habituelle". Pour les apatrides, la règle classique affirmait que "*un Etat...n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité...*"<sup>1188</sup>. Or, depuis cette affirmation, le droit international protège tant les apatrides que les réfugiés, notamment par le biais de plusieurs conventions. Les débats ayant eu lieu à la CDI en 2000 montrent que l'extension de la protection diplomatique à des non-nationaux n'était pas acquise, malgré l'évolution du droit international. En effet, la pratique des Etats ne semble pas en accord avec la protection des non-nationaux. On a fait valoir que, par exemple, "*si les Etats en arrivaient à penser qu'accorder le statut de réfugié était le premier pas vers l'octroi de la nationalité, et que tout exercice de la protection diplomatique revenait en fait à déclarer à l'individu concerné que l'octroi du statut de réfugié entraînait celui de la nationalité, il y aurait là un facteur de nature à les dissuader d'accorder le statut de réfugié?*"<sup>1189</sup>. C'est pourquoi l'hypothèse de la protection est limitée par le lien de résidence, dont l'exigence a paru trop élevée à d'autres<sup>1190</sup>. En outre, l'exigence de continuité du lien entre l'Etat protecteur et l'individu protégé se retrouve dans cet article. Il ne s'agit plus, naturellement, de

<sup>1188</sup> Commission américano-mexicaine des réclamations, affaire *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*. Voir les commentaires dans le rapport de la CDI, 2004, pp. 44-45.

<sup>1189</sup> Rapport de la CDI, 2000, *op.cit.*, p. 153.

<sup>1190</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 47.

continuité de la nationalité, mais de celle de la résidence. Cette condition est alors baptisée "critère temporel".

De telles dérogations aux règles classiques ne sont pas anodines. Ces deux nouvelles situations concourent de façon marquante à reconnaître que, même par le biais d'une institution aussi classique que la protection diplomatique, la protection des droits individuels prime aujourd'hui sur celle de la souveraineté.

### ***B. Evolution de l'exigence d'un lien continu d'allégeance***

L'exigence, en tant que condition de recevabilité de l'action, de la continuité de la nationalité fait partie des règles classiques les plus contestées. Elle est en effet relativement paradoxale (1). Pour des raisons essentiellement politiques, elle a été conservée dans la version codifiée des règles contemporaines. Elle est néanmoins quelque peu assouplie (2).

#### 1. Règles classiques : le paradoxe logique de la règle de la continuité

La nationalité de l'individu lors du dommage crée le droit étatique à la protection de son ressortissant, et à la réparation de son préjudice propre. Cependant, l'on exige également que le particulier ait une nationalité identique au jour du dommage et au jour de la réclamation internationale. Ce principe dit de "continuité de la nationalité" est, non seulement contesté, mais également souligné en tant que limite de la fiction de la protection diplomatique.

Pour diverses raisons (naturalisation, mariage, succession d'Etat), un changement de nationalité peut intervenir après la commission du fait illicite international<sup>1191</sup>. Il entraîne alors, selon les règles classiques, l'irrecevabilité de la requête de son ancien Etat national, alors même que celui-ci est censé avoir subi un préjudice lors de la commission du fait illicite. La règle fut notamment affirmée par la sentence de Max Huber qui affirmait que "*c'est un principe bien établi de la jurisprudence internationale qu'une réclamation doit être nationale du point de vue de l'Etat demandeur dès l'origine jusqu'à sa présentation comme réclamation de droit international*"<sup>1192</sup>. Ainsi, le droit de l'Etat de demander réparation de son propre préjudice semble disparaître : cela confirme le fait que la réclamation est en réalité destinée à faire (aussi) valoir un droit individuel. Dès lors que le lien d'allégeance est rompu, l'endossement du litige individuel n'a plus de raison d'être. B. Stern expose ainsi les "incohérences" de cette exigence : elle remarque

---

<sup>1191</sup> On cite souvent l'affaire des veuves du Lusitania : les veuves de ressortissants américains tués pendant la première guerre mondiale ont obtenu la création d'une commission des réclamations germano-américaine instituée par le traité de Berlin en 1921. Or, n'ont été jugées recevables que les requêtes des veuves qui avaient conservé la nationalité américaine. Certaines d'entre elles s'étaient remariées et avaient changé de nationalité : la commission a alors refusé de recevoir leur réclamation.

<sup>1192</sup> Sentence Max Huber du 1<sup>er</sup> mai 1925, affaire Benchiton, *RSJ* vol. II, p. 706.

que “*en effet, si le préjudice subi par l'Etat résultait bien de la violation du droit international à l'égard de son ressortissant, tout changement de nationalité postérieur à cette violation ne devrait en rien affecter le droit de l'Etat de réclamer réparation de l'atteinte à son droit propre, qui est consommée au moment de la commission de l'acte illicite*”<sup>1193</sup>. G. Perrin soulignait également que si l'Etat faisait uniquement valoir son droit, “*c'est l'existence de la nationalité au moment de la violation de ce droit qui devrait être déterminante*”<sup>1194</sup>. Cependant, un paradoxe équivalent apparaît dans la théorie de ceux qui affirment la protection diplomatique comme droit individuel. En effet, les règles classiques interdisent au nouvel Etat de nationalité d'exercer sa protection pour des faits illicites qui ne l'ont pas touché à l'époque : cela implique qu'en l'absence d'atteinte au droit de l'Etat, la protection diplomatique ne peut non plus être exercée. Dans les deux conceptions, la règle de la continuité est illogique.

Sa principale justification est de nature politique : elle est destinée à éviter les pratiques abusives des individus qui pourraient, en changeant de nationalité, demander leur protection à plusieurs Etats. Cependant, il est probable qu'un tribunal pourrait lui opposer un défaut d'effectivité, comme ce fut le cas dans l'affaire *Nottebohm*. En outre, J. Dugard souligne qu'il est aujourd'hui peu vraisemblable qu'un Etat puissant, le plus à même d'exercer la protection diplomatique contre un autre Etat, octroie une nationalité de complaisance uniquement pour endosser une réclamation<sup>1195</sup>. Cette volonté politique de limiter le marchandage de la protection diplomatique révèle en réalité une double lutte, non seulement contre le changement de nationalité de l'individu, mais également contre le transfert du droit individuel violé à une autre personne privée, davantage susceptible d'obtenir une protection étatique. C'est ainsi que E. Wyler a mis en lumière l'existence de deux règles relatives à la continuité : il explique que “*le premier versant de la règle interdit à la personne lésée de changer de nationalité entre la date de survenance du préjudice et celle de la saisine du juge international. Quant au second versant, il lui fait obligation de prouver que le droit né en sa faveur n'a pas passé en mains étrangères entre ces mêmes dates*”<sup>1196</sup>. Le fait de réclamer la continuité de l'identité de la personne lésée (l'individu ne pouvant alors céder son droit, ce qui signifie qu'il est bien titulaire d'un droit) est également paradoxal : en quoi le changement du titulaire individuel du droit pourrait-il influencer sur le droit étatique ?

De plus, les exigences du droit positif sont confuses, quant à l'étendue de la continuité : les dates prises en compte doivent-elles être celles de la demande de protection de l'individu à l'Etat, s'il y en a une, ou bien celle de l'endossement du litige

<sup>1193</sup> Voir B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 99.

<sup>1194</sup> G. Perrin, “Réflexions sur la protection diplomatique”, in *Mélanges M. Bridel*, Imprimeries Réunies, Lausanne, 1968, p. 388.

<sup>1195</sup> J. Dugard, “Premier rapport sur la protection diplomatique”, additif, A/CN.4/506/Add.1, 20 avril 2000, p. 16.

<sup>1196</sup> E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Publications de l'IUHEI, Genève, PUF 1990, p. 1.

par l'Etat, ou encore celle de la présentation d'une requête judiciaire internationale ? Certains cas soulevés ont même exigé un lien de nationalité jusqu'à la date de la décision rendue par le tribunal, ce à quoi l'on peut répondre que *“il est évidemment impossible logiquement de vérifier l'existence d'une nationalité au moment où l'on rend le jugement qui, précisément, est censé trancher ce point”*<sup>1197</sup>. La règle généralement retenue semble être celle du dépôt de la requête auprès d'un juge international, ce qui confirme la nature contentieuse de cette règle de recevabilité. On peut également souligner que la formulation même de la règle, employant le terme de "continuité", est imprécise. En effet, le but recherché est d'établir un lien d'allégeance entre l'individu et l'Etat à deux moments précis : non seulement lors du dommage, mais également lors de l'endossement étatique de la réclamation. Entre-temps, un changement de nationalité, qui peut être temporaire, est-il véritablement interdit ? Il semble que non. Codifié à l'article 5 du projet de 2004, le principe est ainsi établi : *“un Etat est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité au moment où le préjudice a été causé et a cette nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation”*<sup>1198</sup>.

En résumé, la règle ne satisfait guère. D'un côté, elle limite considérablement le droit de l'individu à être protégé<sup>1199</sup> ; d'un autre côté, lorsqu'elle entraîne l'irrecevabilité de la requête, elle limite également le droit de l'Etat à protéger, ce qui incite à penser que c'est bien le droit individuel qui détermine largement l'exercice de l'action. Cela conduit notamment E. Wyler à soutenir que *“rien de solide ne saurait appuyer les prétendues exigences d'une continuité au sens strict, qui n'ont par ailleurs aucun caractère coutumier”*<sup>1200</sup>. Pourtant, le principe classique reste maintenu : les Etats y tiennent, comme le montre la pratique suisse, par exemple<sup>1201</sup>. Il est également retenu dans le projet de codification, malgré certains aménagements non négligeables.

## 2. Règles contemporaines : assouplissement de la continuité de la nationalité

Le rapporteur de la CDI affirmait pourtant, en 2000, que *“la règle traditionnelle de la continuité de la nationalité n'a plus de raison d'être. Elle n'a plus sa place dans un monde où les*

<sup>1197</sup> E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op.cit.*, p. 79.

<sup>1198</sup> Rapport annuel de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 18.

<sup>1199</sup> J. Dugard affirme ainsi que *“il n'est peut-être pas possible encore de qualifier la personne physique de sujet de droit international, mais ses droits fondamentaux sont aujourd'hui reconnus par le droit international conventionnel et par le droit international coutumier. Ni la règle de la nationalité ni la notion vattélienne qui donnent le droit à réparation uniquement à l'Etat de nationalité au moment du dommage, ne reconnaissent la place de la personne physique dans l'ordre juridique international contemporain”* : Premier rapport, additif, *op.cit.*, p. 15.

<sup>1200</sup> E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op.cit.*, p. 263.

<sup>1201</sup> L. Caflish, “Pratique suisse de la protection diplomatique”, *op.cit.*, notamment pp. 79-82. L'auteur explique que *“la pratique suisse demeure fermement attachée à la règle qui veut que cette nationalité ait existé, de façon ininterrompue, du moment où s'est produit l'acte illicite et dommageable jusqu'à celui de la présentation de la réclamation sur le plan international”* (p. 79). L'Etat suisse refuse en outre toute protection qui opposerait deux Etats dont l'individu détient les nationalités.

*droits des personnes physiques sont reconnus par le droit international ...*"<sup>1202</sup>. Cependant, il semble que les Etats y demeureraient trop attachés pour qu'elle soit totalement supprimée. Malgré les nombreuses critiques considérant que l'exigence d'une nationalité continue est inéquitable et illogique, la CDI a maintenu le principe. La codification reste conservatrice sur ce point, toujours justifiée par la crainte du "nationality shopping".

L'article 5 du projet d'articles retenu comporte trois affirmations. Le premier paragraphe pose le principe de l'identité de la nationalité à deux moments distincts : la personne privée lésée doit avoir la même nationalité au moment du préjudice qu'elle subit et au moment de la réclamation endossée par son Etat. La Commission a ainsi remarqué que "*la pratique des Etats et la doctrine n'indiquent pas clairement si le national doit conserver la nationalité de l'Etat qui fait la réclamation entre ces deux dates, en grande partie parce que le problème se pose rarement dans les faits*"<sup>1203</sup> : elle a donc choisi de permettre cette hypothèse.

Le second paragraphe, quant à lui, constitue un assouplissement, voire une dérogation, au principe établi. Ainsi, en cas d'acquisition régulière (au regard du droit international) d'une nouvelle nationalité, si l'ancienne est perdue, le nouvel Etat de nationalité peut exercer la protection diplomatique. Cela vient confirmer la thèse selon laquelle la protection diplomatique fait valoir un droit individuel. En 1973, B. Stern soulignait que, pour ceux qui soutenaient cette position, "*dès lors que l'individu change de nationalité, le préjudice de l'Etat n'existant que par référence au dommage qu'avait subi son ressortissant, disparaît du même coup : mais alors il serait logique d'admettre que le nouvel Etat, dont le particulier est devenu le ressortissant, puisse agir : or nous savons que telle n'est pas la solution adoptée par le droit positif*"<sup>1204</sup>. Il semble que la situation ait changé depuis. Or, cette nouvelle disposition implique des conséquences quant à l'identité de la victime du préjudice. Il est difficile de considérer que le nouvel Etat, en exerçant la protection, demande réparation d'un préjudice propre, qu'il n'a pas subi à l'époque du fait illicite. Il faut plutôt considérer que c'est le droit de l'individu à obtenir réparation qui est transmis au nouvel Etat. Ainsi, "*le fait que la réclamation suive l'individu à travers l'évolution de son statut, introduit un élément de souplesse qui fait une plus large place aux droits de l'intéressé tout en reconnaissant que l'Etat est probablement le protecteur le plus efficace de ces droits*"<sup>1205</sup>. A moins de considérer fictivement qu'il y a cession du préjudice juridique d'un Etat à l'autre, le titulaire du droit violé est bien l'individu.

<sup>1202</sup> J. Dugard, "Premier rapport sur la protection diplomatique", *op.cit.*, p. 16.

<sup>1203</sup> Rapport de la CDI, chapitre IV, "Protection diplomatique", 56<sup>ème</sup> session, Genève, 2004, A/59/10, p. 34.

<sup>1204</sup> Voir B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 100.

<sup>1205</sup> J. Dugard, "Premier rapport...", additif, p. 15.

Qu'advient-il alors du préjudice juridique de l'ancien Etat de nationalité ? S'il se superpose réellement au préjudice individuel, alors l'Etat d'origine devrait être autorisé à le faire valoir. En 2001, J. Dugard avait soutenu le droit de cet Etat de présenter une réclamation, même si la personne privée avait changé de nationalité <sup>1206</sup>. Cela conduisait C. Santulli à affirmer la “*pureté conceptuelle de l'institution*” (pourtant si contestable), puisque “*si la personne change de nationalité, le préjudice médiate disparaît, seule l'action pour le préjudice immédiat (moral ou juridique, suivant la conception retenue) reste possible*” <sup>1207</sup>. Accréditant la thèse du préjudice autonome de l'Etat, cette considération a pourtant été éliminée. Peut-être a-t-on considéré que ce principe était hors sujet par rapport à la protection diplomatique, s'agissant alors pour l'Etat de lancer une action directe contre l'Etat responsable, et non plus une action en *protection*. Encore faut-il qu'il puisse prouver qu'il a subi un préjudice direct. Ou alors, on peut considérer que le droit de l'Etat s'éteint simplement, et que son préjudice disparaît, pour autant qu'il ait existé de façon autonome.

Enfin, le dernier paragraphe de l'article 5 du projet constitue un compromis entre les deux principes opposés précédemment. En effet, il énonce que le changement de nationalité de l'individu ne doit, en aucun cas, conduire à opposer l'ancien et le nouvel Etat de nationalité dans une procédure de protection diplomatique.

Ainsi, que ce soit dans sa version classique ou moderne, la règle de la continuité de la nationalité laisse encore perplexe. La réalité se fait néanmoins de plus en plus présente, puisque le droit à réparation suit l'individu. Ce n'est plus tant le lien de nationalité qui justifie la protection, que la considération que la victime individuelle d'un fait illicite doit être protégée. L'absence de lien d'allégeance entre certaines personnes et l'Etat protecteur est remarquable. On semble alors ébaucher une tendance qui assimilerait nationaux et non-nationaux, dans un système qui vise avant tout à protéger l'individu. La ressemblance avec les droits de l'homme n'est pas si lointaine. Toutefois, l'assouplissement des conditions d'engagement de la procédure, si elle implique que davantage de personnes peuvent être protégées, n'entraîne pas un droit automatique à la protection : son octroi demeure, théoriquement et pour l'heure, une compétence discrétionnaire de l'Etat.

On peut néanmoins généralement affirmer que “*se produit un certain déplacement de terrain entre allégeance et non-allégeance ou allégeance partagée de la personne privée par rapport à l'Etat. Ce relâchement des liens entre la personne privée et l'Etat comporte des conséquences sur le rayonnement de la nationalité, institution qui dorénavant apparaît et disparaît de l'écran du droit*”

<sup>1206</sup> Ancien article 9 du projet, qui disposait notamment, dans son troisième paragraphe, que “*ni le changement de nationalité de la personne lésée, ni la cession de la réclamation au national d'un autre Etat n'affectent le droit qu'à l'Etat de nationalité d'origine de présenter une réclamation en son nom propre pour le préjudice qu'il a subi dans ses intérêts généraux du fait du dommage causé à la personne lésée quand cette personne avait encore sa nationalité*”.

<sup>1207</sup> C. Santulli, “*Travaux de la CDI*”, *AFDI* 2001, p. 375.

*international, soit parce que la personne privée agit par-delà des frontières étatiques indépendamment de sa nationalité (et même indépendamment du droit international qui lie l'Etat dont la personne est ressortissante), soit parce que le droit international lui accorde une protection autonome”* <sup>1208</sup>. Ainsi la pratique étatique, aux niveaux interne et international, semble davantage reconnaître l'existence des droits individuels dans l'exercice de la protection diplomatique.

---

<sup>1208</sup> E. Roucouas, “Facteurs privés et droit international public”, *RCADI* 2002, vol. 299, p. 85.

## ***Section II. Les règles contemporaines : l'association des droits étatiques et individuels, un pas vers la réalité***

La codification des règles de la protection diplomatique ainsi que la pratique internationale récente montrent une tendance favorable à l'individu. D'une part, les conditions d'engagement et d'exercice de la procédure ont été assouplies, afin de permettre d'élargir la catégorie des personnes protégées et les conditions de leur protection. D'autre part, les droits subjectifs de l'individu sont davantage reconnus : la CIJ elle-même a affirmé l'existence de ces droits dans une action en protection diplomatique, lors de l'affaire LaGrand. On peine encore à identifier précisément la nature des droits individuels impliqués dans la protection diplomatique, entre droits internes et droits internationaux, droits primaires et droits secondaires. Mais leur reconnaissance entraîne, semble-t-il, une évolution de la fonction de la protection diplomatique, davantage tournée vers la protection de ces droits de l'individu (I).

L'influence des droits de l'homme n'est pas étrangère à l'évolution du droit de la protection diplomatique. Ainsi, l'accroissement des normes internationales conférant des droits individuels produit des effets indéniables sur le mécanisme ; la présentation doctrinale actuelle de sa nature révèle bien des incertitudes, quant à la place exacte de l'individu dans cette action étatique. Le champ d'application de la protection diplomatique fait aujourd'hui l'objet d'appréciations contrastées, certains y voyant une extension, d'autres une restriction (II).

### **I. Evolution de la fonction de la protection diplomatique : la reconnaissance des droits individuels, entre règles primaires et secondaires**

Le choix de la CDI de ne codifier que les règles secondaires de la protection diplomatique s'explique, au regard des difficultés rencontrées lors de la codification de la responsabilité internationale. En effet, on sait à quel point il est difficile de distinguer le champ d'application des normes primaires et secondaires. R. Ago a consacré cinquante ans à tenter de résoudre la question, pour la responsabilité internationale. Cependant, on ne peut totalement supprimer la problématique de l'articulation entre les règles primaires et les règles secondaires, même si l'on considère que seules les secondes sont réellement pertinentes pour apprécier l'existence d'une capacité d'agir. Ainsi, l'affirmation par la doctrine de l'implication de droits individuels dans la protection diplomatique est fréquente. S'agit-il de droits substantiels ou de droits procéduraux? Pour les premiers, il faut alors souligner l'existence d'une différence entre protection consulaire et protection diplomatique (A). En outre, on peut se demander si, aujourd'hui, la protection diplomatique n'impliquerait pas tant des droits substantiels que des droits procéduraux individuels (B).

### A. Les droits individuels, de la protection consulaire à la protection diplomatique

On peut constater à plus d'un titre, en droit positif, une tendance à la reconnaissance d'un droit de l'individu à être protégé par son Etat (1). Cependant, ce droit révèle une certaine confusion entre ce que l'on nomme "protection consulaire" et la protection diplomatique (2).

#### 1. Reconnaissance interne et internationale d'un droit individuel à la protection

Bien que le droit à la protection diplomatique ait encore été affirmé par la CDI comme étant un droit étatique, on peut s'interroger sur la reconnaissance actuelle d'un droit de l'individu à être protégé par son Etat face à un Etat étranger : ce droit existe-t-il réellement ? Quelle est sa nature et son contenu ? Enfin, faut-il l'inclure dans le fonctionnement de la protection diplomatique, ou au contraire le considérer de façon indépendante ?

Trois contextes différents mènent, semble-t-il, à une véritable reconnaissance d'un droit individuel à la protection de son Etat. Dans un premier temps, le contexte constitutionnel des Etats évolue dans ce sens. En effet, de très nombreuses constitutions contiennent désormais la mention d'un droit de l'individu à être protégé par son Etat lorsqu'il se trouve à l'étranger<sup>1209</sup>. Cette évolution a alors incité le rapporteur de la CDI à proposer l'inclusion d'un article, constituant un développement plus que progressif du droit. Il a estimé que, dans certaines hypothèses, on pouvait affirmer l'obligation étatique d'exercer la protection<sup>1210</sup>. Son constat de départ est pourtant mesuré. Il remarque d'abord que *“on voit mal si et dans quelle mesure le droit interne de ces pays assure le respect de ces droits et si ceux-ci sont davantage qu'un simple droit d'accès aux fonctionnaires consulaires à l'étranger”*<sup>1211</sup>. Puis, après une rapide étude de la pratique étatique, il en déduit que *“en bref, il existe dans la pratique récente des Etats, les constitutions et la doctrine juridique, des signes favorables à l'idée que les Etats ont non seulement le droit mais aussi l'obligation légale de protéger leurs nationaux à l'étranger”*. Cependant, l'origine interne de ce droit (que le droit international ne garantirait donc pas) a conduit certains membres de la CDI à contester sa pertinence. Ils affirment que *“l'obligation constitutionnelle d'accorder la*

<sup>1209</sup> Pour la liste des dispositions constitutionnelles, voir J. Dugard, “Premier rapport sur la protection diplomatique”, *op.cit.*, pp. 24-26. L'auteur recense une trentaine de dispositions constitutionnelles, de pays de tous les continents, qui comportent une formule du type “les citoyens de l'Etat jouissent de la protection à l'étranger”. Les constitutions récentes des pays d'Europe de l'Est, notamment, ont ainsi adopté de telles dispositions. Voir J. Malenovski, “La pratique de la protection diplomatique dans les PECO, en République tchèque en particulier”, *op.cit.*, pp. 93-107 : l'auteur explique l'allergie des régimes autoritaires à toute protection de leurs ressortissants à l'étranger. Ainsi, la révolution constitutionnelle des années 1990 implique aussi l'assentiment à l'accès à une justice internationale pour les individus.

<sup>1210</sup> J. Dugard, “Premier rapport sur la protection diplomatique”. Voir *infra*, II : sa proposition a été rejetée, essentiellement en ce qu'elle faisait intervenir une référence au *jus cogens*.

<sup>1211</sup> *Ibid.*, p. 24.

*protection diplomatique aux nationaux n'avait pas d'incidence sur le droit international pour ce qui était de l'institution de la protection diplomatique*"<sup>1212</sup>. En outre, les Etats eux-mêmes qui confèrent ce droit constitutionnel le dissocient volontiers de la protection diplomatique, en le nommant "protection consulaire". Ainsi, la Suisse, attachée aux règles traditionnelles, soutient qu'il s'agit de deux procédures distinctes. Elle considère que la protection consulaire est bien un droit individuel, mais qui ne s'exerce qu'à l'intérieur de l'Etat étranger, tandis que la protection diplomatique est seule véritablement internationale. Par conséquent, *"les deux mécanismes sont bien différents, même s'il faut relever que l'octroi de la protection consulaire peut déboucher, ultérieurement, sur l'exercice de la protection diplomatique"*<sup>1213</sup>.

L'idée d'une protection diplomatique constitutionnellement garantie est ainsi relativement peu pertinente : la formulation vague des dispositions constitutionnelles ne permet guère, selon la doctrine, d'en déduire un droit individuel. Ainsi, J. Malenovski est loin d'être isolé, lorsqu'il déclare : *"je ne partage pas l'avis optimiste de certains selon lesquels le fait d'explicitier la protection des citoyens à l'étranger dans de nombreuses constitutions des PECO pourrait indiquer que l'accès à la protection diplomatique est de plus en plus conçu comme un droit du citoyen et son octroi, au moins dans certaines circonstances, comme une obligation imposée à l'Etat par le droit international. Il me paraît que cet ancrage constitutionnel ne reflète pas l'intention des constituants d'entériner précisément la protection diplomatique"*<sup>1214</sup>. Il constate que seuls deux Etats, parmi ceux dotés d'une règle constitutionnelle en la matière, construisent la protection comme un véritable droit du citoyen<sup>1215</sup>. Mais, pour ces Etats comme pour les autres, *"on ne peut guère déduire que le but des dispositions en question est d'assurer au citoyen justement le droit à la "protection diplomatique", et non simplement le droit à l'assistance consulaire en application de la Convention de Vienne sur les relations consulaires"*<sup>1216</sup>. Quoiqu'il en soit, il n'en reste pas moins que l'idée d'un droit à la protection consulaire est déjà un progrès en soi. On peut se remémorer les débats, déjà

<sup>1212</sup> Rapport de la CDI, 2000, *op.cit.*, p. 132.

<sup>1213</sup> L. Caflish, "Pratique suisse de la protection diplomatique", *op.cit.*, p. 77.

<sup>1214</sup> J. Malenovski, "La pratique de la protection diplomatique dans les PECO, en République tchèque en particulier", *op.cit.*, p. 98.

<sup>1215</sup> Il s'agit de l'article 69.3 de la Constitution hongroise, dont la version anglaise dispose que *"All hungarian citizens are entitled to enjoy the protection of the Republic of Hungary while legally residing or staying abroad"*, et de l'article 36 de la Constitution polonaise : *"le citoyen polonais en séjour à l'étranger a le droit de bénéficier de l'assistance de la République de Pologne"*.

<sup>1216</sup> J. Malenovski, "La pratique de la protection diplomatique dans les PECO, en République tchèque en particulier", *op.cit.*, p. 98.

étudiés, autour de ladite convention lors de l'affaire Bouilliez de 1993, devant le Conseil d'Etat français <sup>1217</sup>.

Un second contexte permet de considérer ce droit, non seulement comme d'origine interne, mais également comme étant consacré au niveau international. Ainsi, la construction du concept de citoyenneté européenne, depuis le traité de Maastricht, est significative de cette avancée. En effet, l'article 20 de ce traité dispose que *“tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un Etat tiers, où l'Etat membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout Etat membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet Etat”* <sup>1218</sup>. On peut considérer qu'il s'agit d'une règle contraire au droit classique de la protection diplomatique, en ce que celle-ci peut être exercée indépendamment d'un lien strict de nationalité, remplacé par le lien de citoyenneté. Cette nouvelle règle semble alors, non seulement confirmer l'atténuation du lien de nationalité dont la codification a pris acte, mais également énoncer un droit d'être protégé. Cependant, là encore, il faut se demander si la protection ainsi prévue entre réellement dans le cadre de l'institution de la protection diplomatique. En effet, une décision du Conseil européen de 1995 précise les éléments qu'il convient d'inclure dans ce droit individuel à protection <sup>1219</sup>. Il s'agit alors d'une assistance en cas de décès, d'accident, de maladie grave ; le rapatriement sanitaire y est inclus. De plus, la protection est apportée en cas d'arrestation, de détention, ou de violences. Cela ressemble donc plus au droit à une "assistance consulaire" que d'un droit à réclamation en cas de violation d'un droit subjectif international. Cependant, la mention de la protection en cas de violences, d'arrestation ou de détention peut éventuellement impliquer une procédure de protection diplomatique, au sens

---

<sup>1217</sup> Voir note G. Burdeau sous l'arrêt Bouilliez, *AJDA* 1993, pp. 364-369. En acceptant de contrôler une décision implicite de refus de protection consulaire, le Conseil d'Etat aurait dissocié celle-ci du régime de la protection diplomatique, toujours considérée comme un acte de gouvernement. Il reconnaît néanmoins un droit conventionnel à la protection consulaire. G. Burdeau s'interroge sur la possibilité future de considérer qu'en cas d'échec de la protection consulaire, l'Etat a obligation d'exercer alors la protection diplomatique. Elle conclut que *“c'est sans doute beaucoup s'avancer que de l'imaginer, mais dès lors que l'invocation des accords internationaux se banalise et que le droit des particuliers d'en obtenir le respect devant le juge se développe, il faut prévoir que la combinaison de plusieurs conventions internationales se profile à l'horizon, avec des conséquences qui pourraient parfois être imprévues”* (p. 369).

<sup>1218</sup> Cette disposition est reprise par l'article 46 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000, qui figure désormais dans la Constitution européenne.

<sup>1219</sup> Décision des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, 19 décembre 1995, concernant la protection des citoyens de l'Union européenne par les représentations diplomatiques et consulaires : disponible sur [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

contentieux du terme <sup>1220</sup>. Il semble donc, là encore, (co)exister deux types de protection que l'Etat peut octroyer à l'individu.

Enfin, c'est la jurisprudence internationale qui, récemment, a considéré que l'individu détenait des droits subjectifs internationaux en la matière. La CIJ tout comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) ont utilisé la Convention de Vienne sur les relations consulaires pour trancher en ce sens. Traditionnellement considérée comme appartenant à un domaine strictement interétatique, cette convention est interprétée aujourd'hui comme, non seulement conférant des droits aux Etats, mais également aux individus. Les faits qui ont conduit aux décisions *Breard*, *LaGrand* et *Avena* sont trop célèbres pour qu'on les rappelle en détails <sup>1221</sup>. Il s'agissait de ressortissants étrangers arrêtés et condamnés à mort aux Etats-Unis, sans avoir été informés de la possibilité d'être assistés par leurs autorités consulaires. Le Paraguay, puis l'Allemagne et le Mexique, ont poursuivi les Etats-Unis, en invoquant l'article 36.1 de la Convention de 1963, relatif à la liberté de communication entre l'individu et ses autorités consulaires. En effet, le protocole de cette convention permettait d'attirer les Etats-Unis devant la CIJ, malgré le retrait de leur clause facultative de juridiction obligatoire <sup>1222</sup>. Dans les deux affaires, la CIJ a reconnu que la Convention ne conférait pas seulement des droits aux Etats, mais également aux particuliers. On peut ainsi

---

<sup>1220</sup> Cependant, l'explication de la décision par les autorités de l'Union tente de limiter cette considération : concrètement, en cas de détention, les autorités diplomatiques disponibles s'assureront que le détenu comprend ses droits au regard de la législation locale, sait comment solliciter une représentation en justice ou l'aide judiciaire. Elles peuvent également transmettre les demandes de grâce et de libération anticipée. Néanmoins, il est précisé que l'individu ne peut attendre ni assistance juridique ni participation de l'Etat européen à la procédure judiciaire. Voir "Protection consulaire pour les citoyens de l'UE", explication de la décision de 1995, [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

<sup>1221</sup> CIJ, *LaGrand*, Allemagne c. Etats-Unis, ordonnance du 3 mars 1999, arrêt du 27 juin 2001. Voir chronique de H. Ruiz Fabri et J.M. Sorel, *JDI* 2001, pp. 843-858. Egalement chronique P. Weckel, *RGDIP* 2001, p. 763.

CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. Etats-Unis, ordonnance du 5 février 2003 et arrêt du 31 mars 2004. Voir chronique P. Weckel, *RGDIP* 2004-3, pp. 731-742.

<sup>1222</sup> Clause retirée en 1986 suite à la condamnation des Etats-Unis pour leur ingérence au Nicaragua. On connaît l'allergie développée par les Etats-Unis à l'encontre de la CIJ, voire même du droit international en général. Le dernier épisode en date est le retrait annoncé des Etats-Unis du protocole de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Les Etats-Unis considèrent que la CIJ est allée trop loin dans l'affaire *Avena* : l'obligation qui leur est imposée de réviser les procès des mexicains condamnés à mort outrepassent, selon eux, les compétences de la Cour, et porte une atteinte intolérable à leur souveraineté. Si ce retrait est confirmé, la CIJ ne pourra désormais plus recevoir les requêtes émises à l'encontre des Etats-Unis sur le fondement de la Convention de Vienne. On ne peut que déplorer cette attitude qui, après les rejets du statut de la Cour pénale internationale et du Protocole de Kyoto, incite à se demander si le droit international fait encore partie de l'ordre juridique américain, et pour combien de temps.

rappeler brièvement la solution retenue par la Cour dans l'affaire LaGrand<sup>1223</sup>. Elle conclut très clairement sur le fait qu'en n'informant pas les ressortissants lors de leur arrestation, et en ne permettant pas la révision du verdict de culpabilité, “*les Etats-Unis d'Amérique ont violé les obligations dont ils étaient tenus envers la République fédérale d'Allemagne et envers les frères LaGrand en vertu du paragraphe 1 [et du § 2] de l'article 36*”. Parallèlement, pendant l'affaire LaGrand, le Mexique avait saisi la CIDH, qui a rendu un important avis No. 16 reconnaissant également le droit subjectif à l'information sur l'assistance consulaire<sup>1224</sup>.

Le rapport entre ce droit à la protection (ou à l'assistance) consulaire, et le droit (ou le non-droit) à l'exercice de la protection diplomatique, doit alors être expliqué.

## 2. Protection consulaire et protection diplomatique : problèmes d'identification

L'examen des différentes définitions proposées de la protection diplomatique révèle des conceptions plus ou moins contentieuses de l'institution, faisant état de la distinction entre deux actions, l'une de nature diplomatique, l'autre de nature "judiciaire". La première pourrait intervenir de façon préventive, avant la commission d'un fait internationalement illicite, et serait destinée à prêter une assistance "technique" aux ressortissants en difficulté. La seconde consisterait seule réellement en une réclamation internationale destinée à engager la responsabilité internationale de

<sup>1223</sup> “§ 77. La Cour constate que l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 énonce les obligations que l'Etat de résidence a vis-à-vis d'une personne détenue et de l'Etat d'envoi. Il dispose qu'à la demande de la personne mise en détention, l'Etat de résidence doit informer «sans retard» le poste consulaire de l'Etat d'envoi de la détention de l'individu. Il dispose en outre que toute communication par la personne détenue adressée au poste consulaire de l'Etat d'envoi doit lui être transmise par les autorités de l'Etat de résidence «sans retard». Il est significatif que cet alinéa se termine par la disposition suivante : lesdites autorités «doivent sans retard informer l'intéressé de *ses droits* aux termes du présent alinéa» (les italiques sont de la Cour). En outre, en vertu de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36, le droit de l'Etat d'envoi de prêter son assistance consulaire à la personne en détention ne peut s'exercer si celle-ci «s'y oppose expressément». La clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer. (...). Compte tenu du libellé de ces dispositions, la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité. En l'espèce, ces droits ont été violés. (...).

§ 89. La Cour ne saurait retenir l'argument des Etats-Unis qui repose en partie sur l'hypothèse que le paragraphe 2 de l'article 36 ne s'applique qu'aux droits de l'Etat d'envoi et non à ceux de la personne mise en détention. La Cour a déjà établi que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels pour les personnes détenues, en sus des droits accordés à l'Etat d'envoi, et que, par voie de conséquence, les «droits» visés au paragraphe 2 désignent non seulement les droits de l'Etat d'envoi, mais aussi ceux des personnes détenues (voir paragraphe 77 ci-dessus)”.  
<sup>1224</sup> Avis no. 16 du 1<sup>er</sup> octobre 1999 : voir chronique P. Weckel, *RGDIP* 2000, pp. 788-796. La CIDH opère un raisonnement qui va beaucoup plus loin que celui de la CIJ, sur la nature de ce droit : si la CIJ a reconnu qu'il s'agissait d'un droit subjectif individuel, elle a néanmoins refusé d'entrer dans le débat relatif aux droits de l'homme. En revanche, la CIDH a qualifié le droit à l'assistance consulaire comme étant une partie intégrante du droit à un procès équitable, et donc comme droit de l'homme. Pour les rapports entre protection diplomatique et droits de l'homme, voir *infra*, II.

l'Etat d'accueil. Pour les partisans d'une conception large, le concept de protection diplomatique intègre les deux, tout en variant selon la finalité et le moment de l'action. Au contraire, pour les partisans d'une conception plus restreinte, la protection diplomatique n'est que la procédure destinée à réparer un dommage causé par la violation d'une obligation internationale.

Le Dictionnaire Basdevant distingue assez curieusement deux définitions, l'une portant sur la "protection des nationaux à l'étranger", l'autre sur la "protection diplomatique". La première est toute "*action d'un gouvernement qui, par ses agents diplomatiques ou éventuellement par voie judiciaire internationale, s'efforce d'obtenir, à l'égard de ses ressortissants, le respect du droit international par un autre Etat, la réparation des dommages causés en violation de ce droit, ou, éventuellement, certains avantages à leur profit*"<sup>1225</sup>. Cette définition fait état des deux moyens de protection soulignés, diplomatique et judiciaire. Plusieurs finalités de l'action sont également citées : or, l'obtention d'un simple avantage et la réparation d'un droit subjectif sont deux choses distinctes. La seconde définition est proche de la première, mais ne distingue pas les deux voies (diplomatique ou judiciaire), considérant uniquement l'action de "réclamer". Elle présente la protection diplomatique comme une "*action d'un Gouvernement auprès d'un Gouvernement étranger pour réclamer à l'égard de ses nationaux ou, exceptionnellement, de certaines autres personnes, le respect du droit international ou pour obtenir certains avantages à leur profit*"<sup>1226</sup>. Si seule l'action de réclamer est citée ici (et non simplement l'effort d'obtenir), en revanche la mention de la violation d'un droit est absente. On retrouve par ailleurs la notion peu juridique "d'avantage". En outre, dans les deux cas, l'*obiter dictum* de l'affaire Mavrommatis est cité. On saisit mal la distinction, car l'action judiciaire évoquée dans la "protection des nationaux" n'est-elle pas justement la protection diplomatique ? En outre, ni l'une ni l'autre ne sont la "protection consulaire" car celle-ci est également définie<sup>1227</sup>. Ainsi, de ces deux définitions, on peut retenir la confusion entre des actions de l'Etat de nationalité qui interviennent à des moments différents et ne sont pas nécessairement toutes liées à la théorie de la responsabilité internationale.

Une tendance plus courante consiste aujourd'hui à opposer les expressions de protection diplomatique et protection consulaire. La première serait une "*intervention formelle, fondée sur le droit international et destinée à mettre en œuvre les règles relatives à la responsabilité internationale*". La seconde consisterait en "*l'assistance prêtée à des personnes physiques ou morales à l'étranger qui sont confrontées à des difficultés sur le plan du droit interne d'un*

<sup>1225</sup> Dictionnaire Basdevant, *op.cit.*, p. 484. C'est nous qui soulignons.

<sup>1226</sup> *Ibid.*, p. 485. Par ailleurs, elle étend la protection, exceptionnellement, à "certaines autres personnes".

<sup>1227</sup> C'est "*l'action d'un consul auprès des autorités de sa circonscription, en vue d'obtenir d'elles, pour ses nationaux ou l'un d'entre eux, le respect de leurs droits, spécialement des droits que leur assurent les traités, ou, éventuellement, certains avantages à leur profit*". Dictionnaire Basdevant, *op.cit.*, p. 484.

*Etat étranger*”<sup>1228</sup>. Dès lors, cette dernière comporte une dimension nettement moins contentieuse : le droit d'action de l'Etat, exercé "au bénéfice" de ses ressortissants, n'est pas nécessairement exercé "contre" l'autre Etat, compte tenu de l'absence possible de toute violation du droit international par ce dernier. Le dictionnaire Salmon expose également cette ambivalence entre une version restreinte et une version élargie de l'institution, en donnant deux définitions de la protection diplomatique. Dans la première, on peut constater l'apparition marquante du fait internationalement illicite, absent de la définition de 1960. En effet, la protection diplomatique est d'abord définie comme le “*droit pour un Etat de présenter une réclamation internationale à l'encontre d'un autre Etat (ou d'une organisation internationale) lorsque l'un de ses ressortissants a été victime d'un fait internationalement illicite de la part de ce dernier*”<sup>1229</sup>. Ici, le champ de l'action est nettement délimité : il ne peut s'agir que de l'engagement de la responsabilité internationale à raison d'un dommage causé par un fait internationalement illicite. Par ailleurs, le Dictionnaire présente un “*sens élargi quant à la nature de la protection : droit d'une mission diplomatique d'intervenir auprès de l'Etat accréditaire en faveur des droits ou intérêts d'un ou de l'ensemble de ses ressortissants se trouvant sur le territoire de ce dernier*”<sup>1230</sup>. Expliquant que la protection diplomatique, dans ce cas, possède la même fonction que la protection consulaire, un renvoi est effectué à la définition de celle-ci. On y trouve alors que “*à la différence de la protection diplomatique dans un sens général, la protection consulaire n'exige pas obligatoirement l'existence au préalable d'un fait internationalement illicite, encore moins l'épuisement des recours internes*”<sup>1231</sup>. Elle est notamment encadrée par l'article 5 de la Convention de Vienne de 1963, dont on a constaté l'applicabilité directe en droit interne<sup>1232</sup>.

Faut-il inclure les deux versions dans l'institution actuellement codifiée ? Les auteurs sont encore très divisés. Ainsi, certains, comme L. Condorelli, considèrent que des actions étiquetées dans des catégories différentes répondent pourtant à la même logique et poursuivent les mêmes finalités. Développant une conception des plus

<sup>1228</sup> La distinction est celle du département des affaires étrangères suisse, dans une note du 10 novembre 1997. Voir L. Caflish, “Pratique suisse de la protection diplomatique”, in J. F. Flauss (sous la dir. de), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 77.

<sup>1229</sup> Dictionnaire Salmon, *op.cit.*, p. 904. Il n'est pas utile de s'attarder, à ce stade de l'étude, sur la mention de l'organisation internationale. Cependant, elle mérite d'être relevée, en ce que le contentieux impliquant un rapport entre les personnes privées et les organisations internationales est beaucoup plus rarement envisagé. Voir C. Dominicé, “Observations sur le contentieux des organisations internationales avec les personnes privées”, *AFDI* 1999, pp. 623-648. Le projet de codification de la CDI, quant à lui, a totalement exclu l'organisation internationale, tant par rapport à sa protection fonctionnelle, que dans l'hypothèse d'un recours exercé contre elle.

<sup>1230</sup> Dictionnaire Salmon, *op.cit.*, p. 904.

<sup>1231</sup> *Ibid.*, p. 901.

<sup>1232</sup> Le juge administratif a reconnu l'effet direct de la disposition, conférant ainsi un droit subjectif à l'individu, par l'arrêt Bouilliez de 1993. Par ailleurs, ladite convention a fait, et fait encore, couler beaucoup d'encre internationaliste depuis les affaires Breard et LaGrand tranchées par la CIJ : voir *infra*, Section II, II.

extensives, l'auteur affirme notamment qu'«*on ne voit absolument pas pourquoi les "démarches" des Etats, pourtant fréquentes, qui visent à prévenir les faits illicites dont leurs ressortissants risquent d'être les victimes à l'étranger, ne seraient pas englobées à plein titre dans une notion large de protection diplomatique, tout comme les mesures de réaction contre des faits illicites déjà réalisés*»<sup>1233</sup>. Il préfère donc l'expression "protection diplomatique préventive" à celle de protection consulaire. En revanche, d'autres auteurs, tout en prenant acte de la distinction, optent pour une définition plus stricte. Ainsi, J. Chappé, parmi d'autres, considère l'«*action par laquelle un Etat décide de prendre à son compte la réclamation d'un de ses nationaux contre un autre Etat et de porter le différend sur le plan international et plus spécialement devant une juridiction internationale*»<sup>1234</sup>. L'accent est donc mis essentiellement sur les actions juridictionnelles. Se pose ainsi un second problème d'identification : au-delà de la distinction entre protection consulaire et protection diplomatique, si l'on ne retient que la définition restreinte, il faut encore délimiter ses contours. En effet, une fois la protection diplomatique circonscrite aux actions postérieures à un fait illicite international, l'action n'est pas obligatoirement contentieuse : on retrouve ici l'ambiguïté déjà soulignée de la capacité processuelle, qui fait écho à la définition de la responsabilité internationale. Sa mise en œuvre ne nécessite pas forcément l'intervention d'une juridiction, et bien d'autres moyens de régler (pacifiquement) le différend existent.

C'est pourquoi le projet de la CDI sur la protection diplomatique codifie, quant à lui, l'action processuelle : il mentionne les moyens de règlement pacifique des différends, le préjudice et le fait internationalement illicite, dès le premier article<sup>1235</sup>. La conception la plus large de certains auteurs est donc rejetée ; c'est là une attitude logique, puisque le projet doit être compris en lien avec le texte sur la responsabilité internationale de l'Etat. Cependant, l'action processuelle ne possède pas un caractère purement juridictionnel, puisque de "l'action judiciaire", on passe aux autres moyens de règlement pacifique des différends.

Que peut-on déduire de ces différentes évolutions pour le statut international de l'individu ? Quelles en sont les conséquences sur la capacité d'agir de l'individu ? Il y a

<sup>1233</sup> L. Condorelli, "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique", in J. F. Flauss (sous la dir. de), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales, op.cit.*, p. 7. Partant, face à cette catégorie quelque peu "fourre-tout", il semble considérer que les actions dans lesquelles ne sont pas impliquées les conditions traditionnelles de recevabilité (développées *infra*) sont autant d'exceptions au régime général. Ainsi, le recours étatique au mécanisme de règlement des différends de l'OMC est, selon l'auteur, tout à fait susceptible d'être une action en protection diplomatique. Dès lors, il ne peut que conclure sur les beaux jours à venir de l'institution (p. 28). S'il est vrai que certains recours masquent mal les intérêts de sociétés privées, les conditions d'engagement et d'exercice des actions sont cependant loin de correspondre au fonctionnement de la protection diplomatique.

<sup>1234</sup> J. Chappé, "Protection diplomatique", *Jurisclasseur Droit international*, volume 4, 1999, fascicule 250, p. 3.

<sup>1235</sup> Voir *supra*, note 1112, p. 459.

aujourd'hui, dans l'action en protection diplomatique, une association certaine des droits étatiques et des droits individuels. Ainsi, la création de droits subjectifs individuels, par l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963, est prise comme fondement pour justifier la protection diplomatique de l'Allemagne pour les frères LaGrand. Doit-on alors considérer que le droit consulaire est un droit subjectif issu d'une norme primaire, tandis que la protection diplomatique appartiendrait au domaine des normes secondaires ? N'est-ce pas une distinction trop radicale entre le droit juridiquement protégé dans la protection diplomatique, et le droit secondaire à l'action ? Dans quelle mesure l'identification de ces nouveaux droits individuels entraîne-t-elle des conséquences sur la capacité d'agir internationale de l'individu ? N'est-on en présence que de normes primaires qui confèrent un droit substantiel aux particuliers, ou également de normes secondaires, qui aménagent les conditions procédurales dans lesquelles il peut faire valoir les premiers ?

Le droit positif commence à reconnaître que la protection diplomatique fait valoir non seulement un droit étatique au respect de la légalité internationale, mais également des droits subjectifs individuels. Comme le remarque P.M. Dupuy, “...*le fait illicite correspond à la violation du Droit et d'un droit*”<sup>1236</sup> : par extension, on pourrait considérer qu'il y a violation du Droit objectif, dont le respect est réclamé par un Etat membre de la communauté internationale (non nécessairement l'Etat de nationalité), et d'un droit subjectif individuel. Ce dernier peut être issu de la norme (primaire) du standard minimum (violation d'un droit de propriété par une expropriation sans indemnisation, par exemple). Le fait illicite peut également porter atteinte au droit à l'assistance consulaire, alors conçu comme droit subjectif créé par une norme primaire. L'individu peut alors, théoriquement, réclamer respect et réparation de son droit subjectif devant les tribunaux de l'Etat auteur du fait ; il peut aussi demander l'exercice de la protection diplomatique par son Etat.

Le problème est ici de savoir si la violation du droit subjectif, substantiel, déclenche des droits secondaires internationaux, à réclamation et à réparation, dont l'individu serait titulaire. Le processus est complexe, qui mène jusqu'à la mise en œuvre de la responsabilité : chronologiquement, il peut impliquer d'abord une obligation étatique, créant parallèlement un droit individuel matériel issu d'une norme primaire, puis un fait illicite dommageable, puis déboucher sur l'exercice d'un droit processuel issu d'une norme secondaire, qui implique droit à réclamation et à réparation. Dans le fonctionnement de la protection diplomatique, on peut constater une dissociation apparente entre le destinataire (individuel) des règles primaires, et le destinataire (étatique) des règles secondaires. Cependant, elle est loin d'être aussi radicale.

<sup>1236</sup> P.M. Dupuy, “Responsabilité et légalité”, in *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, SFDI, Pedone, Paris, 1991, p. 278. Voir également P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, 2004, p. 492.

Comment ne pas reconnaître l'association des droits de l'Etat et de l'individu au niveau procédural ?

### ***B. Les droits procéduraux individuels dans la protection diplomatique***

L'individu possède-t-il aujourd'hui un droit à l'octroi de protection diplomatique ? Le pouvoir discrétionnaire de l'Etat en la matière semble en effet être davantage encadré (1). Par ailleurs, la réparation de la violation de son droit subjectif est-elle due à l'individu ? Les débats doctrinaux sur ce point, déjà anciens, sont loin d'être clos (2).

1. Un droit de demander l'octroi de la protection diplomatique : vers un contrôle de légalité des décisions d'octroi et de refus

On a déjà souligné, à titre historique, l'usage arbitraire de la protection diplomatique dans les relations interétatiques. Or, la contestation de l'utilisation de la procédure intervient aussi dans les rapports entre l'Etat protecteur et ses ressortissants. En effet, le pouvoir discrétionnaire de l'Etat s'oppose à l'impuissance de l'individu. L'accord, aussi bien que le refus de la protection est toujours fonction de considérations hautement politiques. Le fait est encore récemment souligné par L. Ferrari Bravo<sup>1237</sup> : il évoque ainsi une affaire relative aux disparitions de personne en Argentine, dans laquelle le gouvernement italien aurait souhaité intervenir diplomatiquement, comme il l'a fait au Chili. Or, c'est le refus de la communauté des ressortissants italiens vivant en Argentine qui l'a empêché d'agir<sup>1238</sup>. Ici, le non-déclenchement même de la procédure a été déterminé politiquement (mais non juridiquement) par un comportement individuel. A l'inverse, l'auteur cite une affaire relative à l'expropriation de ressortissants italiens en Libye : *“ici les possibilités de protection diplomatique contre l'expropriation des italiens en Libye ont été mises au deuxième plan vis-à-vis de l'intérêt de l'Etat à garder certaines concessions pétrolières. Encore une fois donc réapparaît la vérité profonde de l'idée que l'Etat agit pour ses propres intérêts et non pas pour l'intérêt des individus”*<sup>1239</sup>.

Faire du déclenchement de la procédure un droit individuel est hors de propos de la *lex lata*. Le droit positif, interne comme international, interdit aux individus

---

<sup>1237</sup> L. Ferrari Bravo, “La pratique italienne de la protection diplomatique”, p. 87-92 : l'article est plus pragmatique, voire anecdotique, que juridique. Il s'attache notamment à faire partager son expérience personnelle des affaires de protection diplomatique auxquelles il a été confronté en tant que juriste de gouvernement italien.

<sup>1238</sup> Une possibilité est envisagée quant à d'éventuelles conséquences pénales internes de cette non-intervention : *“maintenant, devant le tribunal de Rome, certains aspects concernant la non-intervention de l'Etat italien (je le répète, elle était provoquée par l'attitude de refus de la communauté italienne en Argentine) sont soumis à un scrutin pour voir si l'ambassadeur ou les autorités locales ont violé le droit pénal italien dans le cas d'espèce”* : *Ibid.*, p. 90. Dans l'affaire libyenne, l'Etat italien a également réglé le litige au niveau interne, par le biais d'une loi d'indemnisation des individus concernés.

<sup>1239</sup> *Ibid.*, pp. 87-88.

d'exiger l'exercice de la protection diplomatique. Cela ne signifie pas que la décision de l'Etat ne doive pas être contrôlée. Une contestation doctrinale majeure se développe, qui tend à souligner l'association d'un droit étatique et d'un droit individuel en la matière. Ainsi, “*même si la protection diplomatique conserve le caractère d'un "pouvoir discrétionnaire de l'Etat", il s'est avéré que, dans un Etat de droit démocratique, il est très souhaitable que les limites et les conditions d'exercice de la protection diplomatique, ainsi que ses aspects de procédure soient fixés dans le droit interne qui devrait assurer au moins un accès égal des ressortissants à la protection diplomatique (et, évidemment, pas un droit automatique à l'octroi de la protection diplomatique) et définir les compétences de différents organes de l'Etat quant au pouvoir décisionnel en matière de la protection diplomatique. L'absence de telles règles de droit interne ne constitue naturellement pas une violation du droit international, néanmoins elle réduit la sécurité juridique et la confiance de la population dans l'Etat...*”<sup>1240</sup>. La question d'un droit subjectif individuel à la protection de son Etat, conféré par les droits internes, est posée de façon récurrente. Or, le droit positif semble se développer.

Encadrer au niveau interne les conditions d'octroi et de refus de la protection possède un intérêt certain, non seulement pour les individus, mais également pour les Etats. Ainsi, contrôler (sans nécessairement limiter) le pouvoir étatique d'octroi en la matière aurait comme conséquence probable une limitation du "nationality shopping" des individus, tant craint par les Etats. Considérée comme une manœuvre individuelle, cette pratique est également imputable aux Etats peu scrupuleux en la matière. Les soupçons portés sur la naturalisation probablement frauduleuse de M. Nottebohm l'avaient souligné. L'intérêt économique de l'Etat à endosser la réclamation d'une riche société qui lui est *a priori* étrangère à l'origine, par exemple, ne devrait-il pas être contrôlé ? A l'inverse, un certain degré de contrôle des refus de protection renforcerait la sécurité juridique interne. Celui-ci n'est pas exclu, au demeurant. Ainsi, en droit administratif français, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration n'a jamais empêché le juge d'effectuer un contrôle minimum des décisions. Il se traduit au mieux par une vérification de l'erreur manifeste d'appréciation. En pratique, un contrôle minimum du juge déboucherait très certainement sur un rejet au fond de la plupart des réclamations. Il est possible de constater l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, dès lors que l'octroi de la protection diplomatique risque de porter préjudice aux relations bilatérales de l'Etat<sup>1241</sup>. Cependant, la possibilité d'engager la

<sup>1240</sup> J. Malenovski, “La pratique de la protection diplomatique dans les PECO, en République tchèque en particulier”, in J. F. Flauss (sous la dir. de), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, *op.cit.*, p. 107.

<sup>1241</sup> La plupart du temps, c'est déjà la pratique des gouvernements. Ainsi, pour le cas espagnol, voir J. Pastor Ridruejo, “La pratique espagnole de la protection diplomatique”, *op.cit.*, pp. 109-113. Un contrôle du juge existe sur les conséquences préjudiciables d'un refus d'octroi de la protection diplomatique (voir notamment p. 111).

responsabilité interne de l'Etat pour atteinte au principe d'égalité des citoyens peut entraîner une indemnisation interne <sup>1242</sup>.

Or, ce contrôle existe déjà dans plusieurs Etats, dont l'Espagne et l'Allemagne. Ainsi, la doctrine allemande, comme une certaine pratique jurisprudentielle, incite à l'application d'un tel contrôle interne : “dans la doctrine allemande, il y a des voix qui veulent – à l'exemple de la France – appliquer les règles d'égalité devant les charges publiques pour établir une responsabilité politique, ce qui ne présupposerait pas un droit subjectif, mais seulement une violation illicite et un manquement à un devoir public envers un tiers” <sup>1243</sup>. Cela rappelle que la distinction que l'on connaît en droit administratif français : d'un côté, le recours pour excès de pouvoir est considéré (quelque peu artificiellement) comme faisant valoir un droit objectif et général au respect de la légalité et non un droit subjectif individuel. De l'autre côté, le recours en responsabilité (ou de pleine juridiction) permet de faire sanctionner la violation d'un droit subjectif individuel, et de mettre en œuvre un droit à réparation. Ainsi, se placer sur le terrain de la responsabilité interne de l'Etat en matière de refus de protection diplomatique, c'est indéniablement reconnaître un droit subjectif de l'individu. Il s'agit alors d'un droit à un égal accès des citoyens à la protection diplomatique (ou "extérieure"), déclinaison du principe général d'égalité des citoyens devant la loi. En Allemagne comme en Espagne, le contrôle des juridictions, notamment de la Cour constitutionnelle, est permis par l'existence d'une disposition constitutionnelle relative au droit à la protection des citoyens à l'étranger. Les cours ont, la plupart du temps, rejeté les recours, pour non-violation des droits des ressortissants à la "protection extérieure", mais non pour irrecevabilité de la requête <sup>1244</sup>. La différence existe. Il faut également souligner un arrêt récent du Tribunal fédéral suisse, qui semble mettre fin à une jurisprudence séculaire, en acceptant lui aussi le contrôle d'une décision de refus d'octroi de la protection diplomatique <sup>1245</sup>. Or, si jusqu'à présent aucune obligation internationale n'était réellement en jeu, avec cette affaire on peut s'interroger sur l'internationalisation éventuelle du droit à protection : en effet, le tribunal a reconnu la “recevabilité d'un recours

<sup>1242</sup> La question était déjà soulevée il y a cinquante ans par G. Berlia en matière de contrôle des indemnités de réparation : l'Etat porterait atteinte au principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques : G. Berlia, “Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 71.

<sup>1243</sup> G. Ress, “La pratique allemande de la protection diplomatique”, in J. F. Flauss (sous la dir. de), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, *op.cit.*, p. 134.

<sup>1244</sup> Pour des exemples jurisprudentiels allemands récents, voir G. Ress, *op.cit.*, pp. 136-138. Par ailleurs, la jurisprudence citée n'est pas constituée exclusivement de rejet. Ainsi, une décision de la Cour fédérale de justice de 1964 a reconnu la responsabilité de l'Etat pour le non exercice de la protection diplomatique au profit de ressortissants en raison de leur appartenance à la confession juive.

<sup>1245</sup> J.F. Flauss, “Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique : à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X c. Conseil fédéral”, *op.cit.*, pp. 407-420. Si en l'espèce, le recours a été rejeté sur le fond, la décision de recevabilité constitue un progrès significatif en la matière.

*en invalidation dirigé contre un refus d'exercice de la protection diplomatique, fondée sur le "droit à un tribunal" garanti par l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme"*<sup>1246</sup>. Ainsi, J.F. Flauss s'interroge sur l'avenir de cette obligation interne qui pourrait devenir internationale, notamment par le biais de la CEDH et du droit au recours qu'elle garantit. Toutefois, contrôler dans une certaine mesure, la légalité de la décision de l'Etat, ne signifie pas qu'il existe un droit "à" la protection : tout au plus peut-on parler d'un droit de demander la protection et d'obtenir une réponse motivée.

Faire primer des intérêts particuliers sur l'intérêt général n'est pas nécessairement un phénomène qu'il faut encourager. Cependant, intermédiaire entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée, l'exercice de la protection diplomatique pourrait être à l'avenir considérée comme une compétence conditionnée. Il ne s'agirait pas, pour le juge interne, de porter une appréciation sur le comportement de l'Etat étranger ayant commis un fait illicite, mais uniquement de contrôler que l'égalité des citoyens est respectée en la matière par l'Etat de nationalité.

## 2. Un droit individuel à réparation ?

Il y a déjà longtemps qu'une partie de la doctrine estime que la réparation mise en œuvre dans le cadre de la protection diplomatique est un droit individuel. Comme on l'a vu, deux arguments sont invoqués par les auteurs : d'abord, l'indemnité de réparation est calculée au regard du préjudice individuel. Ensuite, la pratique prouve que l'indemnité est reversée par l'Etat à son ressortissant<sup>1247</sup>. Ainsi, G. Berlia affirme, un peu radicalement, qu'*"il est aujourd'hui acquis que l'évolution en matière de répartition des indemnités introduit dans le droit positif international la notion suivant laquelle la protection diplomatique est un droit de l'individu"*<sup>1248</sup>. L'auteur s'appuie sur l'existence courante de commissions internes, dotées de pouvoirs juridictionnels, chargées du reversement des indemnités : elles existent en France, en Angleterre, aux Etats-Unis ou encore en Suisse. En outre, la jurisprudence interne ne considère pas comme un acte de gouvernement la

<sup>1246</sup> J.F. Flauss, "Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique : à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X c. Conseil fédéral", *op.cit.*, p. 408. Ainsi, "pour écarter, dans l'affaire qui lui était soumise, les dispositions procédurales législatives excluant le recours de droit administratif contre une décision du Conseil fédéral afférente à l'exercice de la protection diplomatique, le Tribunal fédéral tire argument, d'une part, de l'applicabilité directe de l'article 6 (1) de la CEDH et, d'autre part, de l'identité en substance des règles conventionnelles et constitutionnelles relatives au "droit à un tribunal" (Ibid., p. 416).

<sup>1247</sup> Voir G. Berlia, "Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique", *op.cit.*, pp. 63-72. La majeure partie de son étude porte ainsi sur la juridictionnalisation interne de la procédure d'indemnisation.

<sup>1248</sup> *Ibid.*, p. 70.

répartition de l'indemnité reçue par l'Etat pour les personnes lésées<sup>1249</sup>. Cependant, cette pratique interne reconnaissant un droit individuel ne constitue pas nécessairement une coutume internationale, contrairement à ce qu'affirme l'auteur. Dès lors, on argue souvent de la nature interne de cette réparation, pour dénier un droit internationalement conféré à l'individu<sup>1250</sup>. Toutefois, on peut souligner qu'il arrive fréquemment qu'une norme internationale établisse l'indemnisation au bénéfice des personnes privées. Ainsi, de nombreuses actions de protection diplomatique débouchent sur la conclusion d'un accord interétatique d'indemnisation, par lequel l'Etat de nationalité s'engage (internationalement) à reverser l'indemnité qu'il reçoit. Or, un arrêt de la CEDH de 1994 a considéré “*qu'un accord international d'indemnisation faisant suite à une action de protection diplomatique relative à un contentieux d'expropriation était de nature à créer, au profit des personnes dont les biens ont été expropriés ou nationalisés, un droit individuel à l'indemnité*”<sup>1251</sup>. La Cour s'étant appuyée sur l'accord international, on peut considérer que, pour elle, un droit à l'indemnité de réparation existe lorsque l'accord en dispose ainsi<sup>1252</sup>. Cette pratique n'est cependant pas généralisée, et la question d'un droit individuel à réparation dans le cadre de la protection diplomatique reste posée.

La question de la réparation du préjudice n'a pas été codifiée par le projet de la CDI sur la protection diplomatique, mais elle est traitée au sein des articles sur la

<sup>1249</sup> Pour la jurisprudence française, CE 16 décembre 1955, *Epoux Deltel*, RDP 1956, pp. 150-160. Voir J. Chappez, “Protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 35 : jusqu'en 1955, les prolongements internes des règles classiques de la protection diplomatique étaient infaillibles : étaient considérés comme actes de gouvernement aussi bien le refus de lancer une procédure de protection, que le reversement de l'indemnité. Voir également J.P. Puissochet, “La pratique française de la protection diplomatique”, in J. F. Flauss (sous la dir. de), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, pp. 115-120.

<sup>1250</sup> Ce à quoi l'on peut répondre qu'il faut distinguer le droit à réparation, de nature internationale, de sa mise en œuvre interne : même dans un différend purement interétatique, “*les tribunaux internationaux tiennent compte de l'autonomie du système juridique national dans toute la mesure où la mise en œuvre de la réparation dépend du droit interne*” : P. Weckel, RGDIP 2004-3, p. 741. L'Etat responsable a la liberté du choix des moyens pour remplir son obligation de réparer en faveur de la victime. Cependant, pour une limitation de ce choix, voir la comparaison établie entre l'arrêt *Avena* de la CIJ et l'arrêt *Assanidzé c. Géorgie* de la CEDH, 8 avril 2004, Chronique P. Weckel, *ibid.*, pp. 745-746.

<sup>1251</sup> J.F. Flauss, “protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme”, *RSDIE*, 2003-1, p. 28 : il s'agit de l'arrêt *Beaumartin c. France*, 24 novembre 1994, faisant suite à un rapport de la Commission européenne des droits de l'homme de 1993. L'article 6 de la CEDH (droit au procès équitable) et l'article 12 du premier protocole à la CEDH (droit au respect des biens) était alors invocables dès lors que l'accord international d'indemnisation créait bien un droit individuel.

<sup>1252</sup> *Ibid.*, p. 29 : J.F. Flauss souligne, par exemple, que le règlement de l'affaire des emprunts russes ne comportait pas un tel droit international à l'indemnisation : dès lors, une décision de la Commission européenne du 22 avril 1998 (*Leschi c. France*) a considéré que le traité entre la France et la Russie constituait une simple déclaration d'intention quant aux aspects financiers des biens et intérêts des personnes privées. Voir P. Juillard, B. Stern, *Les emprunts russes et le règlement du contentieux financier franco-russe*, Paris, Pedone, Collection Cahiers Internationaux, No. 16, 327 p.

responsabilité internationale<sup>1253</sup>. Or, le contenu de l'obligation étatique ne s'applique pas aux obligations de réparer qui peuvent naître au profit de personnes autres que les Etats<sup>1254</sup>. L'article 33 reconnaît ainsi indirectement les situations dans lesquelles l'individu peut être victime d'une violation d'une obligation internationale étatique (c'est donc qu'il est titulaire d'un droit) et peut donc entrer dans la nouvelle relation créée par la responsabilité. Cependant, le commentaire de cet article explique que lorsque la responsabilité de l'Etat peut être engagée par un individu (i.e s'il existe une procédure), *“c'est à la règle primaire particulière qu'il incombe de déterminer si et dans quelle mesure des personnes ou des entités autres que des Etats peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre”*<sup>1255</sup>. Dès lors, s'il faut se référer à la Déclaration de 2001 pour connaître les conditions de réparation à respecter dans le cadre de la protection diplomatique, on constate que la responsabilité étatique ne fait naître, en principe, aucun droit pour l'individu<sup>1256</sup>. Pourtant, l'obligation de réparer dépend étroitement du préjudice subi. Or, le seul préjudice mentionné, à plusieurs reprises, dans le projet de codification de la protection diplomatique, est le préjudice individuel.

Si le droit à réparation n'appartenait qu'à l'Etat, au motif d'une violation de la légalité internationale, on pourrait considérer que la satisfaction suffit à indemniser ce préjudice que l'on peut qualifier de "juridique". Or, plusieurs jurisprudences internationales récentes semblent modifier la physionomie de la réparation, dans des

---

<sup>1253</sup> Alors que la première partie du texte porte sur les conditions d'engagement de la responsabilité (desquelles le dommage a été exclu), la seconde partie porte sur le contenu de la responsabilité (notamment l'obligation de réparer), et la nouvelle relation juridique qui découle du fait internationalement illicite. Ainsi, l'article 30 pose l'obligation de cessation de l'illicite. Puis, l'article 31 prévoit que *“1. L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'Etat”*. Plus loin, l'article 34, "formes de la réparation", explique que l'obligation de réparer intégralement le préjudice est remplie par la restitution, l'indemnisation ou la satisfaction, "séparément ou conjointement". On peut également remarquer l'article 39, qui pourrait impliquer indirectement la notion de "mains propres", car *“pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice...de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée”*.

<sup>1254</sup> En effet, l'article 33 dispose que *“1. Les obligations de l'Etat responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre Etat, à plusieurs Etats ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation. 2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat”*. Voir le commentaire de l'article in Rapport annuel de la CDI, 2001, p. 231.

<sup>1255</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>1256</sup> Les articles du projet sur la protection diplomatique ne renvoient pas expressément au texte sur la responsabilité des Etats. Cependant, le commentaire du projet précise que *“beaucoup des principes énoncés dans les articles sur la responsabilité des Etats valent pour la protection diplomatique et ne sont donc pas répétés ici. C'est le cas en particulier des dispositions relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. L'Etat responsable d'un préjudice causé à un étranger est obligé de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait illicite. Cette réparation peut prendre la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la satisfaction, séparément ou conjointement. Toutes ces questions sont traitées dans les articles sur la responsabilité des Etats”* : Rapport annuel de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 22. On peut remarquer que le renvoi effectué élimine subtilement toute réflexion relative au titulaire du droit à réparation. En effet, s'il est question du préjudice "causé par le fait illicite", il n'est jamais fait mention de la victime du préjudice à qui la réparation est adressée. La question n'est envisagée que du point de vue de l'Etat responsable.

affaires qui ne sont pas étrangères à la protection diplomatique. En la matière, les différences entre l'affaire LaGrand et l'affaire Avena peuvent être soulignées<sup>1257</sup>. Dans le premier cas, l'Allemagne avait demandé que l'obligation de réparation des Etats-Unis soit exécutée par le biais de la satisfaction. On peut souligner le désaccord entre l'Allemagne et les Etats-Unis sur ce point, qui a certainement contribué à l'évolution jurisprudentielle de l'affaire Avena. Ainsi, l'Allemagne désirait obtenir des garanties de non-répétition, les Etats-Unis estimant au contraire que son obligation de réparer n'allait pas au-delà des excuses. La Cour a, quant à elle, considéré que ces dernières ne suffisaient pas, lorsque des étrangers avaient été condamnés à de lourdes peines : la gravité du préjudice individuel est bien déterminant dans l'appréciation de la réparation. En l'espèce, la Cour avait considéré que l'engagement de principe pris par les Etats-Unis, suffisait à remplir l'obligation de réparation. Dans le second cas, au contraire, le Mexique a exigé et obtenu une *restitutio in integrum*<sup>1258</sup>. Dès lors, il est possible de soutenir que cette réparation associe, elle aussi, des droits étatiques et des droits individuels. En effet, il ne s'agit plus uniquement de réparer un préjudice juridique, mais bien le préjudice substantiel subi par les ressortissants.

Par conséquent, deux réflexions peuvent être émises, au regard de l'évolution récente de l'institution de la protection diplomatique. D'une part, la procédure de protection diplomatique semble pouvoir associer des droits individuels aux droits étatiques, tant au stade préliminaire des conditions d'exercice (dépendant des droits substantiels violés) qu'au stade final de l'évaluation du contenu réparatoire de la responsabilité. La reconnaissance progressive des droits individuels primaires pourrait ainsi faire naître, de façon progressive également, un droit secondaire à réparation. Néanmoins, d'autre part, une question découle de cette situation. Ainsi, pour certains auteurs, cette évolution semble conduire à une appréciation paradoxale de la nature de l'action exercée par l'Etat : il ne s'agirait plus véritablement d'une action en protection diplomatique. Le Juge Ranjeva, par exemple, estime que, dans le cadre de ces actions devant la CIJ, “*s'agissant, dans ces conditions, de l'exercice de la protection des droits individuels au*

<sup>1257</sup> Elles l'ont été notamment par P.M. Dupuy, lors d'une intervention au Colloque de la SFDI du Mans, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 99. En effet, il a souligné que la nature de la réparation recherchée est indissociable de la nature de l'action. En l'espèce, le Mexique demandait une *restitutio in integrum* et non une simple "satisfaction".

<sup>1258</sup> La CIJ a constaté que la règle américaine de la carence procédurale (qui interdit de soulever une question de droit en appel lorsqu'elle n'a pas été invoquée en première instance) n'a pas été révisée suite à l'affaire LaGrand. Dès lors, compte tenu des réparations demandées par le Mexique, la CIJ exige bien davantage dans l'affaire Avena : les Etats-Unis devraient permettre un réexamen et une révision effectifs des verdicts de culpabilité : la possibilité, pour les condamnés, d'effectuer un recours en grâce, “*telle qu'elle est pratiquée actuellement dans le cadre du système de justice pénale aux Etats-Unis, n'apparaît pas satisfaisante aux exigences décrites au paragraphe 138...*” (§143) : ce paragraphe affirme que “*ledit examen et ladite révision doivent porter à la fois sur la peine prononcée et sur le verdict de culpabilité rendu*”.

*profit de ses ressortissants, la question est de savoir s'il y a une place pour la protection diplomatique*"<sup>1259</sup>.

En conclusion, on ne peut pas envisager la protection diplomatique de façon autonome, séparée des domaines juridiques que sont à la fois la responsabilité de l'Etat et les droits de l'homme. En effet, la distinction entre la responsabilité étatique pour violation du droit des étrangers et celle pour violation des droits de l'homme tend à s'atténuer. Les conséquences sur le champ d'application actuel de la protection diplomatique sont encore relativement incertaines.

## **II. Evolution du champ d'application de la protection diplomatique : extension ou restriction ?**

La protection diplomatique est aujourd'hui tiraillée entre deux appréciations contradictoires de la doctrine. D'un côté, certains prophétisent la disparition de l'institution : ils arguent du développement des droits de l'homme, qui rendrait bientôt inutile une institution trop classique et périmée. Cependant, d'un autre côté, on peut relever des affirmations enthousiastes quant à l'avenir radieux de la protection diplomatique, au souffle renouvelé par le même essor des droits de l'homme. En effet, plusieurs différends ont été récemment présentés devant les juridictions internationales, au titre de la protection diplomatique, qui font intervenir le respect de droits fondamentaux individuels. Faut-il donner tort aux uns, et raison aux autres ? Il semble que l'une comme l'autre des positions doivent être relativisées. Ainsi, selon que l'on associe ou que l'on sépare les domaines de la protection diplomatique et des droits de l'homme, les constats diffèrent. En effet, il apparaît que les actions exercées ces dernières années au nom de la protection diplomatique ont révélé une évolution certaine du champ d'application de l'institution, sous l'influence grandissante des droits de l'homme (A). Cependant, on peut également constater une diversification des recours en responsabilité présentés devant les juridictions internationales. Hormis l'hypothèse de l'action directe de l'individu, les actions étatiques ne sont plus exercées au nom exclusif de l'Etat, ce qui semble, pour certains, entraîner une restriction du champ d'application procédural de la protection diplomatique dans sa version classique. Il semble plutôt que l'on puisse parler d'une diversification de la nature des actions, entre substitution et représentation de l'individu (B).

### ***A. Influence des droits de l'homme sur la protection diplomatique***

On affirme traditionnellement que les normes mises en œuvre dans le cadre de la protection diplomatique appartiennent au droit international général. Faces à elles, les normes relatives aux droits de l'homme auraient un champ d'application matériel

<sup>1259</sup> Déclaration jointe à l'arrêt *Avena*, § 9. Voir développements *infra*, II, B (note 1289, p. 516).

différent. Cette affirmation, pour autant qu'elle ait été vraie, est aujourd'hui dépassée : entre droit international général et droits de l'homme, on est passé de l'autonomie à l'interdépendance (1). Le champ d'application procédural de la protection diplomatique semble faire l'objet de la même diversité d'opinions doctrinales que son champ d'application matériel. Pour les uns, il est restreint, notamment par l'existence des recours directs de l'individu. Cela pose, notamment, la question des rapports entre l'action en protection diplomatique et les actions situées dans d'éventuels régimes "auto-suffisants" (2).

1. Champ d'application matériel : protection diplomatique et droits de l'homme, de l'autonomie à l'interdépendance

Malgré une querelle doctrinale persistante, on ne peut nier l'influence des droits de l'homme sur le fonctionnement de la protection diplomatique : les deux domaines sont complémentaires (a). La protection diplomatique est devenue un instrument de protection des droits de l'homme, mais dans une certaine mesure seulement (b).

*a. Complémentarité : influence des droits de l'homme sur la protection diplomatique*

Le rapport entre droit international général et les droits de l'homme suscite des attitudes très diverses de la doctrine. Elles sont clairement synthétisées par J. F. Flauss, qui identifie trois positions doctrinales<sup>1260</sup>. Les premiers développent une attitude "fixiste" (autrement surnommée par l'auteur "intégriste" ou "traditionnaliste"), et considèrent que les droits de l'homme représentent un danger pour l'unité du droit international et sa normativité. Pour les seconds, au contraire, c'est le droit international général qui est un obstacle au développement des droits de l'homme : l'auteur les considère comme "darwinistes", ou encore "autonomistes" ou "sécessionnistes". Dans ces deux cas, les auteurs prônent une autonomie entre les deux branches du droit. Entre ces deux positions extrêmes figurent les auteurs partisans d'une complémentarité, estimant que les droits de l'homme doivent s'appuyer sur les règles du droit international général, dont la protection diplomatique fait partie. Ainsi, A. Pellet critique l'attitude qui "consiste à penser que les règles du droit international général sont excellentes mais totalement inadaptées à cette branche du droit", à "vouloir à toute force conférer une autonomie (qu'elle n'a pas à mon avis) à une "discipline" (qui n'existe pas en tant que telle à mon

---

<sup>1260</sup> J.F. Flauss, "Protection des droits de l'homme et sources du droit international", in SFDI, colloque de Strasbourg, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 49 s.

*avis*) : la protection des droits de l'homme<sup>1261</sup>. Il conteste ainsi le désintérêt des "droits-de-l'hommistes" à l'égard de la protection diplomatique, institution "injustement méprisée" par les militants des droits de l'homme. Il reconnaît cependant les spécificités propres des mécanismes de la protection diplomatique et des systèmes de protection des droits de l'homme<sup>1262</sup>. Où en est-on aujourd'hui de cette spécificité, au regard des influences réciproques entre droit de la responsabilité internationale de l'Etat et droits de l'homme ?

Les normes en cause sont-elles différentes ? En 1970, la CIJ semblait de cet avis. On peut ainsi rappeler son célèbre *obiter dictum* : “une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés. Les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*”<sup>1263</sup>. Au paragraphe suivant, la Cour inclut dans les obligations *erga omnes* celles relatives aux "droits fondamentaux de la personne humaine". Dès lors, une certaine autonomie pouvait être soutenue : les droits de l'homme ne seraient pas ceux qui sont défendus dans le cadre de la protection diplomatique, et les normes relatives à la protection des étrangers ne seraient pas des obligations *erga omnes*. Dès lors, le champ d'application matériel des deux types de normes serait différent. On souligne, encore aujourd'hui, que “les "terres d'élection" traditionnelles de la protection diplomatique (protection des biens et de la vie ou/et de la

<sup>1261</sup> A. Pellet “Droits-de-l'hommisme et droit international”, conférence du 18 juillet 2000 devant la CDI, p. 2. Publié en anglais “Human Rightism and International Law”, *Italian Yearbook of International Law*, 2001, vol.10. Texte disponible en français sur le site Internet de la CDI. A. Pellet conteste le mélange des genres, entre le militantisme idéologique des droits de l'hommistes, et le droit en tant que science ou art juridique. Réfutant l'autonomie de la discipline des droits de l'homme, il souligne que l'on sous-estime bien souvent les avancées récentes du droit international général, qui prend largement en compte l'objectif de respect des droits de l'homme, que cela soit à travers la notion de "menace contre la paix", ou celle de "jus cogens", ou encore celle de "crime international de l'Etat" (à laquelle la CDI a par la suite renoncé, sans le faire disparaître pour autant).

<sup>1262</sup> Sur ce point, il conteste la position choisie par J. Dugard dans son premier rapport sur la protection diplomatique, dont il semble critiquer les "relents droits de l'hommistes" : le rapporteur “fonde la protection diplomatique en partie dans les mécanismes propres à la protection des droits de l'homme, privant ainsi, à mon avis, l'un et les autres de leur spécificité et ne laissant à la protection diplomatique stricto sensu qu'un rôle marginal”, *Ibid.*, p. 8. Le premier rapport de J. Dugard était certainement trop enthousiaste et idéaliste, incluant des propositions de développement plus que progressif du droit (notamment en matière de *jus cogens*). Cependant, on a vu que le résultat actuel de la codification semble avoir pris une mesure raisonnable de l'évolution réelle de l'institution.

<sup>1263</sup> CIJ, Arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction*, § 33, Recueil p. 32. Ce faisant, la Cour semblait alors reconnaître une dissociation entre deux types de recours contentieux, comme le fait remarquer M. Pinto : “il y a donc 32 ans, la Cour dessinait le profil de la réclamation pour la violation d'une légalité objective – voire une violation des droits de l'homme – et de celle intéressant un seul Etat du fait du lien de nationalité – voire la protection diplomatique – et elle insistait sur le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans l'exercice de la protection diplomatique” : M. Pinto, “De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme”, *RGDIP* 2002, p. 535.

*sûreté des personnes, déni de justice manifeste) sont loin de coïncider avec les domaines plus vastes couverts par les procédures internationales de contrôle du respect des droits de l'homme*" <sup>1264</sup>.

Ainsi, traditionnellement, le droit de la protection diplomatique est un droit essentiellement coutumier qui protège les étrangers. A l'inverse, les droits de l'homme sont davantage de nature conventionnelle, et protègent l'individu sans considération de nationalité. Cependant, du point de vue matériel des normes comme du point de vue personnel des sujets de droit concernés, les régimes juridiques tendent à se rapprocher. En effet, on a constaté que les conditions d'engagement et d'exercice de la protection diplomatique étaient aujourd'hui assouplies : le lien d'allégeance par la nationalité n'est plus aussi strict ; d'autres considérations telles que la résidence sont prises en compte. En outre, réfugiés et apatrides, catégories de personnes protégées par les droits de l'homme, pourront également, selon le projet de la CDI, bénéficier de la protection diplomatique. Cela conduit à une extension *ratione personae* de cette institution <sup>1265</sup>. L'opposition catégorique entre l'étranger, protégé par le droit international général, et le national, soumis à la seule compétence réservée de son Etat, n'est plus de mise : l'influence des droits de l'homme sur le droit international général conduit, dans une certaine mesure, à rapprocher les catégories particulières d'individus. Ainsi, on peut rappeler les débuts de la CEDH, que certains considéraient comme protégeant les nationaux, à l'exclusion des résidents étrangers. Arguant du fait que la Convention ne comportait aucune disposition propre aux étrangers, certains soutenaient "*que les étrangers relevant de la juridiction de leur pays d'origine ne pouvaient relever en même temps de la juridiction du pays de séjour et ne pouvaient donc pas revendiquer le bénéfice de la Convention*" <sup>1266</sup>. Cette époque est révolue, la Convention comme ses protocoles étant appliqués sans considération de nationalité. En résumé, les droits de l'homme protègent les étrangers, et le standard minimum de traitement des étrangers intègre désormais des normes issues des conventions relatives aux droits de l'homme. Certains "droits-de-l'hommes" considèrent même, comme le souligne J. Dugard, que "*le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers et la norme internationale minimale relative au traitement des étrangers ont été remplacés par une norme internationale tirée des droits de l'homme, qui reconnaît*

<sup>1264</sup> J.F. Flauss, "Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme", *op.cit.*, p. 8.

<sup>1265</sup> M. Pinto, par exemple, estime que les droits de l'homme ont mondialisé la protection diplomatique classique en la modifiant : le lien de nationalité a été remplacé par le respect d'une légalité objective, et la doctrine des mains propres est désormais dénuée de pertinence : M. Pinto, "De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme", *RGDIP* 2002, p. 513.

<sup>1266</sup> F. Julien-Laferrière, "Les droits de l'étranger", in C. Teitgen-Colly (sous la dir. de), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, collection Droit et justice, no. 33, 2002, pp. 207-218. L'auteur souligne que ce fut notamment la position de la France lors des premiers recours présentés devant la Commission.

*aux nationaux et aux étrangers l'égalité de traitement, selon la DUDH*"<sup>1267</sup>. Sans aller jusqu'à cette affirmation, on peut néanmoins considérer qu'il n'y a ni conflit, ni absorption de l'un par l'autre, mais complémentarité entre protection diplomatique et droits de l'homme quant aux personnes protégées.

D'un point de vue matériel, l'opposition entre un domaine composé de normes coutumières et l'autre de normes conventionnelles n'est pas non plus catégorique. S'il peut paraître encore prématuré d'affirmer l'existence d'une norme générale et coutumière protégeant l'Homme<sup>1268</sup>, on peut remarquer qu'à l'inverse, les actions en protection diplomatique peuvent s'appuyer sur des conventions relatives aux droits de l'homme. Ainsi, récemment, dans une "requête aux fins de protection diplomatique" présentée devant la CIJ, la Guinée a invoqué non seulement des normes coutumières classiques mais également des traités : elle invoque le droit coutumier en matière de violation du traitement des étrangers selon le "standard minimum de civilisation", d'obligation de respect de la liberté et de la propriété des étrangers, et de reconnaissance du droit à un jugement équitable, contradictoire, rendu par une juridiction impartiale. Sa requête s'appuie également sur le PIDCP<sup>1269</sup>.

Dès lors, loin de considérer la protection diplomatique comme une procédure désuète, il semble possible de la considérer comme un instrument de protection des droits de l'homme.

---

<sup>1267</sup> J. Dugard, "Premier rapport sur la protection diplomatique", *op.cit.*, p. 5. Le rapporteur, quant à lui, estime que "cette argumentation est entachée de deux vices : d'abord, elle méprise à tort le rôle des fictions en droit, ensuite elle est présomptueuse quant à l'état actuel de la protection internationale des droits de l'homme".

<sup>1268</sup> C'est le cas de G. Cohen-Jonathan, "Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme", in *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, SFDI, Pedone, Paris, 1991, notamment pp. 121-123 : l'auteur affirme qu'il existe désormais une norme coutumière de protection des droits de l'homme, qu'il s'agisse de *jus cogens* ou non. En effet, il estime qu'à côtés des droits substantiels protégés un par un (le noyau dur représenté par les dispositions communes aux instruments conventionnels), il y a surtout une obligation coutumière générale de respect des droits de l'homme. A l'inverse, A. Pellet met en garde contre une "coutumiérisation" doctrinale trop rapide et dangereuse, envisagée par ceux qui se désolent de ne pas voir les traités correctement appliqués, notamment aux Etats-Unis : A. Pellet "Droits-de-l'homme et droit international", *op.cit.*, p. 4.

<sup>1269</sup> Affaire pendante devant la CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinée c. RDC), "Requête aux fins de protection diplomatique" du 30 décembre 1998. Certains arguments peuvent cependant paraître fantaisistes, puisque la Guinée invoque la violation de la DUDH, censée être "signée et ratifiée", selon elle, par la RDC, et invoque aussi l'article 2 de la DDHC française relatif au droit de propriété. On peut également évoquer la requête présentée en septembre 1999 par la Croatie contre la RFY, qui se fonde sur la Convention de 1948 relative à la prévention et à la répression du génocide : la Croatie agit en son nom propre et pour le compte de ses citoyens, en tant que "*parens patriae*", ou "père de la patrie", protecteur des citoyens. Il s'agit d'une procédure connue en droit fédéral américain par laquelle un Etat fédéré peut, pour le compte de ses résidents, saisir la justice contre un autre Etat fédéré si l'ampleur du dommage est telle qu'elle affecte une partie de la population. Au Canada, la procédure est connue en droit de la famille : le principe, reconnu par la loi, permet au juge de substituer sa décision à celle des parents dans l'intérêt d'un enfant. Selon A. Kolliopoulos, elle fut par exemple caractérisée par une action de l'Inde, de l'Iran et des Philippines pour défendre les intérêts de leurs nationaux contre des entreprises pharmaceutiques devant des tribunaux américains : La procédure "*s'est ainsi internationalisée, en devenant l'équivalent de la protection diplomatique devant les tribunaux internes*" : A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, vol. 114, 2001, p. 302.

*b. La protection diplomatique comme instrument limité de protection des droits de l'homme*

Les rapporteurs ayant initié les travaux de codification au sein de la CDI étaient tous deux partisans d'une conception renouvelée de la protection diplomatique, tenant compte des évolutions du droit international général dues aux droits de l'homme. J. Dugard soulignait ainsi que “*la protection diplomatique demeure une arme de choix pour la défense des droits de l'homme*”, et que “*au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction totalement dépassée, il faudrait au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique*”<sup>1270</sup>. Deux réflexions peuvent être émises ici : d'abord, le rapporteur n'était pas isolé sur ce point. Un débat a ainsi eu lieu, non seulement au sein de la CDI, mais surtout devant les juridictions internationales, quant à la nature du droit à la protection consulaire. Toutefois, il semble que ses propositions aient parfois été excessives : son idée de considérer la protection diplomatique comme un véritable droit individuel (et donc une problème étatique) en cas de violation du *jus cogens* a été rejetée.

La protection diplomatique implique l'individu dans deux relations différentes : d'une part, indirectement, avec l'Etat d'accueil auquel la violation du droit international est reprochée ; d'autre part, directement, avec son propre Etat. C'est dans le cadre de cette seconde relation que le droit à protection consulaire se développe. Or, les relations entre un Etat et ses ressortissants sont désormais entrées dans le champ d'application du droit international grâce au droit international des droits de l'homme : la question de l'inclusion de la protection consulaire dans ce domaine a été posée. La CIJ a refusé à deux reprises de se prononcer (lors des affaires LaGrand et Avena), tandis que les partisans des droits de l'homme considèrent ce droit individuel comme partie intégrante du droit au procès équitable. Il ne serait donc pas réservé à l'individu en sa qualité de national. Telle est la position de la CIDH depuis son avis no. 16 de 1999. Selon M. Pinto, en considérant l'assistance consulaire comme un droit de l'homme dans le cadre du procès équitable, la CIDH rejoint les positions du Comité des Droits de l'Homme, du Conseil Economique et Social, ainsi que de l'article 65 du règlement du TPI qui confère un tel droit aux détenus<sup>1271</sup>. Cependant, on ne voit guère en quoi il aurait été utile pour la CIJ de prendre une telle position : la reconnaissance du droit à l'assistance consulaire comme droit individuel conféré par une norme internationale est déjà un pas qui rapproche les jurisprudences de la CIJ et des juridictions de contrôle des droits de l'homme. Comme le souligne J.M. Sorel, malgré le silence de la Cour sur cette question, “*nous sommes néanmoins loin de l'analyse de l'affaire*

<sup>1270</sup> Rapport de la CDI, 2000, *op.cit.*, p. 129.

<sup>1271</sup> M. Pinto, “De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme”, *op.cit.*, p. 545.

*Barcelona Traction dans laquelle la Cour semblait rejeter en dehors du cercle des droits de l'homme la protection diplomatique*<sup>1272</sup>.

Ainsi, on peut remarquer que l'affaire LaGrand “*permet de démontrer une fois encore combien et comment l'histoire est circulaire. La protection des ressortissants à l'étranger est l'un des antécédents de la protection des droits de l'homme et donne lieu au premier jugement chevauchant dans les deux domaines, celui du droit international applicable aux rapports interétatiques et celui du droit international des droits de l'homme*”<sup>1273</sup>. Cependant, le lien entre les deux domaines ne doit pas conduire à une assimilation excessive. On a souligné que, si la protection diplomatique fait valoir des droits individuels, son déclenchement reste largement une prérogative de l'Etat. Or, de l'interdépendance entre droits de l'homme et protection diplomatique, J. Dugard avait déduit une obligation étatique d'exercer sa protection dans un cas particulier : celui de la violation des normes de *jus cogens*<sup>1274</sup>. L'article, abandonné logiquement par la suite, a suscité des réactions vives de rejet, basées sur la considération que l'évolution des droits de l'homme ne permettait néanmoins pas d'aller aussi loin. Ainsi, les débats au sein de la CDI ont abouti au constat que “*la protection diplomatique n'était pas reconnue comme un droit de l'homme et ne pouvait être mise en œuvre à ce titre. Il a été souligné à nouveau qu'il fallait établir une distinction entre les droits de l'homme et la protection diplomatique étant donné que les associer risquait de créer plus de problème que cela n'en résoudrait*”<sup>1275</sup>. De façon générale, il a été considéré que la question de la violation du *jus cogens* faisait resurgir le spectre du crime d'Etat qui ne pouvait être traité par la codification de la protection diplomatique. De plus, comme le souligne J.F. Flauss, “*en bonne logique, la défense des droits inhérents à cet ordre public peut difficilement, sous peine de contradiction, être réservée au seul Etat de nationalité de la victime*”<sup>1276</sup>. En outre, l'association effectuée par le rapporteur entre *jus cogens* et droits de l'homme semble maladroite : en effet, les normes de *jus cogens* sont loin de ne concerner que le seul domaine des droits de l'homme. Vouloir faire de la protection diplomatique un instrument de protection des droits de l'homme, en ayant recours au *jus cogens*, paraît alors excessif.

Ainsi, si les droits de l'homme peuvent trouver une place au sein de la protection diplomatique, cela ne signifie pas pour autant que celle-ci devient partie

<sup>1272</sup> J.M. Sorel, “L'émergence de la personne humaine en droit international : l'exemple de la jurisprudence de la CIJ”, *op.cit.*, p. 2195.

<sup>1273</sup> M. Pinto, “De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme”, *op.cit.*, p. 547.

<sup>1274</sup> L'article 4 de son premier projet disposait ainsi que “*à moins que la personne lésée ne puisse présenter une réclamation pour le préjudice subi devant une cour ou un tribunal international compétent, l'Etat dont elle a la nationalité a l'obligation juridique d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne si celle-ci en fait la demande, si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de jus cogens imputable à un autre Etat*”. Un second paragraphe prévoyait des exceptions à cette obligation, notamment en cas de risque d'atteinte aux “*intérêts supérieurs de l'Etat*”. Voir rapport CDI, 2000, *op.cit.*, p. 139.

<sup>1275</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>1276</sup> J.F. Flauss, “Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme”, *op.cit.*, p. 23.

intégrante des premiers. Pour les individus, cela signifie que les normes relatives aux droits de l'homme peuvent être invoquées dans le cadre d'une telle procédure. Les conditions d'exercice de la protection diplomatique sont certainement élargies dans un sens qui lui est favorable. Davantage d'individus sont "éligibles" à la protection, et davantage de normes sont invocables. Cependant, l'essor parallèle de recours directs, notamment en matière de droits de l'homme, semble modifier la place qu'occupe la procédure en protection diplomatique dans les contentieux impliquant les individus.

## 2. Champ d'application procédural : rapport entre protection diplomatique et régimes auto-suffisants

Deux réflexions conduisent certains à affirmer la restriction du champ d'action procédural de la protection diplomatique. D'une part, de nombreux auteurs soulignent que *“le mécanisme classique de la protection diplomatique subit une érosion avec la reconnaissance à des personnes privées de droits propres qu'elles peuvent faire valoir directement devant le juge international”*<sup>1277</sup>. Par conséquent, dans ce cadre, l'individu n'a plus besoin de la médiation de son Etat pour faire valoir ses droits. D'autre part, les recours directs de l'individu se situeraient dans des systèmes auto-suffisants, qui soustraient engagement et mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat au droit international général<sup>1278</sup>. Ainsi, le régime se suffisant à lui-même désigne *“un ensemble de règles, en général de nature conventionnelle, de fond et de procédure qui déterminent les conséquences juridiques de la violation des normes concernant un domaine particulier des relations internationales”*<sup>1279</sup>. Les exemples les plus couramment cités sont ceux du droit communautaire, de l'OMC, et surtout, en ce qui nous concerne, les règles relatives à la protection des droits de l'homme<sup>1280</sup>. Les systèmes de contrôle instaurés par les conventions multilatérales du domaine seraient

<sup>1277</sup> J. Chappez, “Protection diplomatique”, *Jurisclasseur Droit international, op.cit.*, p. 5.

<sup>1278</sup> Voir par exemple B. Simma, “Self contained regimes”, *NYBIL*, 1985, notamment pp. 129-136. La doctrine des régimes auto-suffisants ou "self-contained regimes", est née de l'arrêt de la CIJ de 1980 sur l'affaire des otages à Téhéran, dans lequel la Cour a qualifié les règles du droit diplomatique de "régime se suffisant à lui-même". Voir P.M. Dupuy, “Cours général de droit international public”, *op.cit.*, pp. 432 s : l'auteur explique alors que construction doctrinale a été élaborée (par le second rapporteur de la CDI sur la responsabilité) sur un contresens. Il considère que la notion de régime auto-suffisant *“est symptomatique d'une vision fragmentaire et parcellisée du droit international partagée par trop d'auteurs, dans laquelle, faute d'une claire perception de ce que constitue un ordre juridique et l'ordre juridique international en particulier, ces auteurs se perdent aujourd'hui dans la contemplation de régimes qu'ils croient aussi clos sur eux-mêmes qu'ils le sont trop souvent eux-mêmes sur leur propre spécialité”* (p. 436).

<sup>1279</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 958.

<sup>1280</sup> La jurisprudence de l'OMC a elle-même clairement affirmé son rattachement au droit international public, à plusieurs reprises. Voir V. Tomkiewicz, *L'organe d'appel de l'OMC*, Thèse Paris I, juin 2004, 617 p. Pour une réfutation du caractère auto-suffisant du droit communautaire et du droit de l'OMC, voir P.M. Dupuy, “Cours général de droit international public”, *op.cit.*, pp. 437-460. L'autosuffisance consiste, pour lui, à *“confondre la spécificité normative d'une certaine branche...avec son éventuelle autonomie...”*(p. 437). A. Pellet adopte une position similaire et conteste l'autonomisation des mécanismes propres aux droits de l'homme, in A. Pellet “Droits-de-l'homme et droit international”, *op.cit.*, p. 10.

alors indépendants du droit international général. Lorsque, au sein de ces systèmes, il existe une action étatique destinée à faire valoir des droits individuels, il ne s'agit pas de protection diplomatique. Dès lors, une vision binaire se développe : à partir d'une même situation, elle oppose d'un côté les actions en protection diplomatique faisant valoir des droits étatiques, et de l'autre côté, les recours (individuels comme étatiques) des régimes auto-suffisants faisant valoir des droits individuels. En résumé, les règles secondaires permettant de faire valoir des droits individuels ne seraient que dérogation au droit international général ; les recours mis en œuvre dans ces systèmes que l'on affirme autonomes seraient donc trop exceptionnels pour être inclus dans un régime général.

Ainsi, comme l'explique J.F. Flauss, *“le débat relatif à la survivance de la protection diplomatique se ramène, plus ou moins, au point de savoir si les Etats parties à un traité "institutionnel" de protection des droits de l'homme renoncent de manière absolue et définitive à exercer la protection diplomatique de leurs nationaux...”*<sup>1281</sup> : cela inclut la problématique des "self contained regimes". L'auteur affirme que *“à notre connaissance, aucune instance juridictionnelle ou para-juridictionnelle ne s'est encore prononcée sur le caractère complémentaire éventuellement dévolu à la protection diplomatique par rapport aux procédures conventionnelles”*<sup>1282</sup>.

Certaines dispositions des articles sur la responsabilité internationale et sur la protection diplomatique paraissent quelque peu confirmer la dissociation entre action en responsabilité dans le cadre du droit international général et dans des systèmes particuliers, plus ou moins autonomes. Ainsi, l'article 55 du texte de codification de la responsabilité dispose que *“les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régis par des règles spéciales de droit international”*<sup>1283</sup>. *A priori*, il s'agit d'une simple application du principe selon lequel la règle spéciale l'emporte sur la règle générale. Le commentaire de l'article est pourtant loin d'être clair : il fait référence au système de l'OMC, et à l'article 41 de la CEDH (disposition spéciale relative à la réparation par "satisfaction équitable") ; il évoque également, de façon très générale, la notion de "régime se suffisant à lui-même", mais sans aucune précision<sup>1284</sup>. L'article 18 du projet sur la protection diplomatique lui fait écho : *“les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec des dispositions conventionnelles spéciales...”*<sup>1285</sup>. Le commentaire qui suit fait alors référence au système du CIRDI, qui exclut en principe l'exercice de la protection diplomatique lorsqu'un

<sup>1281</sup> J.F. Flauss, “Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme”, *op.cit.*, p. 11.

<sup>1282</sup> *Ibid.*

<sup>1283</sup> Article 55, “*lex specialis*” : voir l'article et son commentaire au rapport annuel de la CDI, A/56/10, 53<sup>ème</sup> session, 2001, pp. 383-384.

<sup>1284</sup> *Ibid.*, p. 386.

<sup>1285</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 88.

différend est soumis à son arbitrage<sup>1286</sup>. Cependant, un autre article vient clarifier les rapports entre la protection diplomatique et les autres recours en responsabilité ; les commentaires qui lui sont attachés sont également bienvenus. Ainsi, l'article 17 concerne plus précisément le rapport entre l'exercice de la protection diplomatique et les recours engagés dans le cadre des droits de l'homme. Il dispose que *“les présents articles sont sans préjudice du droit des Etats, des personnes physiques ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite”*<sup>1287</sup>. Dès lors, si la loi spéciale l'emporte bien sur la loi générale, cela n'empêche pas qu'elles puissent être appliquées à une même situation, par le biais de deux recours concomitants. En effet, le commentaire de l'article explique que *“néanmoins, lorsqu'un Etat a recours à de telles procédures, il n'abandonne pas son droit d'exercer la protection diplomatique en faveur d'une personne au cas où celle-ci aurait sa nationalité”*. Il n'y a pas d'exclusion de principe de l'une des actions par l'autre, et inversement.

Dès lors, si, en pratique, moins de recours en protection diplomatique sont exercés, en raison de l'existence d'autre recours, cela n'implique pas pour autant une restriction juridique de son champ d'application procédural. Cependant, même dans les faits, il ne semble pas que la protection diplomatique soit tombée en désuétude : les actions récentes engagées auprès de la CIJ le démontrent.

En revanche, une autre question se pose : l'ensemble des réflexions précédentes implique une différenciation nette entre l'action en protection diplomatique et d'autres recours en responsabilité, comme l'indiquent aussi bien l'article 17 du projet que les opinions doctrinales. Ainsi, *“selon une opinion archi-dominante en doctrine, ...le droit d'action ouvert au profit des Etats devant les organes juridictionnels ou para-juridictionnels institués par les traités relatifs aux droits de l'homme se différencierait fondamentalement du droit d'action exercé par l'Etat national à des fins de protection diplomatique”*<sup>1288</sup>. Or, si la protection diplomatique devient, dans certains cas, un instrument de protection des droits de l'homme, quelle est la nature de la requête de l'Etat qui, dans le cadre de la CEDH par exemple, vient faire valoir les droits de son national ? La nationalité fonde encore la majorité des actions en protection diplomatique, alors qu'elle est indifférente dans l'autre situation.

<sup>1286</sup> Article 27 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 instaurant le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) : *“Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend”*.

<sup>1287</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 85. Le champ d'application de cet article est expliqué dès la première phrase du commentaire, qui affirme que *“les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique qui s'étaient constituées au fil des siècles et les principes plus récents régissant la protection des droits de l'homme se complètent et, en dernière analyse, ont le même objet – la protection des droits de l'homme”*.

<sup>1288</sup> J.F. Flauss, *“Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme”*, *op.cit.*, p. 14.

Toutefois, l'évolution constatée des règles contemporaines tend à rapprocher les deux systèmes.

Le degré d'implication de l'individu est alors variable selon les recours : il est juridiquement inexistant dans le cas d'une action directe de l'Etat qui fait valoir ses droits propres, alors qu'il est exclusif dans le cas d'une action directe de l'individu. Cependant, entre les deux opposés, des actions à facettes multiples existent, qui font valoir des droits adressés à plusieurs titulaires.

### ***B. Diversification de la nature de l'action, entre substitution et représentation***

De façon schématique, il est facile d'identifier deux actions engageant la responsabilité internationale d'un Etat. Ainsi, l'action directe étatique fait valoir un droit étatique et demande réparation de la violation de ce dernier. Peu importe, pour l'exercice de cette action, que des préjudices aient été causés aux individus, même si tel est le cas ; il s'agit d'un contentieux exclusivement interétatique. A l'opposé, l'individu peut également engager la responsabilité de l'Etat dans le cadre d'un recours direct. Il fait alors valoir son droit exclusif : ici, peu importe qu'il y ait préjudice étatique.

De simple, la situation juridique devient singulièrement compliquée dès lors que la nature de l'action implique une part de chacune des deux actions précédentes. Or, les actions contentieuses par lesquelles on fait valoir en même temps des droits étatiques et des droits individuels se multiplient. Dans le contexte récent de la protection diplomatique, une distinction apparaît, effectuée par la doctrine, entre l'action en substitution et l'action en représentation. Dans les deux cas, il s'agit d'un recours exercé par l'Etat, par lequel des droits individuels sont impliqués, mais à des degrés différents. On peut ainsi évoquer les présentations doctrinales de C. Santulli et de P. Weckel (1). Or, leurs conceptions de la distinction entre substitution et représentation se complètent mais ne coïncident pas totalement. Peut-être, alors, faut-il effectuer un retour aux origines de la protection diplomatique pour mieux comprendre comment la fiction de 1924 est peu à peu abandonnée : peut-on vraiment parler de deux actions différentes, ou assiste-t-on à une évolution de la nature de la protection diplomatique ? (2).

#### 1. Action en substitution et action en représentation : positions doctrinales actuelles

C'est à l'occasion des affaires LaGrand et Avena que la distinction entre substitution et représentation apparaît dans les propos de la doctrine. Bien que les affaires aient été commentées abondamment au titre de la protection diplomatique, la nature des recours exercés semble néanmoins laisser perplexe. Ainsi, dans sa déclaration jointe à l'arrêt Avena, le Juge Ranjeva a tenu à souligner que “aux fins de

*clarification conceptuelle, la référence à la notion de protection diplomatique (faite par l'Allemagne et le Mexique dans les affaires LaGrand et Avena) constitue une erreur de droit*<sup>1289</sup>. Il ne précise pas pour autant sa conception de la nature de l'action exercée. Cette affirmation révèle les difficultés d'identification des fondements contemporains de l'action en protection diplomatique. Si le juge assimile, dans cette phrase, les deux affaires, C. Santulli les oppose, au contraire, pour illustrer sa distinction entre protection diplomatique et représentation<sup>1290</sup>. Selon lui, la requête allemande dans la première affaire illustre une action en protection diplomatique ; en revanche, la requête mexicaine dans l'affaire Avena est une action en représentation. Toujours d'après l'auteur, la distinction existe depuis longtemps : alors que l'affaire Mavrommatis pose les bases de la protection diplomatique, les actions en représentation sont illustrées par de nombreuses décisions rendues par les commissions de conciliation du début du 20<sup>ème</sup> siècle, ainsi que par les tribunaux arbitraux<sup>1291</sup>.

Dans l'action classique, seuls les droits de l'Etat sont invoqués dans l'instance internationale, et leur violation réparée. Ainsi, *“les règles qui ont le particulier comme objet mais ne lui confèrent pas de droits subjectifs doivent faire l'objet d'actions en protection diplomatique”*<sup>1292</sup>. On peut rappeler, de façon générale, que *“l'objet de la protection*

<sup>1289</sup> Déclaration jointe à l'arrêt Avena, § 8. Disponible sur le site de la CIJ : [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

<sup>1290</sup> Si les réflexions qui vont suivre sont essentiellement issues de l'intervention présentée au Colloque de la SFDI du Mans en 2004, la distinction figurait déjà dans la thèse de l'auteur : étudiant la typologie des capacités de l'individu, il étudiait ainsi la protection diplomatique classique, la représentation et la procédure de l'action "privée" directe de l'individu devant un organe international. Voir C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, pp. 327-339.

<sup>1291</sup> Bien que C. Santulli ne les cite pas, on peut considérer que la représentation devrait inclure aussi les recours interétatiques existant dans les systèmes de contrôle des droits de l'homme, tels que la CEDH ou son équivalent américain. Pour l'ancien système de la CEDH, avant l'entrée en vigueur du protocole No. 11, on cite fréquemment l'affaire Soering, dans laquelle la requête allemande était présentée devant la Commission européenne des droits de l'homme au nom d'un ressortissant allemand : son extradition par la Grande-Bretagne vers les Etats-Unis, en vue de son jugement, pour assassinat passible de la peine de mort, a été considérée comme violation l'article 3 de la CEDH relatif au traitement inhumain et dégradant. Voir le rapport du 19 janvier 1989 de la Commission, et l'arrêt de la Cour du 7 juillet 1989, in V. Berger, *Jurisprudence de la CEDH*, Sirey, Paris, 7<sup>ème</sup> édition, 2000, p. 20 s. Aujourd'hui le recours interétatique est fondé sur l'article 33 (ancien article 24) de la Convention, qui dispose que *“toute Partie contractante peut saisir la Commission, par l'intermédiaire du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, pour tout manquement aux dispositions de la présente Convention qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Partie contractante”*. La nature de ce recours nécessiterait certainement une étude plus approfondie : il fait l'objet de peu d'intérêt de la part de la doctrine, qui souligne volontiers la rareté de la pratique. Voir F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 6<sup>ème</sup> édition, 2003, pp. 514-518. La bibliographie indicative (p. 585) illustre cette "pauvreté de la doctrine" : aucune étude ne porte exclusivement sur la nature de ce recours, hormis le commentaire de l'ancien article 24 in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La CEDH – Commentaire article par article*, Economica, 2<sup>ème</sup> édition, 1999, pp. 571-578. Il n'est pas évident qu'il s'agisse réellement (ou exclusivement) d'un recours en représentation, car il s'inscrit dans une logique de garantie collective d'un ordre public européen. Le rapprochement avec l'ambivalence de l'action en représentation dans le contexte de la protection diplomatique est néanmoins réel. Ce recours interétatique sera étudié dans le cadre de l'épuisement des recours internes : voir *infra*, chapitre II, section II, I.

<sup>1292</sup> C. Santulli, *“Entre protection diplomatique et action directe : la représentation”*, in SFDI, Colloque du Mans, *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 95.

*diplomatique est en effet de substituer un sujet de droit international à une personne privée, victime incapable juridiquement d'obtenir réparation dans l'ordre international, dont elle n'est pas sujet*" 1293. Bien que C. Santulli n'utilise pas le terme, on peut alors parler de "substitution".

L'action en représentation, quant à elle, elle consiste dans "*le fait pour un sujet de droit de remplacer un autre sujet de droit ; d'agir en ses lieu et place dans l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir. Dans un tel cas, il y a trois personnes juridiques en cause : le représentant, le représenté et le tiers*" 1294. Cette définition générale, appliquée au contentieux international dont il est question ici, est celle d'un recours étatique destiné à faire valoir des droits individuels. Selon C. Santulli, l'action en représentation est non seulement caractérisée par les recours aux commissions de conciliation, mais également au tribunal des différends irano-américains 1295. Dans cette situation, la demande est ainsi présentée "au nom" du particulier, sur le fondement d'une habilitation conventionnelle. M. Bennouna évoque, quant à lui, la Commission d'indemnisation des Nations unies, devant laquelle "*les demandes peuvent être présentées à la Commission par des Etats ou des organisations internationales au nom des individus concernés ou des personnes morales...En quelque sorte, les Etats sont considérés en l'occurrence comme les agents des individus...*" 1296. Dans ce cas, il est alors possible de considérer que si l'action est formellement introduite par les Etats, il ne s'agit là que d'un droit "*supplétif et procédural*" 1297.

Pour C. Santulli, la distinction réside essentiellement dans le destinataire du droit à réparation : elle est liée à "*la détermination du bénéficiaire du droit à restitution*" 1298. Plus loin, il affirme clairement que, dans l'action en représentation, "*la réparation de l'atteinte aux droits de l'individu lui est due*" 1299. Or, selon lui, seule l'affaire Avena caractérise vraiment une telle action, et non l'affaire LaGrand 1300. Entre les deux arrêts, le raisonnement évolue, "*afin de reconnaître un droit qui ne peut être la réparation du fait illicite que si le titulaire en est le sujet interne*" 1301.

1293 P.M. Dupuy, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 485.

1294 "Représentation", in *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p. 981 : "*sens général : action pour une personne (le représentant), investie à cet effet d'un pouvoir, d'accomplir au nom et pour le compte d'un autre (le représenté) des actes juridiques qui produisent directement leur effets à l'égard du représenté*".

1295 Il fait ainsi référence, notamment, à la décision de la Commission des réclamations Etats-Unis – Mexique, *Parker*, Etats-Unis c. Mexique, 31 mars 1926 : il en déduit que, "*pas de doute possible : le droit international connaît depuis un siècle des actions par lesquelles l'Etat agit en représentation de son national incapable*", C. Santulli, "Entre protection diplomatique et action directe : la représentation", *op.cit.*, p. 90.

1296 M. Bennouna, "Rapport préliminaire sur la protection diplomatique", *op.cit.*, p. 8.

1297 J. Dugard, "Premier rapport sur la protection diplomatique", *op.cit.*, p. 20.

1298 C. Santulli, "Entre protection diplomatique et action directe : la représentation", *op.cit.*, p. 90.

1299 *Ibid.*, p. 96.

1300 Il considère qu'avant l'affaire Avena, "*l'action en représentation, toutefois, n'avait jamais franchi les portes du grand prétoire de La Haye*" : *ibid.*, p. 93.

1301 *Ibid.*, p. 93. "*Il faut en conclure que dans le premier cas (LaGrand), l'Etat faisait valoir encore son "droit propre (...)" de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international", comme dans l'affaire Mavrommatis, alors que dans le second (Avena), il agissait pour les droits du particulier "interdépendants" des siens : il le représentait*" (pp. 94-95).

Si C. Santulli s'attache à définir la représentation, P. Weckel utilise, quant à lui, la distinction entre substitution et représentation, la présentant de façon quelque peu différente. Ainsi, là où C. Santulli s'appuie sur la nature de l'action, selon qu'elle fait valoir des droits étatiques ou des droits individuels, P. Weckel raisonne en opposant le droit à l'action et le droit subjectif qu'elle fait valoir. On peut partir du constat que l'arrêt *Avena* révèle une dualité de l'action mexicaine. Ainsi, la Cour précise que “*le Mexique ne prétend pas cependant agir seulement par ce mécanisme [de protection diplomatique]. Il présente en outre des demandes qui lui sont propres en se fondant sur le préjudice qu'il déclare avoir subi lui-même, directement et à travers ses ressortissants, du fait de la violation par les Etats-Unis des obligations qui leur incombent...*”<sup>1302</sup>. La Cour relève ainsi deux demandes différentes. Or, la distinction prête à confusion : la phrase qui suit les mots “en outre” n'est-elle pas, justement, une parfaite illustration de ce qu'est la protection diplomatique classique ? Quelle est alors la nature de la première demande du Mexique, agissant en protection diplomatique ? Le commentaire de P. Weckel fait d'ailleurs état de cette confusion : présentant la “protection diplomatique en tant qu'action en substitution”, il remarque que “à la fois dans l'affaire *Mavrommatis* et dans l'affaire *Avena* il est question de “droit propre” de l'Etat. Toutefois la CPJI avait employé cette formule pour décrire la protection diplomatique, alors que la CIJ en fait usage pour identifier une action de nature différente. Y a-t-il contradiction entre les deux jurisprudences ?”<sup>1303</sup>. La réponse à cette question nécessite plusieurs étapes.

Avant tout, selon P. Weckel, le “droit propre” dont il est question n'est, en réalité, pas le même dans les deux cas : dans l'affaire classique *Mavrommatis*, il s'agissait du “droit de faire respecter” le droit international : pour lui, “il s'agit par conséquent d'un droit d'action, d'un droit processuel” : un droit porté par une norme secondaire, pourrait-on ajouter. Il poursuit en remarquant que “par contre dans l'affaire *Avena*, le “droit de faire respecter”, donc la compétence pour émettre une réclamation internationale, n'est pas visée ; en effet, la CIJ prend en considération le droit de l'Etat que la réclamation a pour objet de préserver”<sup>1304</sup> : un droit porté par la norme primaire violée, pourrait-on préciser. La distinction n'est pas si évidente. Dans l'affaire *Mavrommatis*, n'a-t-on pas conceptualisé la protection diplomatique comme mettant en œuvre les droits de l'Etat, non pas le seul droit processuel de réclamer, mais également le droit violé ? L'Etat est la personne victime d'un préjudice (médiat, mais réel et direct) et le titulaire du droit d'agir. La fiction de l'institution ne dissociait pas le destinataire des normes primaires et des normes secondaires, qui se résumait à la seule personne étatique. Non seulement la victime individuelle était incapable d'obtenir réparation, mais elle n'était pas titulaire d'un droit subjectif international. Il n'est peut-être pas inutile de rappeler le fonctionnement

<sup>1302</sup> CIJ, arrêt du 31 mars 2004, § 40, p. 26.

<sup>1303</sup> Chronique P. Weckel, *RGDIP* 2004-3, p. 735.

<sup>1304</sup> *Ibid.*

dualiste de la protection diplomatique classique, qui nie tout droit subjectif internationalement conféré à l'individu : le préjudice de l'individu est un préjudice interne, qui ne fait qu'entraîner un préjudice international de l'Etat. La procédure internationale ne considère le premier que comme un fait, non comme la violation d'une obligation internationale à l'égard du ressortissant. Or, l'opposition effectuée par P. Weckel ne conduit-elle pas à considérer paradoxalement que si, dans l'affaire Avena, l'Etat doté de la capacité d'agir fait valoir ses droits propres, *a contrario* cela signifie que dans l'affaire Mavrommatis il disposait de la capacité d'agir, mais pour demander le respect de droits individuels ?

P. Weckel affirme ensuite que “à la lumière de l'affaire Avena la protection diplomatique peut donc être analysée comme une **substitution d'action**... Dans toutes ces situations le substituant exerce **son droit propre** et il n'agit donc pas par représentation”<sup>1305</sup>. Ainsi, pour l'auteur, dans l'affaire Mavrommatis comme dans l'affaire Avena, le droit à l'action est celui de l'Etat, et c'est en cela qu'il s'agit d'une action en substitution. Mais pas seulement : en effet, il achève son raisonnement en expliquant que, pour ce cas, “l'action de l'Etat est substituée à celle du ressortissant, mais les droits dont cette procédure assure la protection **appartiennent bien à l'individu**...” : n'a-t-il pas affirmé l'inverse quelques lignes plus haut, lorsqu'il a affirmé que la CIJ tient compte du “droit de l'Etat que la réclamation a pour objet de préserver” ? C'est donc que, si la requête mexicaine constitue une action en substitution en terme de droit à l'action, elle fait aussi valoir des droits (subjectifs) à la fois étatiques et individuels : ainsi, au regard des droits défendus, elle n'est que partiellement une action en représentation de ceux de l'individu.

En résumé, P. Weckel explique que le droit à l'action est toujours étatique, et justifie ainsi l'appellation de substitution. Ensuite, il explique que les droits défendus sont à la fois ceux de l'Etat, agissant en son nom propre sur le fond, et en représentation des droits de ses nationaux. C'est l'action en nom propre que Santulli nomme protection diplomatique, la seconde étant bien représentation. La première demande réparation du préjudice direct de l'Etat, la seconde réparation du préjudice individuel. Existe-t-il vraiment deux actions de nature différente, comme le soutient C. Santulli ? Ou bien, aujourd'hui, n'est-ce pas la vocation de toute procédure de protection diplomatique, de désormais reconnaître l'existence des droits internationaux des particuliers ?

## 2. Deux actions différentes, ou évolution de la protection diplomatique ?

La distinction entre substitution et représentation n'est pas évidente, ni d'un point de vue théorique, ni au regard de la pratique récente. Ainsi, on a pu soutenir “la

<sup>1305</sup> Chronique P. Weckel, *op.cit.*, p. 735. C'est l'auteur qui souligne.

définition de la représentation qui consiste en un rapport juridique selon lequel le sujet représentant se **substitue** au sujet représenté dans l'exercice de ses compétences propres vis-à-vis d'autres sujets de droit international..."<sup>1306</sup>. L'auteur explique que "ainsi tout se passe comme si le sujet représenté avait agi lui-même", mais il ajoute immédiatement que "la notion de substitution dans l'exercice des compétences répond mieux à l'explication de la représentation que la notion de volonté ou de personnalité..."<sup>1307</sup>. Ici, il n'y a donc pas d'opposition de nature entre substitution et représentation. Cependant, on doit souligner que l'auteur étudie la représentation dans les rapports strictement interétatiques, ne faisant nullement référence à la protection diplomatique. Dès lors, la notion de substitution qu'il développe n'implique pas la fiction de la "novation" du droit impliquée par la protection diplomatique.

Un retour sur l'affaire Mavrommatis semble nécessaire : C. Santulli l'évoque pour insister sur l'exclusivité du droit subjectif de l'Etat (et donc du droit à réparation qui l'accompagne)<sup>1308</sup>, alors que P. Weckel la cite en estimant que la CPJI n'a justifié que le droit à l'action de l'Etat et non le droit défendu au fond. L'opposition présentée par l'auteur entre les décisions Mavrommatis et Avena paraît quelque peu inexacte : la CPJI évoquait bien, outre le droit à l'action, également les droits défendus. En 1924, elle affirme que "il est vrai que l'Etat ne se substitue point à son ressortissant, qu'il fait valoir son propre droit et que partant, dans les négociations peuvent intervenir des considérations étrangères à la discussion qui avait eu lieu auparavant entre l'individu et les autorités compétentes"<sup>1309</sup>. Ce n'est donc pas qu'en termes de droit à l'action que raisonnait la CPJI.

On peut également souligner que la fiction éliminant les droits individuels a été fortement contestée au sein même de la CPJI : cinq opinions dissidentes considéraient qu'il ne s'agissait que d'un litige privé et optaient pour l'incompétence de la Cour. C'était ainsi le cas du juge Oda, "il faut donc considérer que la requête de celui-ci [Etat membre SdN] doit être présentée exclusivement en vue de sauvegarder un intérêt général et que la simple subrogation de l'Etat à l'individu pour faire valoir un intérêt privé, est inadmissible"<sup>1310</sup>.

Lorsque l'affaire fut jugée sur le fond, l'année suivante, il est indéniable que les demandes grecques constituaient déjà une forme de représentation. Ainsi, la Grèce

<sup>1306</sup> R. Daoudi, "La représentation en droit international public", in *Mélanges P. Reuter*, Pedone, 1981, p. 209. C'est nous qui soulignons.

<sup>1307</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>1308</sup> Il ne cite que très rapidement l'affaire Mavrommatis, pour déclarer que "si les droits des particuliers sont en jeu, seuls ceux de l'Etat sont en cause" : C. Santulli, "Entre protection diplomatique et action directe : la représentation", *op.cit.*, p. 86.

<sup>1309</sup> CIJ, arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis*, Série A, no.2, Recueil p. 13. Il s'agissait ici, pour la Cour, de réfléchir à une seconde condition de recevabilité de la requête : le litige interétatique relatif au mandat ne devait pouvoir être résolu par négociation. Sans délimiter les droits de chacun (Etat ou individu), elle affirme par principe que les arguments invoqués au fond n'étaient pas nécessairement les mêmes, selon que le litige opposait l'individu à l'Etat de résidence, ou les deux Etats en cause sou mis à l'obligation de négociation préalable. En l'espèce, les arguments étaient exactement les mêmes, quelles que soient les parties au litige, individu ou Etat.

<sup>1310</sup> *Ibid.*, p. 85.

demandait une indemnisation, non pour elle, mais pour son ressortissant : “*cette requête conclut à ce qu'il plaise à la Cour dire et juger qu'à tort le Gouvernement...a refusé depuis 1921 de reconnaître dans toute leur étendue les droits résultant en faveur de M. Mavrommatis des contrats et accords...Que le Gouvernement de sa Majesté britannique est tenu à la réparation du préjudice subi de ce chef par ledit sujet hellénique et évalué à la somme de...*”<sup>1311</sup>. L'Etat ne demandait nullement réparation d'un préjudice subi par lui, mais la restitution du droit à l'individu lésé. Face au gouvernement britannique, la Grèce estime “*qu'en rendant directement ou indirectement impossible l'exécution des travaux concédés au réclamant, il doit lui payer une indemnité*”<sup>1312</sup>. Or, le réclamant visé ici est bien l'individu, Mavrommatis, et non l'Etat grec.

Dans son arrêt de 1925, la Cour reconnaît bien qu'il y a eu violation du droit international par la puissance mandataire<sup>1313</sup>. Cependant, elle rejette la demande de réparation, au motif de l'absence de préjudice individuel. L'idée même d'un préjudice étatique n'est pas évoqué par la Cour. Elle ne fait que constater “*que l'existence, pendant un certain temps, de la faculté pour M. Rutenberg d'exiger l'annulation desdites concessions de M. Mavrommatis n'était pas conforme aux obligations internationales contractées par le Mandataire pour la Palestine ; qu'aucun préjudice résultant de ce fait au détriment de M. Mavrommatis n'a été prouvé ; que, dès lors, il y a lieu de débouter le gouvernement hellénique de sa demande en indemnité*”<sup>1314</sup>.

La fiction élaborée en 1924 pour reconnaître la recevabilité de la requête présentait donc déjà ses limites dès l'année suivante. La requête grecque était, sur le fond, déjà une action en représentation. Cela ne signifie nullement qu'il n'y a pas eu d'évolution significative devant la CIJ, au contraire : aujourd'hui, la Cour internationale accepte le fait que l'action représente l'individu, et se dispense du détour par la fiction du droit étatique. Pour reconnaître la compétence de la CIJ, les juges reconnaissent que l'action peut faire valoir un intérêt privé en même temps qu'un intérêt propre de l'Etat.

Faut-il alors vraiment opposer, aujourd'hui, protection diplomatique et représentation ? L'affaire Avena est-elle donc un recours en protection diplomatique ou en représentation, ou les deux à la fois ? Le passage cité de l'arrêt Avena qui distingue l'action en protection diplomatique du Mexique et, "en outre", des demandes propres fondées sur le préjudice étatique, est significatif : il y a, d'un côté, une demande destinée à faire valoir un intérêt (juridique) individuel, de l'autre une demande de

<sup>1311</sup> CIJ, arrêt du 26 mars 1925, *Concessions Mavrommatis*, Série A, no. 5, Recueil p. 7.

<sup>1312</sup> *Ibid.*, p. 8, C'est nous qui soulignons.

<sup>1313</sup> Série A, no. 5, arrêt du 26 mars 1925, p. 50 : “*la Cour estime donc que les concessions octroyées à M. Mavrommatis à Jérusalem tombent sous le coup de l'article 4 du Protocole XII (accord international) et que leur bénéficiaire a le droit d'exiger qu'elles soient mises, par une réadaptation, en conformité avec les conditions économiques nouvelles. Toutefois, s'il rentre dans les attributions de la Cour de proclamer le droit du concessionnaire à la réadaptation de ses contrats, elle ne saurait fixer elle-même les modalités que cette réadaptation comporte*”.

<sup>1314</sup> Conclusions, *ibid.*, p. 51.

réparation d'un préjudice non seulement direct, mais immédiat<sup>1315</sup>. Les conclusions mexicaines demandaient ainsi à la Cour de dire que les Etats-Unis “*ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre **et** dans l'exercice du droit qu'à cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants...*”<sup>1316</sup>.

Une distinction différente pourrait alors être effectuée, entre l'action en protection diplomatique qui représente l'individu et demande réparation pour lui, et l'action directe de l'Etat fondée sur son préjudice **immédiat**. L'affaire Avena caractériserait les deux. Ainsi, la pertinence de l'emploi du terme "d'action en substitution" pour caractériser la protection diplomatique, pourrait peut-être être remise en cause. Lorsque la Cour affirme que le Mexique agit "en nom propre", elle ne vise pas l'action substitutive qui existait dans la protection diplomatique classique<sup>1317</sup>. L'affaire Avena illustre donc, en quelque sorte, un recours "deux-en-un" : deux préjudices, l'un étatique, l'autre individuel ; deux sortes d'actions, l'une directe, l'autre en représentation ; une réparation commune. Si l'on considère que l'association entre droits étatiques et droits individuels peut se développer, peut-être l'affaire préfigure-t-elle l'avenir de la protection diplomatique, plutôt que son étiolement au profit d'actions de nature différente.

L'objectif classique de la protection diplomatique, qui est de faire valoir des droits propres à l'Etat, ne peut plus être affirmé de façon exclusive. Or, certains considèrent que si l'action exercée par l'Etat n'est pas destinée à cette fin, il ne s'agit plus réellement de protection diplomatique : “*peut-on soutenir vraiment qu'un Etat agit en protection diplomatique lorsqu'il réclame d'un autre le respect des droits de l'homme en faveur de ses ressortissants ?*”, s'interroge L. Condorelli<sup>1318</sup>. Les actions exercées au nom de la protection diplomatique impliquent l'individu à des degrés divers, ce qui peut inciter à dissocier les types d'action. Dès lors, on peut envisager l'hypothèse d'une évolution, plus que d'une restriction, de la nature de la protection diplomatique. C'est ainsi que L. Condorelli, estime que “*la protection diplomatique doit être finalement vue comme l'expression*

<sup>1315</sup> P.M. Dupuy, dans ses plaidoiries, soulignait bien la différence. En effet, après avoir rappelé que, dans la protection diplomatique, les dommages subis par l'Etat sont médiats mais jamais indirects, il souligne que “*sont en revanche et directs et immédiats ceux que le Mexique se voit infligés lorsque ses services consulaires sont empêchés de fonctionner au bénéfice de ses ressortissants attirés devant des juridictions américaines*” : CR 2003/25, p. 58. C'est nous qui soulignons.

<sup>1316</sup> CIJ, arrêt du 31 mars 2004, § 40, p. 26. C'est nous qui soulignons.

<sup>1317</sup> En effet, elle observe 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. Dans ces circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants...*”. La conclusion de ce raisonnement est destinée à justifier la mise à l'écart de la règle de l'épuisement des recours internes. Ainsi, cette règle est d'une grande importance pour distinguer la nature des différentes actions, qu'il s'agisse de l'action directe de l'individu, de la substitution, de la représentation ou de l'action directement interétatique. Voir *infra*, chapitre II, surtout pp. 566-566.

<sup>1318</sup> L. Condorelli, “L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 21.

*d'un régime général flexible...*” et que “*c'est finalement une question d'appréciation que de décider, dans certains cas limites, si l'on est confronté à une forme de protection diplomatique réaménagée de manière importante, ou bien plutôt à un moyen différent et original qui en retrancherait le champ d'application*”<sup>1319</sup>. En effet, soit on considère qu'il n'y a pas protection diplomatique, mais action en représentation, dans laquelle l'individu est partiellement sujet de droit international, titulaire des droits subjectifs et du droit secondaire à réparation ; le champ d'application de la protection diplomatique serait donc considérablement réduit. Soit on accepte un élargissement de la protection diplomatique, incluant désormais une part de représentation, et reconnaissant de façon progressive la personnalité individuelle : la titularité de droits subjectifs internationaux entraîne un droit à réparation de l'individu. Le caractère indirect de l'action n'empêcherait pas de reconnaître que l'individu est, en même temps que l'Etat, destinataire de règles secondaires du droit international.

Enfin, peut-on relever, dans la protection diplomatique, les indices d'une capacité individuelle ? Non, pas directement. Mais progressivement, la reconnaissance de droits primaires protégés par le biais de la protection diplomatique conçue comme action en représentation peut entraîner des droits secondaires à réclamation et à réparation, que l'on peut placer au sein du second critère de la personnalité, relatif à la capacité processuelle.

---

<sup>1319</sup> L. Condorelli, “L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique”, *op.cit.*, pp. 26-27.

## Conclusion chapitre I

Le droit international classique ne conçoit la relation entre l'Etat et ses ressortissants que comme un rapport interne, même lorsqu'un Etat tiers intervient, causant des dommages à ces ressortissants. Il dissocie la situation du national et de l'étranger, ce dernier bénéficiant seul de la protection d'une norme primaire internationale mal définie, imposant un "standard de traitement" juste ou équitable. Il dissocie également les destinataires des normes primaires et secondaires : si l'étranger peut éventuellement être destinataire de normes primaires, il n'est aucunement concerné par les règles secondaires : il n'a aucune capacité internationale de faire valoir ses droits. Par le biais d'une fiction, le dommage fini par être réparé : toutefois, entre-temps, la relation est devenue internationale, interétatique. Le dommage que l'on fait prévaloir s'est muté en préjudice subi par l'Etat. Seul titulaire du droit à réclamation internationale, seul capable d'engager la responsabilité d'un autre Etat, l'Etat fait valoir des droits dont il est l'unique titulaire. Le préjudice substantiel de l'individu s'efface devant le préjudice juridique de l'Etat. Si réparation du préjudice individuel il y a, elle ne s'effectue à nouveau qu'au regard du droit interne.

Les raisons sont nombreuses, qui incitaient à revoir la copie classique de la protection diplomatique. Conçue à une époque de souveraineté étatique absolue, elle a évolué en pratique : la théorie devrait alors être ajustée. Les limites avérées de la fiction, autant que les contestations doctrinales récurrentes, révèlent l'évolution de la prise en compte de l'individu par le droit de la responsabilité internationale de l'Etat. On peut alors s'associer à la conclusion de M. Bennouna, lorsqu'il expose que "*nous pensons donc que le temps des catégories étanches et des approches manichéennes du droit international est révolu. Nous assistons dorénavant à des continuités, aussi bien entre l'interne et l'international, qu'entre l'interétatique et le communautaire, avec des prédominances selon les domaines concernés*"<sup>1320</sup>. Bien que la codification du domaine de la protection diplomatique ne soit certainement pas allée aussi loin que l'aurait souhaité l'auteur, les règles contemporaines associent bien davantage les droits étatiques et les droits individuels. Elles impliquent des conséquences certaines sur la capacité d'agir individuelle.

Le droit international contemporain, sous l'influence de la "révolution" des droits de l'homme, a fait entrer les relations entre l'Etat et ses nationaux dans son champ d'application. Les règles régissant la protection diplomatique ont inévitablement évolué sous cette pression. Certes, l'Etat est toujours seul titulaire du droit de déclencher une action engageant la responsabilité internationale d'un autre Etat. J.F. Flauss souligne bien que, "*en l'état actuel du droit international la reconnaissance d'un droit à la protection diplomatique érigé en droit individuel, a fortiori en droit de l'homme, constitue une*

<sup>1320</sup> M. Bennouna, "Rapport préliminaire sur la protection diplomatique", *op.cit.*, p. 10.

*hypothèse d'école. (...) Toutefois, la pratique judiciaire internationale la plus autorisée, en l'occurrence celle de la CIJ, trahit, depuis peu, des frémissements...* ”<sup>1321</sup>. Certes, les réflexions actuelles sont placées sous le signe de l'impressionnisme : de façon encore non stabilisée, la nature de l'institution fait désormais une place réelle à l'individu. On le reconnaît comme destinataire, non seulement de normes primaires lui conférant des droits substantiels, mais également de normes secondaires procédurales. D'un rapport strictement binaire, opposant deux Etats, la protection diplomatique semble devenir un rapport à trois, dans lequel l'action individuelle est, bien qu'indirectement, internationalisée.

L'action n'est plus exclusivement exercée sur la base d'un lien rigide et continu de nationalité. Si un lien d'allégeance entre l'Etat réclamant et le particulier est toujours exigé, les conditions en sont peu à peu assouplies. En outre, il faut cesser d'affirmer radicalement que la question de la réparation d'un préjudice individuel n'est qu'une question de droit interne qui ne concerne pas le droit international de la protection diplomatique. L'affaire Avena a montré, là aussi, non seulement l'interdépendance entre droit interne et droit international pour la mise en œuvre de la réparation, mais aussi la double vocation de la réparation, destinée aux individus comme aux Etats.

Alors, l'individu n'est plus seulement considéré par le droit international général comme "national" ou comme "étranger", mais simplement comme individu éligible à une protection du droit international. Par un rapprochement entre le régime juridique de la protection diplomatique et celui des droits de l'homme, l'on tend à harmoniser un régime de protection internationale des droits de la personne. Ainsi, on a pu lire qu'au regard de la jurisprudence internationale récente, “*la protection diplomatique se détache de la responsabilité internationale pour intégrer une théorie de la protection internationale des personnes*”<sup>1322</sup>. La théorie reste à faire. En outre, il n'est pas certain qu'il faille dissocier ainsi responsabilité de l'Etat et protection des personnes : l'évolution du droit de la responsabilité étatique vers un contentieux partiellement objectif implique parallèlement la prise en compte des droits de la personne. Dans ce contexte, la codification séparée des règles de la responsabilité et de la protection diplomatique est dommage. En 2000, année où le premier projet n'était pas totalement achevé et où le second débutait, un auteur déplorait cette séparation, estimant que “*deux chemins peuvent être parcourus : le premier conduirait à insérer les travaux actuels dans un projet de codification des principes du droit du contentieux international, le second plus réaliste, porterait à élargir le projet de manière à englober d'autres questions se rapportant au statut international des sujets d'origine*

<sup>1321</sup> J.F. Flauss, “Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique : à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X c. Conseil fédéral”, *op.cit.*, p. 407.

<sup>1322</sup> Chronique P. Weckel, Commentaires sur l'arrêt Avena, *op.cit.*, p. 736.

*interne*”<sup>1323</sup>. Si aucun de ces idéaux n'a été retenu, il n'en reste pas moins que la codification effectuée par la CDI est bienvenue pour établir les règles contemporaines. Hésitant entre développement plus que progressif et codification conservatrice, les règles proposées sur la protection diplomatique illustrent une évolution lente du droit qui est encore confirmée par la jurisprudence récente de la CIJ.

De façon générale, les mécanismes internationaux de la responsabilité prennent en compte, dans une certaine mesure, la dimension objective du contentieux de légalité. Les droits et les obligations sont multilatéralisés : la protection diplomatique, qui reste fondamentalement une relation intersubjective, à vocation réparatoire, n'échappe cependant pas à cette tendance. Or, celle-ci est favorable aux individus. En effet, le droit des Etats au respect de la légalité internationale se justifie par la reconnaissance de droits individuels que le droit international doit faire valoir. L'association des droits étatiques et des droits individuels dans les actions récentes en protection diplomatique font ainsi évoluer la nature de l'institution. Loin de dépérir, elle se diversifie en impliquant, parallèlement à l'action directe de l'Etat, une action en représentation de l'individu.

Les affaires LaGrand et Avena ont probablement permis de rappeler que la CIJ peut s'ériger en juridiction protectrice de droits individuels. La protection diplomatique n'est plus un instrument qui empêche absolument l'individu de sortir de l'Etat ; elle est une action parallèle, qui lui permet au contraire de posséder plusieurs moyens de recours internationaux pour faire respecter ses droits.

---

<sup>1323</sup> Chronique C. Santulli, “Travaux de la CDI”, *AFDI* 2000, p. 427.

## Chapitre II. L'épuisement des voies de recours internes : une action subsidiairement internationale de l'individu

En guise de préliminaire, on peut noter qu'il existe au moins deux définitions de la règle de l'épuisement des recours internes ; elles en illustrent bien les différences d'approche. Ainsi, la première énonce qu'il s'agit d'une “*règle de droit international d'après laquelle un Etat ne peut exercer, en principe, contre un autre Etat son droit de protection diplomatique au profit de son ressortissant que si celui-ci a préalablement mis en œuvre sans succès les moyens de redressement que lui offrait la législation de l'Etat contre lequel la réclamation est présentée*”<sup>1324</sup>. Datant de 1960, cette définition présente ainsi la règle dans le contexte de la protection diplomatique. Dès lors, elle est conçue sous un angle de vision étatique : il s'agit d'une condition préalable à une action de l'Etat contre un autre Etat. Effectivement, cette règle est née du contentieux de la protection diplomatique. La jurisprudence internationale du 20<sup>ème</sup> siècle a souligné à plusieurs reprises qu'il s'agit d'une “*règle bien établie de droit international coutumier*”<sup>1325</sup>. A l'origine, son objectif rappelé maintes fois visait, tout comme l'institution de la protection diplomatique, à protéger la souveraineté étatique. L'étranger qui se soumet à la juridiction de l'Etat qui l'accueille doit permettre à celui-ci de réparer des dommages subis, sans déclencher un affrontement entre les souverainetés de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil : les “*remèdes locaux*” (*local remedies*), doivent être privilégiés. De façon plus pratique, on souligne que l'application du principe de l'épuisement des recours internes “*tend à réduire le contentieux international*”, et limite les risques d'envenimer les relations internationales<sup>1326</sup>. Cependant, il ne se limite plus au strict champ de la protection diplomatique. En effet, si la règle est d'origine coutumière en matière de protection diplomatique, elle existe également dans le contentieux des droits de l'homme : la majorité des traités multilatéraux du domaine en font une règle conventionnelle. L'élargissement de son champ d'application explique alors l'évolution des définitions présentées.

Ainsi, une seconde définition figure au Dictionnaire Salmon, pour lequel l'épuisement des recours internes est une “*situation résultant de l'utilisation, sans succès, par un particulier de l'ensemble des moyens de redressement mis à sa disposition par le droit interne de l'Etat auteur à son égard d'un fait internationalement illicite*”<sup>1327</sup>. La différence d'approche est nette : ici, la règle est perçue sous l'angle de vision de l'individu, la mention du recours international de l'Etat ayant disparu. En outre, elle exprime l'idée que le particulier peut être victime d'un fait internationalement illicite commis par un Etat. L'internationalité

<sup>1324</sup> *Dictionnaire de terminologie du droit international, op.cit.*, p. 259.

<sup>1325</sup> CIJ, *Interhandel*, exceptions préliminaires, arrêt du 21 mars 1959, Recueil p. 27.

<sup>1326</sup> J. Chappetz, “Protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 22.

<sup>1327</sup> *Dictionnaire du droit international, op.cit.*, p. 437. C'est nous qui soulignons.

du fait, qui peut aujourd'hui émaner aussi bien de l'Etat de nationalité que de l'Etat de résidence, est loin d'être une évidence.

En effet, si l'épuisement des recours internes est une règle de droit international, son exercice s'effectue dans l'ordre juridique interne. Il s'agit d'une manifestation de l'écran étatique, tout comme l'est encore la protection diplomatique. Dès lors, la question des rapports de système resurgit inévitablement ; la nature de la règle pose bien des problèmes théoriques, du fait de l'étroite implication de l'ordre international et des ordres internes. La démarche d'analyse du principe révèle alors, en général, la nécessité de remonter en amont, à la nature des obligations violées par l'Etat : s'agit-il d'obligations internationales ? A quel moment la violation de l'obligation est-elle un fait internationalement illicite, et non plus seulement interne ? Qui est la victime du fait dommageable ? L'individu, situé dans l'ordre interne, peut-il réellement être victime d'un fait internationalement illicite ?

Ces questions se sont posées lorsque la CDI a envisagé de codifier la responsabilité internationale de l'Etat. Or, si ce travail de codification a duré plus de cinquante ans, si R. Ago y a consacré une grande partie de sa vie, c'est bien en raison des difficultés posées par la règle de l'épuisement des recours internes. En réalité, la présence sous-jacente de l'individu dans le contentieux international, en tant que victime d'un dommage, empêchait de concevoir la responsabilité internationale comme une relation simple, strictement interétatique. On sait que, finalement, la codification a pu être achevée en 2001 en raison du renoncement à résoudre les problèmes théoriques et doctrinaux dans ce cadre, pour les transférer dans un autre : la dissociation entre responsabilité internationale et protection diplomatique était bienvenue, mais n'éliminait pas les problèmes de l'*«épuisement des recours internes, terrible héritage pour le projet de protection diplomatique»*<sup>1328</sup>. Ce projet semble en bonne voie d'achèvement : la difficile codification de la règle a eu lieu, au prix d'un compromis. En effet, le débat fondamental autour de la nature de la règle a finalement été contourné. Cependant, on dispose des éléments essentiels permettant de répondre aux questions posées.

L'approche traditionnelle de la règle se divise en un exposé de sa nature théorique, qui conditionne ensuite les conditions concrètes de sa mise en œuvre : on ne dérogera pas à cette logique. En effet, l'identification de la nature de la règle, dans le contexte des rapports de système, est indispensable pour délimiter la position de l'individu dans le contentieux international (Section I). Ce n'est qu'ensuite que l'on peut analyser le champ d'application contemporain de l'épuisement des recours internes, qui révèle un maintien temporaire de l'individu dans l'ordre interne (Section II).

---

<sup>1328</sup> C. Santulli, "Travaux de la CDI", *Chronique AFDI* 2000, p. 426.

### ***Section I. Nature de la règle et conséquences sur la position de l'individu dans le contentieux international***

L'épuisement des recours internes est-elle une règle de procédure ou une règle de fond ? Telle est la question cruciale, qui fait encore débat au sein de la doctrine. De façon schématique, *“cette solution s'explique d'abord par l'existence de deux courants doctrinaux, dualiste et moniste... Selon la conception adoptée, la règle apparaît soit comme une règle de fond, soit comme une règle de procédure”* <sup>1329</sup>. Dans le cadre de la protection diplomatique, les auteurs monistes présentent volontiers l'épuisement des recours internes comme une des conditions de recevabilité de l'action internationale de l'Etat, au même titre que les conditions de nationalité <sup>1330</sup>. A l'opposé, certains considèrent que *“cette proposition, qui a toutes les apparences d'une règle de procédure, est en réalité essentiellement liée à des exigences de fond... elle signifie que la condition du fait illicite international n'est pas remplie tant qu'un organe de l'Etat dispose encore du moyen de réformer l'agissement...”* <sup>1331</sup>. Cette solution affecte l'existence même de la responsabilité internationale. Tant que les actes portant préjudice à l'individu peuvent être "rattrapés" au niveau interne, il n'y a pas de responsabilité internationale de l'Etat. La CDI, sous l'influence de R. Ago, s'est longtemps cantonnée dans ce registre. Dans ce cas, ce n'est plus une exception d'irrecevabilité qui est soulevée devant le juge international, mais une exception d'incompétence : s'il n'y a pas de violation du droit international mais du seul droit interne, la juridiction internationale ne saurait en connaître.

L'étude de l'épuisement des voies de recours internes permet de savoir à quel moment naît la responsabilité internationale de l'Etat. Cependant, on passe largement sous silence la question de savoir envers qui naît cette responsabilité. On se contente alors largement d'une approche interétatique, quelque peu incomplète : le statut de l'individu occupe pourtant une place importante dans la problématique. Ainsi, à travers l'étude de la nature de la règle, on s'efforcera essentiellement de discerner la nature du rapport entre l'individu et l'Etat responsable du fait illicite. L'épuisement des recours internes, en tant qu'obligation internationale, ne pèse-t-elle pas sur l'individu plutôt que sur l'Etat ?

En tant que règle de fond, l'épuisement des recours internes est une condition d'existence de la responsabilité internationale de l'Etat (I). En tant que règle de procédure, elle est une condition de recevabilité de l'action internationale en responsabilité (II). Du point de vue de la victime initiale, c'est-à-dire l'individu, la distinction est déterminante.

<sup>1329</sup> J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, p. 9.

<sup>1330</sup> C'est ainsi la position défendue par Bourquin, Scelle, Perrin, et Amerasinghe.

<sup>1331</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 5<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 550. Outre ces auteurs, cette position a été défendue par Anzilotti, Borchard, Ago, Gaja, et O'Connell.

## I. Règle de fond : une condition d'existence de la responsabilité internationale de l'Etat

Dans cette première approche, l'épuisement des recours internes détermine le moment de "consommation" du fait illicite. Ainsi, la responsabilité internationale de l'Etat est différée par l'application de la règle (A). Cela entraîne des conséquences critiquables quant au titulaire du droit violé : en effet, cette position conduit à la négation de tout droit internationalement conféré à l'individu (B).

### A. Une responsabilité internationale étatique différée

La responsabilité internationale est engagée lorsqu'un fait internationalement illicite se produit. Comme on l'a vu, le moment de sa naissance dépend de deux questions préalables : quand le fait causant un dommage aux individus est-il un fait "internationalement" illicite ? Plus en amont, quand l'obligation violée est-elle réellement internationale ? Pour répondre à ces questions, R. Ago avait établi une typologie des obligations internationales de l'Etat (1). Elle permettait de définir le moment de l'illicéité : celui-ci fait intervenir la règle de l'épuisement des recours internes en relation avec le fait étatique complexe (2).

#### 1. La typologie des obligations internationales

Ce classement des obligations internationales a fait l'objet de critiques abondantes et virulentes ; néanmoins, il a perduré pendant plusieurs décennies, marquant de son empreinte l'ensemble de la codification du droit de la responsabilité internationale, jusqu'à ces dernières années. La typologie présentée par R. Ago s'appuie sur la distinction entre deux sortes d'obligations internationales.

D'une part, certaines obligations imposent à l'Etat d'adopter un "comportement spécifiquement déterminé" : dans ce premier cas, la conduite de l'Etat est totalement encadrée par la norme internationale, qui lui indique tant le résultat à obtenir que les moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. Il s'agit d'une "*obligation dont la réalisation ne laisse à l'Etat d'autre choix que celui des instruments juridiques dans lesquels va se couler une norme dont il n'a plus la maîtrise*"<sup>1332</sup>. Elle a été surnommée obligation de "comportement ou obligation de moyen". Cette première forme d'obligation pose relativement peu de problème à la doctrine. En revanche, "*moins homogène, l'obligation de résultat déterminé*

---

<sup>1332</sup> J. Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses", in *Mélanges P. Reuter*, Pedone, Paris, 1981, p. 186. On se contentera ici d'une présentation assez simple de la classification : en effet, l'objectif de cet exposé est de mettre en lumière la façon générale dont ces obligations peuvent être exécutées en droit interne, et les conséquences qui en découlent pour l'individu. Dès lors, il ne s'agit pas d'approfondir la typologie. Pour une série abondante d'exemples concrets d'obligations internationales, voir à la fois l'article de J. Combacau précité, ainsi que J. Salmon, "Le fait étatique complexe : une notion contestable", *AFDI* 1982, notamment pp. 716-719.

*soulève des difficultés de définition beaucoup plus grande*"<sup>1333</sup>. Ainsi, d'autre part, la conduite de l'Etat peut être faiblement conditionnée par la norme internationale : celle-ci lui indique le résultat à atteindre mais lui laisse le choix des moyens qui lui permettront de remplir son obligation. On reconnaît ici une certaine familiarité avec la directive européenne. Baptisée par R. Ago "obligation de résultat", elle se décline à son tour en plusieurs obligations, selon le degré de liberté qu'elle accorde à l'Etat. Ici, la compétence étatique de mise en œuvre de l'obligation n'est pas totalement liée, mais simplement conditionnée, de façon plus ou moins souple. L'obligation de comportement est donc bien plus précise, plus exigeante, plus "forte", que l'obligation de résultat.

Avant tout approfondissement, il faut souligner que la distinction sémantique entre obligations de moyen et de résultat est fort malaisée, notamment pour les juristes français : en effet, elle ne correspond nullement à la dichotomie que l'on connaît en droit français. Comme l'explique J. Combacau, "*le pivot de la distinction est désormais le degré de liberté laissé au débiteur de l'obligation dans le choix des procédés par lesquels il peut l'exécuter, et non plus le caractère plus ou moins aléatoire du résultat escompté*"<sup>1334</sup>. Or, dans les obligations internationales, comme le souligne justement l'auteur, "*l'alternative n'est pas entre réussir et s'efforcer ; la réussite figure dans chacun de ses termes*"<sup>1335</sup>. Sans prendre tout à fait le contrepied de la distinction du droit interne, la présentation de R. Ago s'en détache clairement. Ainsi, en droit international, "*les obligations de "résultat" prédominent lorsque l'on souhaite parvenir à une situation donnée dans le cadre du système du droit interne de l'Etat. Il en est ainsi dans le cas où le droit international respecte la liberté de l'Etat et se borne simplement à lui indiquer le résultat en lui laissant le choix des moyens pour y parvenir*"<sup>1336</sup>. On peut rapprocher cette classification d'une autre bien connue en droit administratif, qui part également du degré de liberté étatique. Ainsi, entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée, l'Etat possède une compétence conditionnée par une série d'obligations plus ou moins contraignantes. De la nature de l'obligation dépendra alors l'étendue du contrôle du juge administratif. Dans l'esprit de R. Ago, plus la marge de manœuvre est grande dans

---

<sup>1333</sup> J. Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses", *op.cit.*, p. 187.

<sup>1334</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>1335</sup> *Ibid.* En droit civil français, l'obligation de moyen n'oblige pas à un résultat : le débiteur doit faire de son mieux, et ne sera responsable qu'en cas de faute. L'obligation de résultat, quant à elle, n'implique pas un degré de permissivité : elle exprime simplement l'idée que le débiteur doit parvenir à un résultat, quel que soit le moyen utilisé. Pourtant, le droit interne connaît une classification des obligations qui correspond plus ou moins à celle établie par R. Ago. Ainsi, l'article précité de J. Salmon fait référence aux obligations alternatives, conjonctives ou facultatives. L'obligation est alternative lorsque le débiteur, devant deux prestations, peut n'en exécuter qu'une seule. Elle est conjonctive lorsqu'elle contraint le débiteur à plusieurs prestations. Enfin, elle est facultative lorsque, imposant un objet unique, le débiteur peut néanmoins s'en libérer en effectuant une autre prestation, de "rattrapage". Transposée au droit international, celle-ci signifie que l'Etat possède une chaîne de moyens pour exécuter son (ou ses) obligation(s) : il n'est pas responsable tant que la chaîne n'a pas atteint son terme : voir *infra*, 2.

<sup>1336</sup> Rapport de la CDI, *ACDI* 1977, vol. I, p. 233.

l'exécution interne des obligations internationales, plus il convient d'inciter la justice interne, et non le juge international, à remplir son office.

Les obligations de résultat se déclinent alors, selon les présentations doctrinales, en trois ou quatre formes. Ainsi, J. Combacau discerne trois situations distinctes<sup>1337</sup>. En revanche, J. Salmon en compte quatre : il s'agit cependant plus d'un exposé de la situation générale, suivie de trois précisions de cette situation. En effet, sa première hypothèse, appuyée par l'exemple des directives européennes, est simplement celle dans laquelle l'Etat possède une liberté de choix. Ensuite, “*l'obligation sans exiger un comportement déterminé souligne le caractère souhaitable de l'un d'eux*”, puis “*la structure de l'obligation donne à l'Etat la possibilité de porter remède aux effets d'un comportement initial opposé à l'obligation par un nouveau moyen afin d'atteindre le résultat requis par l'obligation*”. Enfin, la quatrième hypothèse est celle où “*l'Etat peut s'acquitter de son obligation par un résultat de rechange*”<sup>1338</sup>. Les critiques ont essentiellement porté sur ces déclinaisons<sup>1339</sup>. En effet, parmi celles-ci, on peut souligner que de très nombreuses obligations internationales contiennent à la fois des éléments de comportement et des éléments de résultat : les dissocier autant complique à l'envisager la situation<sup>1340</sup>.

Quoiqu'il en soit, c'est bien sur cette obligation de résultat qu'il faut mettre l'accent : en cas de non respect de cette obligation par l'Etat, la responsabilité internationale de celui-ci n'est pas immédiatement engagée. En effet, par le biais de l'épuisement des recours internes, elle est différée jusqu'à ce que l'Etat ait achevé de commettre un “fait illicite complexe”. Ainsi, comme le souligne C. Santulli, “*on n'ignore*

<sup>1337</sup> Dans un premier cas, l'Etat se trouve face à un choix binaire mais instantané : s'il utilise un moyen, il ne peut plus “l'échanger”. Dans un second cas, le choix est toujours binaire mais interchangeable : en cas d'échec du premier moyen, l'Etat peut en utiliser un autre. Enfin, la troisième situation serait celle d'un choix multiple et interchangeable. C'est à celle-ci que l'on s'attachera essentiellement, en ce qu'elle est liée au fait complexe et à l'épuisement des recours internes. J. Combacau, “Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses”, *op.cit.*, pp. 187-188.

<sup>1338</sup> J. Salmon, “Le fait étatique complexe : une notion contestable”, *op.cit.*, pp. 718-719.

<sup>1339</sup> Ainsi, J. Combacau déplore d'abord l'indifférence de la doctrine internationaliste française à l'égard d'une théorie des obligations internationales, exception faite de P. Reuter. Cependant, contrairement à R. Ago, P. Reuter n'était pas favorable à la dissociation entre moyen et résultat, et préférait envisager les situations en terme de degré de force obligatoire. Comme le titre de son article l'annonce, la classification des obligations suscite chez J. Combacau, comme chez le lecteur, plus de questions que de réponses. L'auteur, bien qu'appartenant à l'école dualiste, présente une critique de la position de R. Ago : il ne s'agit pas, pour lui, d'affirmer qu'une typologie est inutile, mais de démontrer que celle-ci est insatisfaisante car elle manque de “netteté”. Il estime en effet que l'échelle de permissivité établie par Ago n'est d'aucune utilité, car il suffit de considérer que dès lors que l'Etat possède une marge de manœuvre, il s'agit d'une obligation de résultat. J. Combacau, “Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses”, *op.cit.*, pp. 187 s. Deux autres critiques peuvent également être soulignées. Ainsi, pour J. Salmon, le maniement de la typologie est trop compliqué ; en outre, “*la notion d'obligation de résultat telle qu'elle est proposée dans les troisième et quatrième hypothèses porte atteinte à l'existence de l'obligation*” : J. Salmon, “Le fait étatique complexe : une notion contestable”, *op.cit.*, p. 727. Plus récemment, E. Wyler a également jugé la classification trop théorique et impraticable : E. Wyler, “Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite”, *RGDIP* 1991, pp. 881-910.

<sup>1340</sup> Voir ainsi P.M. Dupuy, “Le fait générateur de la responsabilité internationale”, *RCADI* 1984, vol. 188, p. 48 s.

*pas que l'ancienne distinction entre "obligations de comportement déterminé" et "obligations de résultat déterminé", sabrée par la Commission, avait été introduite dans le projet relatif à la responsabilité internationale des Etats pour rendre compte de l'effet de la règle de l'épuisement des recours internes sur la détermination du moment de la consommation des faits illicites"* <sup>1341</sup>. Ce moment dépend de la violation de l'obligation de résultat par le fait complexe.

## 2. La violation de l'obligation : le fait étatique complexe

La classification des obligations effectuées permet de savoir à quel moment un fait illicite engage la responsabilité internationale de l'Etat. Ainsi, selon R. Ago, face à une obligation de comportement totalement définie, un seul fait contraire commis par l'Etat suffit à produire une illicéité internationale. Ce fait engage immédiatement sa responsabilité internationale. En revanche, face à une obligation de résultat, plus permissive, la violation ne peut qu'être le produit de plusieurs actes successifs. Le fait illicite se réalise ainsi en plusieurs temps, et seul son achèvement fait naître la responsabilité internationale. Or, cette théorie considère qu'il est achevé uniquement lorsque les recours internes ont été épuisés par le particulier : le fait devient *internationalement* illicite au jour du jugement final déboutant l'individu. Ainsi, *"le fait internationalement illicite complexe est donc l'aboutissement global de tous les comportements adoptés, à des étapes successives, dans un cas d'espèce donné par des organes étatiques, comportement dont chacun aurait pu assurer le résultat internationalement requis et donc chacun a manqué à le faire"* <sup>1342</sup>.

On évoque alors la notion de "rattrapage" : l'Etat dispose de plusieurs moyens pour exécuter son obligation. Une action erronée, ou une abstention, peut alors sembler entraîner un préjudice pour les particuliers. Cependant, l'Etat n'est pas encore responsable envers l'Etat de nationalité de l'individu et peut rattraper ou corriger son erreur en exécutant l'obligation d'une autre manière. Ainsi, *"de moyen en moyen, l'Etat dérape dans l'exécution de son obligation internationale, mais il ne choit réellement que quand tous les moyens disponibles ont été mis en œuvre, par l'intermédiaire de l'ensemble de ses organes, sans que soit atteint pourtant le résultat requis ; c'est en cela que cette modalité de l'obligation de résultat est liée essentiellement à la règle de l'épuisement des recours internes, qui n'en est que le revers : d'un côté, l'Etat dispose de plusieurs moyens successifs de remplir son obligation en matière de traitement des étrangers et il doit les tenir disponibles ; de l'autre l'étranger a plusieurs moyens successifs d'obtenir le respect de ses droits...l'obligation n'est violée pour l'un, le droit fondé pour l'autre, que quand le dernier des maillons de cette chaîne de moyens a cédé"* <sup>1343</sup>. A l'extrême, cette exécution peut être effectuée, selon cette théorie, par le biais d'une réparation accordée par un juge interne.

<sup>1341</sup> C. Santulli, "Travaux de la CDI", *Chronique AFDI* 2001, p. 376.

<sup>1342</sup> J. Salmon, "Le fait étatique complexe : une notion contestable", *AFDI* 1982, p. 713.

<sup>1343</sup> J. Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses", *op.cit.*, p. 189.

Jusqu'en 2000, cette idée était exprimée par l'article 22 de l'ancien projet de codification de la responsabilité : codifiant la règle de l'épuisement des voies de recours internes, il disposait que *“lorsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles, sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent”*<sup>1344</sup>.

Deux réflexions essentielles peuvent être déduites de cet article. D'une part, il signifie que, dans le recours en protection diplomatique, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'en raison de l'existence d'une obligation de résultat. Ainsi, *“dans l'hypothèse d'un dommage "médiat", elle ne s'applique pas quand l'Etat national de l'étranger lésé peut invoquer la violation par l'autre Etat d'une obligation de comportement spécifique mais seulement quand il se plaint du non-respect d'une obligation de résultat déterminé. Dans le premier cas en effet l'illicéité internationale est irrémédiablement établie par la violation d'une obligation univoque, alors que dans le second l'étranger peut encore espérer, par la voie de recours internes, la réformation ou la réparation de l'illégalité interne dont il se plaint”*<sup>1345</sup>. Néanmoins, cela soulève un certain nombre de questions : l'article implique-t-il qu'en matière de protection diplomatique, ou plus précisément de protection internationale des étrangers, il n'existe pas d'obligation de comportement totalement délimité ? Et s'il en existe, cela signifie-t-il que l'individu n'a pas besoin d'épuiser les recours internes, alors même que la violation est bien plus facile à établir, puisqu'elle est immédiate ?

D'autre part, le raisonnement présenté conduit à considérer qu'il existe des obligations simplement "contrariables", et d'autres franchement "violables". Cet écho à la notion paradoxale "d'obligation facultative" peut laisser perplexe. Ne serait une violation internationale que le fait qui est grave, en ce qu'il constitue une violation totale, complète, des obligations successives ? E. Wyler critique ainsi la *“distinction inacceptable établie par la CDI entre comportement "non conforme" à une obligation et comportement*

<sup>1344</sup> La réparation par équivalent fait l'objet de deux conceptions doctrinales de la responsabilité qui s'opposent. On les trouve aussi bien en droit interne qu'en droit international : en droit civil, pour la majorité doctrinale, la responsabilité possède essentiellement une vocation réparatoire, suite à une violation. Pour un autre courant doctrinal, la responsabilité appartient au cadre de l'exécution d'une obligation : dès lors, la "réparation" n'est qu'un moyen parmi d'autres pour exécuter une obligation. L'idée a été présentée par J. Carbonnier pour qui *“ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité : l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat”*. J. Carbonnier, *Droit civil*, Vol. 4, Les obligations, Paris, PUF, Collection Thémis, 2000, p. 520. Cette idée a été reprise par de nombreux auteurs. Elle entend contester toute fonction réparatrice aux dommages et intérêts. Le débat perdure.

<sup>1345</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 5<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 550.

"contraire" à celle-ci"<sup>1346</sup>. En effet, si l'Etat peut simplement exécuter son obligation en réparant un préjudice, que devient l'obligation de prévenir ce préjudice ? L'auteur estime qu'en définitive, la théorie du résultat de rechange (ou "rattrapage") "*vide ladite obligation de toute substance*"<sup>1347</sup>.

Les réponses à ces nombreuses questions, dans la mesure où elles existent, nécessitent d'étudier les conséquences d'une responsabilité internationale différée sur la victime individuelle.

***B. Conséquence sur la victime de la violation : négation du droit internationalement conféré à l'individu***

Si l'on se place du point de vue de l'individu, la construction théorique de l'épuisement des recours internes produit des paradoxes, qui s'explique par l'option clairement dualiste choisie par ses auteurs (1). En outre, l'absence d'application de la règle face à une obligation de comportement entraîne une situation concrète également paradoxale pour l'individu (2).

1. Les paradoxes théoriques d'une vision dualiste de la responsabilité

La conception de l'épuisement des voies de recours internes comme règle de fond provient d'une vision dualiste qui nie que les obligations étatiques puisse corrélativement conférer des droits internationaux aux individus. Cette négation influence l'ensemble du raisonnement sur la nature de la règle, et semble produire certaines contradictions.

Ainsi, J. Combacau explique que "*toutes les obligations envisagées par le rapporteur se reconnaissent à ce trait commun : elles s'exécutent exclusivement par des moyens internes, qu'ils soient dictés par la règle internationale elle-même ou laissés au choix des Etat assujettis*"<sup>1348</sup>. Il souligne qu'en fin de compte, la distinction entre les obligations "*met en cause la question de*

<sup>1346</sup> E. Wyler, "Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite", *RGDIP* 1991, p. 906. L'auteur se livre à une analyse très critique de l'ancien projet d'articles de R. Ago, sur la détermination du moment de l'illicite. Sous l'angle de la violation de l'obligation, cette fois-ci, il expose quatre cas envisagés par la CDI. La première situation est la violation persistante d'une obligation, qui rallonge seulement le temps de l'illicéité : elle a lieu dès l'origine, mais sa durée influera sur la gravité de l'infraction et donc sur la forme et le montant de la réparation. Ensuite, il expose le fait illicite composé, qui intervient dans une situation d'obligations distinctes : l'exemple est pris du cambriolage, qui n'est pas un délit, mais qui constitue une violation de domicile, des dommages à la propriété et un vol. Puis intervient la violation "partielle" d'une obligation unique : ainsi, face à une obligation de non-discrimination, un seul fait dommageable ne suffira pas à établir une discrimination, et il faut donc en attendre plusieurs. Enfin, il expose et critique l'hypothèse qui concerne plus directement la règle de l'épuisement des recours internes : le fait étatique complexe.

<sup>1347</sup> *Ibid.*, p. 907. L'auteur reconnaît l'immense effort produit par R. Ago, pour définir de façon abstraite les catégories d'obligations, mais ce caractère trop abstrait les rend difficilement praticables ; il fait notamment remarquer que l'"*on ne peut savoir comment se réalise une violation indépendamment du contenu matériel de la règle en question*" (p. 889).

<sup>1348</sup> J. Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses", *op.cit.*, p. 198.

*l'articulation des ordres juridiques, international et interne ; on ne peut le comprendre qu'en examinant l'origine des propos du rapporteur... Il se place en effet dans la filiation des maîtres du dualisme*" <sup>1349</sup>. Ainsi, dans le contexte de la protection diplomatique, l'obligation de respecter le droit international "en la personne des ressortissants d'un autre Etat" est établie à l'égard de ce dernier Etat, et non des ressortissants. Dès lors, le dualisme considère que la violation de cette obligation ne porte pas atteinte à des droits des particuliers.

Le seul motif de responsabilité internationale, pour ces auteurs dualistes, est alors un déni de justice produit par l'épuisement sans succès des recours internes. Celui-ci est défini par le Dictionnaire Salmon comme le "*fait illicite d'un Etat à la suite de la violation d'une norme relative à l'exercice de la fonction juridictionnelle à l'égard des étrangers*" <sup>1350</sup>. Ce fait illicite prend essentiellement trois formes. Il peut provenir du refus de l'accès aux tribunaux pour les étrangers, alors qu'on l'accepte pour les nationaux. En cas d'accès aux recours, il peut encore s'agir soit d'un déni procédural ou formel (graves irrégularités de procédure), soit d'un déni substantiel ou matériel (décisions manifestement injustes au fond). Si la cause du recours de l'étranger aux juridictions internes peut être la violation d'un droit, alors il ne s'agira que d'un droit conféré par les normes internes et non par les normes internationales. Le droit international, quant à lui, n'est violé que dans un second temps. Le report de cette responsabilité internationale est, pour la situation de l'individu, quelque peu contestable.

Ainsi, lorsque l'on considère que l'Etat peut "rattraper" une mauvaise exécution de son obligation de résultat par une voie judiciaire, on semble confondre l'exécution de l'obligation et la réparation d'une violation. Il y a là une négation de l'existence même d'une obligation substantielle de l'Etat, ainsi que du préjudice subi par l'individu. Or, si le recours interne permet à l'individu d'obtenir réparation d'un préjudice, n'est-ce pas pour la raison que le droit international lui confère un droit subjectif ? La responsabilité de l'Etat est fondée sur le droit international, bien que sa mise en œuvre soit d'abord interne. J. Chappetz constate que "*si les tribunaux internes donnent satisfaction à l'étranger lésé, les auteurs dualistes estiment que la responsabilité internationale n'est à aucun moment apparue. Or il ne semble pas que ce soit la même chose d'être responsable et de réparer le dommage que de ne jamais avoir encouru de responsabilité*" <sup>1351</sup>. Ainsi, l'effet de la règle de l'épuisement des recours internes est de rendre impossible la responsabilité internationale d'un Etat pour violation d'un droit subjectif individuel. Il n'existerait plus alors d'obligation internationale de traiter justement ou équitablement les étrangers, mais seulement une obligation de réparer la violation interne d'un droit interne.

<sup>1349</sup> J. Combacau, "Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses", *op.cit.*, p. 199.

<sup>1350</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 320 : un premier sens général du terme est donné, qui consiste en un "*fait d'un organe juridictionnel refusant d'exercer sa fonction à l'égard d'un justiciable*".

<sup>1351</sup> J. Chappetz, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes, op.cit.*, p. 14.

La volonté des auteurs dualistes est de différer la responsabilité qui pourrait être engagée à l'égard d'un particulier, pour la transférer dans le cadre d'une relation interétatique. La violation du droit international ne peut naître que d'un acte international de l'Etat, qui traduit la position définitive de l'Etat envers un autre Etat <sup>1352</sup>. Dans l'élaboration conceptuelle de l'épuisement des recours internes, on a considéré que le déni de justice représentait cet acte final : une décision judiciaire crée la violation du droit international. Cette position dualiste reposant sur un déni de justice est contestable : il peut tout à fait y avoir un parfait fonctionnement de la justice interne, et tout de même une mise en cause de la responsabilité internationale. Ainsi, souligne J. Chappez, *“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. Dans cette hypothèse, même les auteurs qui considèrent la règle des remèdes locaux comme une règle de fond, admettent curieusement que la responsabilité internationale apparaît immédiatement sans qu'il soit besoin d'épuiser les recours internes”* <sup>1353</sup>. En outre, il peut paraître également artificiel de fixer la date du fait illicite au jour du déni de justice, comme ultime fait. Y a-t-il vraiment un "dernier" fait ? Même en cas de déni de justice par la plus haute juridiction, qu'est-ce qui empêche, théoriquement, les pouvoirs exécutif ou législatif d'octroyer une indemnisation aux victimes d'une "erreur judiciaire", ou bien de promulguer une loi qui vient enfin rétablir une situation jurisprudentielle injuste ?

Finalement, la signification du déni de justice n'a jamais été véritablement clarifiée au sein de la CDI. Elle s'est toujours efforcée d'éviter la référence aux règles primaires, pour ne codifier que les règles secondaires. Or, le déni de justice semble rendre cette dissociation très confuse, tant il implique les deux types de normes. Ainsi, les débats récents sur l'éventuelle codification de la notion au sein du projet sur la protection diplomatique ont rapidement conduit à ce constat : certains membres de la Commission le considéraient comme une règle primaire, d'autres comme une règle secondaire, car elle appartient à un contexte procédural <sup>1354</sup>. On peut alors conclure, avec J. Salmon, que la notion de fait complexe, dépendant du déni de justice, est confuse et dangereuse : confuse, notamment parce *“qu'elle aboutit à des conséquences contradictoires entre la naissance de l'obligation et le caractère rétroactif de cette naissance...”* ; dangereuse, *“car en situant la date de la naissance de l'illicite au dernier acte de la chaîne, elle*

<sup>1352</sup> Borchard exprimait ainsi que *“c'est le caractère définitif de l'action de l'Etat qui justifie seul la présentation d'une demande internationale de réparation”*, in *“La responsabilité internationale des Etats à la Conférence de codification de La Haye”*, RDILC 1931, p. 37.

<sup>1353</sup> J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes, op.cit.*, p. 12.

<sup>1354</sup> L'exposé de ce débat figure dans le rapport annuel de la CDI, 2002, A/57/10, p. 184-185 : à l'issue du débat, la majorité de la CDI s'est montrée hostile à l'inclusion du déni de justice dans la codification.

*retarde jusqu'à ce moment la possibilité même de soutenir qu'il y a entre-temps violation du droit...*"<sup>1355</sup>.

## 2. Les paradoxes pratiques de la responsabilité pour violation d'une obligation de comportement

On a souligné que la règle de l'épuisement des recours internes est entièrement dédiée à la protection de la souveraineté : elle a vocation à renforcer la justice interne, pour ne considérer la justice internationale que comme un "remède" subsidiaire. Or, les règles relatives à l'obligation de comportement semblent être, de ce point de vue, quelque peu contre-productives. En effet, en cas de violation d'une obligation de comportement (celle-ci ne laissant aucune marge de manœuvre à l'Etat dans l'exécution de son obligation internationale), un seul fait produit directement une illicéité internationale. La doctrine dualiste peut alors facilement faire disparaître artificiellement un préjudice subi par l'individu, en ne considérant que le préjudice étatique. Dans ce cas, la réclamation internationale de l'Etat est considérée comme directe, présentée exclusivement par et pour l'Etat, sans que l'origine de la requête repose sur un préjudice individuel : l'application de la règle de l'épuisement des recours internes est jugée inutile, puisque devant le juge international, il ne s'agirait pas de protéger un ressortissant. Or, soi-disant destinée à renforcer la justice interne, la théorie produit un effet opposé.

On peut ici mettre en relation la typologie des obligations internationales avec leurs effets en droit interne, tels qu'on les a envisagés dans l'étude pratique de leur applicabilité interne. Il ne s'agit pas d'opérer une réactualisation de la théorie des obligations internationales, mais de la replacer dans un contexte qui prend en considération l'individu. Si l'obligation de comportement est celle qui lie l'Etat, tant dans le résultat à atteindre que dans les moyens à employer, alors il faut considérer qu'elle est une obligation qui produira un effet direct. En effet, *a priori*, cette obligation sera établie par une norme internationale de nature précise et complète. Imposant une obligation à l'Etat, elle confère un droit à l'individu. A l'inverse, l'obligation de résultat qui accorde une marge de manœuvre à l'Etat, serait probablement considérée comme non dotée d'effet direct. Elle est celle qui nécessite des moyens internes complémentaires d'exécution. Par conséquent, les obligations internationales de comportement lient fortement la compétence de l'Etat, et le juge interne n'hésite pas à sanctionner les actes qui leur sont contraires. A l'inverse, les obligations de "résultat", non dotées d'effet direct, seront en général considérées comme non invocables devant le juge interne. L'effet est donc paradoxal, qui exige un recours interne dans le cas où il est le plus probablement destiné à échouer. Le juge interne considèrera que l'obligation

---

<sup>1355</sup> J. Salmon, "Le fait étatique complexe : une notion contestable", *op.cit.*, p. 738.

étatique ne confère pas de droit à l'individu, mais seulement un intérêt dont il ne peut demander réparation.

J. Combacau explique, pour mieux la critiquer, la théorie de R. Ago : “*on peut voir des obligations de comportement spécifiquement déterminé dans celles qu'accepte l'Etat en s'engageant conventionnellement à adopter une législation mettant en œuvre l'une ou l'autre des règles internationales relatives au statut des étrangers...*”<sup>1356</sup> : l'affirmation ne paraît pas tout à fait pertinente. En effet, l'engagement étatique de prendre des mesures législatives rappelle étrangement les situations déjà vues, dans lesquelles l'Etat possède une réelle marge de manœuvre. Il ne fait ici que "s'engager à" fournir un résultat. Au demeurant, le refus permanent de la CDI d'identifier les règles primaires, bien que logique au regard de sa tâche, conduit à une impossibilité pratique de connaître précisément quelles sont les obligations de comportement. Comme on l'a déjà souligné, il est bien difficile de dissocier totalement les objectifs des moyens. Une obligation considérée par R. Ago comme étant de "comportement" pourrait également être considérée comme de "résultat" par un juge interne, qui refusera alors d'en connaître. Justice interne et justice internationale semblent se renvoyer la balle.

En résumé, les obligations internationales se distinguent en terme de conditionnement du comportement de l'Etat : selon la théorie développée par R. Ago, plus l'Etat est libre dans la mise en œuvre interne de l'obligation, plus on repousse le moment de l'illicéité internationale. S'il y a fait illicite préjudiciable à l'individu, il s'agit d'une illicéité interne. La règle de l'épuisement des recours internes s'applique alors, pour permettre à la justice interne de pallier le manquement. Or, comme on l'a vu, le juge interne n'applique pas ce raisonnement. De son point de vue, plus l'Etat a le choix des moyens, moins l'individu aura de droits à faire valoir devant une juridiction interne. A l'inverse, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas face à une obligation bien précisée. Dès lors, l'individu n'a pas besoin d'épuiser les recours internes avant que l'Etat ne présente une réclamation internationale, dans une situation où le juge interne pourrait pourtant plus simplement intervenir.

## II. Règle de procédure : une condition de recevabilité du recours international

En tant que règle de procédure, la règle des recours internes n'affecte pas l'existence de la responsabilité internationale, mais seulement la possibilité de la mettre en œuvre devant une juridiction internationale. Dès lors, la responsabilité étatique est assumée dès l'origine (A). Malgré les efforts durables de R. Ago et de ses successeurs, la codification actuelle semble donner raison à cette conception (B).

<sup>1356</sup> J. Combacau, “Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses”, *op.cit.*, p. 189.

### *A. Une responsabilité étatique assumée*

La conception de l'épuisement des recours internes comme règle de procédure est plus simple que la précédente, en ce qu'elle n'oblige pas à recourir à une classification complexe des obligations internationales, ni à leurs moyens d'application en droit interne. Elle est développée essentiellement par les auteurs monistes. Ceux-ci estiment que la responsabilité internationale de l'Etat peut apparaître dès le premier acte illicite produisant un dommage pour l'individu (l'étranger, s'il est question de protection diplomatique). Ils reconnaissent alors qu'il s'agit bien d'un fait internationalement illicite, qui fait immédiatement naître la responsabilité de l'Etat. Ainsi, *“l'infraction aux règles relatives au traitement des étrangers engage immédiatement la responsabilité internationale de l'Etat. La responsabilité internationale est concomitante au premier acte internationalement illicite, que cet acte émane du pouvoir législatif ou exécutif – il y a alors violation initiale du droit international – ou qu'il émane du pouvoir judiciaire – il y a alors déni de justice”*<sup>1357</sup>.

Pour l'individu, les implications sont nettement différentes. En effet, la naissance immédiate de la responsabilité signifie qu'il possède un droit subjectif en vertu du droit international : la violation de ce droit subjectif, qui entraîne également une violation d'un droit de son Etat "au respect du droit international", lui confère un droit à réparation. Les auteurs partisans de cette vision affirment ainsi que *“ce que le droit international interdit, c'est le préjudice initial au détriment de l'étranger”*<sup>1358</sup>. Le droit substantiel n'étant pas nié, le droit à réparation s'exerce devant les juridictions internes dans un premier temps. Il y a donc coïncidence entre, d'une part, le droit de l'individu et le droit de son Etat, et d'autre part, entre le fait internationalement illicite et le préjudice subi par les victimes individuelle et étatique.

Ainsi, dans le contexte de la protection diplomatique, la violation d'une obligation de respecter le droit international "en la personne des ressortissants d'un autre Etat" est toujours établie à l'égard de l'Etat. Cependant, cette violation ne peut avoir lieu sans qu'il y ait également violation d'un droit individuel : ce droit individuel est conféré par les normes internationales relatives au traitement des étrangers. L'obligation qui pèse sur l'Etat d'accueil est alors double : il s'agit à la fois d'une obligation de respect "en la personne" du ressortissant, mais également d'une obligation "à l'égard" du ressortissant. L'engagement de la responsabilité est donc dissocié de sa mise en œuvre.

La conception du déni de justice est alors quelque peu différente : celui-ci n'est pas la cause de la responsabilité. En effet, la violation de l'obligation internationale ayant déjà eu lieu, le refus de réparer opposé par les juridictions internes ne fait que

<sup>1357</sup> J. Chappé, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, op.cit., p. 19.

<sup>1358</sup> J. Dugard, "Second rapport sur la protection diplomatique", A/CN.4/514, 2001, p. 30.

prolonger cette violation. Ainsi, G. Scelle, exprimant sa certitude quant au moment de la naissance de la responsabilité de l'Etat, affirmait que *“ce moment exact, c'est celui où se produit le préjudice. Ce n'est jamais le déni de justice, sous quelque forme qu'il se présente. Il peut aggraver le préjudice et par là augmenter la responsabilité étatique, mais il n'en est pas l'origine”* <sup>1359</sup>.

Un argument est systématiquement avancé par la doctrine, en faveur de la règle de procédure. Ainsi, on affirme que si l'épuisement des recours internes provoquait la naissance de la responsabilité, il ne saurait y avoir d'exceptions à l'application de la règle : or, la jurisprudence internationale a souvent confirmé la validité de dérogations conventionnelles voulues par les Etats. Ainsi, la CIJ, dans son arrêt *Elettronica Sicula*, a reconnu que *“les parties à un traité peuvent convenir que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquera pas aux réclamations faisant état de violations de ce traité”* <sup>1360</sup>. C'est déjà ce qu'affirmait la CEDH, en 1974 : *“rien n'empêche les Etats de renoncer au bénéfice de la règle de l'épuisement des recours internes, qui a pour but essentiel de protéger leur ordre juridique national”* <sup>1361</sup>. Le rapporteur de la CDI sur la protection diplomatique a lui-même soulevé cette contradiction, remarquant que *“si la règle est procédurale une telle renonciation ne pose aucune difficulté”* <sup>1362</sup>. En revanche, s'il s'agit d'une règle de fond, elle est illogique car il n'y a pas de violation dudit traité s'il n'y a pas épuisement des recours internes et déni de justice consécutif. Dans cette optique, renoncer à la règle, c'est renoncer à la responsabilité. On pourrait également souligner qu'il s'agit d'une règle de contentieux. Or, la protection diplomatique n'est pas exclusivement contentieuse : rien n'empêche alors l'Etat d'exercer sa protection diplomatique, indépendamment de la saisine d'une juridiction. Dans ce cas, l'Etat est théoriquement libre de le faire avant même que l'individu ait intenté un recours devant les tribunaux internes. La responsabilité étatique n'est pas exclusivement mise en œuvre par voie contentieuse, comme on l'a déjà expliqué en première partie. Ce n'est que face à une juridiction internationale que la condition s'applique réellement : elle est une exception d'irrecevabilité d'un recours, présentée par l'Etat supposé responsable.

Dès lors, la finalité de l'épuisement des recours internes semble entièrement déterminée par son caractère préliminaire à une action internationale, qui intervient de façon subsidiaire. Des considérations pratiques plus que théoriques entrent en jeu. Ainsi, J. Chappetz estime qu'*“une raison pratique du recours aux tribunaux internes consiste à leur faire vérifier dans les faits l'existence des actes dommageables allégués par l'étranger. La réclamation peut en effet se révéler injustifiée ou mal fondée. Le recours aux tribunaux internes peut aussi permettre à l'Etat de dégager sa responsabilité”* <sup>1363</sup>.

<sup>1359</sup> G. Scelle, *Annuaire IDI*, 1954, vol. I, p. 81.

<sup>1360</sup> CIJ, arrêt du 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula*, Recueil p. 46.

<sup>1361</sup> CEDH, arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp*, § 55, Recueil p. 31.

<sup>1362</sup> J. Dugard, “Second rapport sur la protection diplomatique”, A/CN.4/514, 2001, p. 25.

<sup>1363</sup> J. Chappetz, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes, op.cit.*, p. 20.

Ces arguments avant tout pratiques sont néanmoins fondamentaux pour la théorie, puisqu'ils concernent la détermination du moment où naît la responsabilité. Or, la pratique semble pencher en faveur de l'exception d'irrecevabilité : devant les juridictions internationales, il semble que la règle soit en général invoquée au stade de la recevabilité<sup>1364</sup>. Cependant, malgré le fait qu'elle est bien établie en droit international coutumier, sa nature n'est pas totalement déterminée dans le sens d'une règle de procédure. Les Etats eux-mêmes l'invoquent différemment, en fonction de leurs intérêts dans l'espèce jugée. L'Italie, par exemple, conseillée par R. Ago, a soutenu la règle de fond dans l'affaire des Phosphates du Maroc devant la CPJI, pour adopter une position inverse dans l'affaire ELSI devant la CIJ<sup>1365</sup>. Lors de la première de ces affaires, les faits remontaient à 1925 : or, la France, Etat défendeur, n'avait accepté la juridiction de la Cour qu'à partir de 1931. Dès lors, l'Italie affirmait que la responsabilité française n'était née qu'en 1933, date de la violation de l'obligation internationale par un déni de justice. La CPJI a néanmoins donné raison à la France, considérant que le fait illicite s'était produit dès 1925. J. Dugard relève ainsi que “*dans l'affaire des Phosphates du Maroc, l'Italie a largement fondé ses arguments sur l'idée qu'il s'agissait d'une règle de fond pour, 50 ans plus tard, dans l'affaire ELSI, arguer que la règle de l'épuisement des recours internes était de nature procédurale! Dans ces conditions, il serait vain de tenter, à partir d'une position adoptée par un conseil dans sa plaidoirie, d'établir l'existence d'un usus ou d'une opinio iuris*”<sup>1366</sup>.

L'absence d'une conception univoque ne cache cependant pas que l'évolution contemporaine de la protection diplomatique se retrouve au niveau de la règle de l'épuisement des recours internes. Plus généralement, le dualisme est en recul : les droits internationaux de l'individu sont plus facilement reconnus dans les ordres juridiques internes comme dans l'ordre international ; la protection diplomatique peut faire valoir des droits individuels. Dès lors, la règle de l'épuisement des recours internes ne nie pas totalement l'existence de ces droits. La codification récente illustre, dans une certaine mesure, cette tendance favorable à l'individu.

### ***B. Vers une codification favorable à l'individu***

La construction théorique de l'épuisement des recours internes proposée par R. Ago, et reprise par ses successeurs, a récemment disparu des projets de codification.

<sup>1364</sup> Pour la pratique, on peut citer, par exemple, l'Allemagne qui semble afficher une préférence pour la règle de procédure : voir G. Röss, “La pratique allemande de la protection diplomatique”, in J. F. Flauss (sous la dir. de), *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales, op.cit.*, p. 125. Pour la jurisprudence internationale, voir les exemples donnés par J. Chappetz, notamment p. 150 s.

<sup>1365</sup> CPJI, affaire des Phosphates du Maroc, 14 juin 1938, Recueil 1938, Série A/B, No. 74.

<sup>1366</sup> J. Dugard, “Deuxième rapport sur la protection diplomatique”, A/CN.4/514, 2001, p. 26. Cependant, il souligne qu'aucune décision de la CIJ n'étaye l'opinion favorable à la règle de fond. Seules les opinions individuelles de juges développant une conception dualiste la soutiennent.

Le texte sur la responsabilité internationale de l'Etat n'a pu être adopté qu'au prix de l'exclusion de la règle, comme de toute référence à l'individu lésé. Transférée au projet sur la protection diplomatique, la question n'a pas été davantage résolue. Elle a néanmoins été soulevée : les articles proposés par J. Dugard depuis 2000 ont fait l'objet de nombreuses critiques, qui ont révélé que les questions soulevées par R. Ago n'avaient non seulement pas été réglées, mais qu'elles n'avaient pas disparu. Cela conduit C. Santulli à affirmer que “*la Commission ayant faibli, le problème fabuleux de la nature de l'obligation d'épuiser les recours internes est désormais hors sujet*”<sup>1367</sup>. Il n'est pas certain que l'on puisse être si catégorique. La non codification de la règle en tant que règle de fond, contrairement à ce qu'aurait souhaité le rapporteur italien, pourrait davantage signifier que l'on a renoncé aux positions dualistes. Certes, aucune réponse ferme n'a été apportée par la CDI à la question de la nature du principe relatif aux recours internes. Cependant, au vu des deux textes de codification, il semble que l'on puisse au moins discerner une tendance. On peut alors replacer l'épuisement des recours internes dans le contexte de la codification achevée de la responsabilité internationale de l'Etat (1), ainsi que dans celle de la protection diplomatique (2).

### 1. La règle dans la codification de la responsabilité étatique

Depuis les projets établis par R. Ago, la CDI considérait l'épuisement des recours internes comme une règle de fond. Cependant, comme le rappelle récemment J. Dugard, “*il existait toutefois une tendance sensible à considérer qu'il s'agissait d'une règle de procédure avant qu'en 1977 la Commission du droit international ne décide de la considérer comme une règle de fond*”<sup>1368</sup>. Or, en 2000, l'ensemble de la construction doctrinale de R. Ago a été abandonnée. La classification des obligations internationales, tout comme le fait illicite complexe, ont été éliminées du projet. Ainsi, comme l'exprime P.M. Dupuy, la “*distinction boiteuse*” entre obligation de résultat et de comportement a été abandonnée, pour une classification entre “*obligations bilatérales, interdépendantes et intégrales*”, déterminant les différents ayant-droits à l'action<sup>1369</sup>. La codification de la règle de l'épuisement des recours internes, avant son rattachement au projet sur la protection diplomatique, se replaçait alors sous le signe de l'ambiguïté. Tout en ayant

<sup>1367</sup> C. Santulli, *Chronique AFDI* 2002, p. 562.

<sup>1368</sup> Il cite ainsi de nombreuses propositions de codification, émises par l'Institut de droit international, ou par la Convention de La Haye de 1930 : J. Dugard, “*Second rapport sur la protection diplomatique*”, *op.cit.*, pp. 17-22. Cependant, la plupart de ces propositions faisait preuve d'une ambiguïté volontaire. Tout en estimant que l'attitude est favorable à l'exception d'irrecevabilité, le rapporteur remarque que “*les tribunaux, comme les organismes de codification, ont souvent préféré rester délibérément vagues quant à la nature de la règle de l'épuisement des recours internes*”(p. 18).

<sup>1369</sup> P.M. Dupuy, “*Cours général droit international public. L'unité du droit international*”, *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 362. Voir aussi L.A. Sicilianos, “*Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale*”, in *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2003, pp. 57-77.

chargé J. Dugard d'approfondir la réflexion, la CDI a conservé un article relatif à l'épuisement, qui considère la règle sous l'angle exclusif de la recevabilité. En effet, le dernier projet rédigé par J. Crawford et adopté par la CDI contient un article 45 intitulé "recevabilité de la demande" : son premier alinéa porte sur la nationalité des réclamations, tandis que le second traite de l'épuisement des recours internes. Il dispose que *“la responsabilité de l'Etat ne peut être invoquée si...b) toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées, au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes”*<sup>1370</sup>. Ainsi, la démarche est ambiguë : tout en précisant que l'article 44 *“ne tend pas à définir de façon exhaustive la portée et le contenu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes”*, la CDI ne fait plus référence à la règle qu'en tant que condition procédurale<sup>1371</sup>.

En outre, on peut considérer que le reste du projet sur la responsabilité favorise cette vision, contribuant à l'abandon de la règle de fond. Ainsi, l'approche retenue de la violation d'une obligation internationale tend à favoriser la naissance immédiate de la responsabilité internationale. Cela semble découler notamment des articles 12 à 15 du texte, qui forment le chapitre 3 intitulé "violation d'une obligation internationale". Ainsi, l'article 12 dispose qu'*“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”*. Dès lors, la règle générale ne distingue plus entre les catégories d'obligation : quelle que soit la nature de l'obligation, on ne distingue plus le comportement "non conforme" et le comportement "contraire". Le commentaire de l'article précise d'ailleurs que *“une violation peut exister même si le fait de l'Etat n'est que partiellement contraire à une obligation internationale existant à sa charge. Dans certains cas, un comportement bien défini est attendu de l'Etat concerné ; dans d'autres, l'obligation ne fixe qu'une norme minimum au-delà de laquelle l'Etat peut agir en toute liberté... Dans tous les cas, c'est en comparant le comportement effectivement adopté par l'Etat et celui prévu en droit par l'obligation internationale que l'on peut établir s'il y a ou non violation de cette obligation”*<sup>1372</sup>. De cette affirmation, on peut déduire le rejet de toute démarche théorique d'identification des obligations. En outre, à plusieurs reprises, le commentaire de ce chapitre 3 soutient que s'il existe une distinction entre obligations (notamment avec la consécration des normes impératives), elle ne concerne que le contenu de la responsabilité : elle comporte des conséquences en termes de degré de gravité de la responsabilité, non en termes de naissance de la responsabilité. L'appréciation du contenu de la responsabilité

<sup>1370</sup> Rapport annuel de la CDI, A/56/10, 2001, p. 327 s. Figurant dans les articles sur la responsabilité, la référence à l'épuisement des recours n'est pas cantonnée au domaine de la protection diplomatique. Le commentaire de l'article précise ainsi qu'*“il est rédigé en termes généraux, afin de pouvoir s'appliquer à tout cas dans lequel s'applique la règle de l'épuisement des recours internes, en vertu d'un traité ou du droit international général, et dans des domaines qui ne sont pas nécessairement limités à la protection diplomatique”* (p. 329).

<sup>1371</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>1372</sup> *Ibid.*, p. 132.

dépend, comme le répète régulièrement la CDI, “à la fois de l'obligation primaire et des circonstances de l'espèce”<sup>1373</sup> ; toute démarche *a priori* est exclue. Par ailleurs, l'article cité illustre bien l'indifférence quant à la nature, de moyen ou de résultat, de l'obligation violée. Ici encore, le commentaire ajoute que “aucune règle générale, qui soit applicable dans tous les cas, ne peut être établie”<sup>1374</sup>.

Les articles 14 et 15 représentent ce qui reste de la théorie relative aux faits simples et complexes, c'est-à-dire peu de choses. Dans l'ensemble, ils incitent à considérer que le moment de la violation est celui de l'intervention immédiate du fait illicite, ou celui du premier fait commis. L'article 14 est ainsi relatif au fait continu, et énonce notamment que “la violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent”<sup>1375</sup>. L'article 15, quant à lui, traite de la “violation constituée par un fait composite”. Il dispose que “la violation d'une obligation internationale par l'Etat à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite”. Ainsi, même si la violation n'est “parfaite” qu'après l'intervention d'une série de faits, ceux-ci sont néanmoins illicites dès le premier acte. “S'il en était autrement, l'efficacité de l'interdiction s'en trouverait compromise”, ajoute le commentaire<sup>1376</sup>.

La volonté de la CDI d'adopter une démarche pragmatique a ainsi conduit à éliminer la construction précédente, jugée trop théorique. Cette même volonté a primé lors de la codification de la protection diplomatique.

## 2. La règle dans la codification de la protection diplomatique

Si la nature de la règle oppose partisans du fond et partisans de la procédure, on peut évoquer l'existence d'une position intermédiaire. Entre ces deux propositions opposées, une troisième option doctrinale existe, qui tend à considérer la règle parfois

<sup>1373</sup> Rapport annuel de la CDI, A/56/10, *op.cit.*, p. 148 notamment.

<sup>1374</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>1375</sup> Article 14.1. L'article 13 pose une présomption selon laquelle le fait de l'Etat ne constitue en principe pas une violation d'une obligation internationale sauf si l'Etat est lié par l'obligation au moment où se produit le fait. Comme l'expose le commentaire de l'article, “ce n'est là que l'application dans le domaine de la responsabilité des Etats du principe général du droit intertemporel...”, qui reprend le principe énoncé par Max Huber dans la sentence “Ile de Palmas” de 1949 : “un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque et non pas à celle du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait”. Rapport annuel de la CDI, A/56/10, 2001, pp. 140 s. On peut également souligner que, pour tous les articles du chapitre 3, les commentaires font référence à une jurisprudence abondante. Or, les exemples cités sont, pour la plupart, tirés de la jurisprudence en matière de protection diplomatique, ainsi que de celle de la CEDH. La référence à ces articles pour évaluer la situation de l'individu n'est donc pas inutile.

<sup>1376</sup> *Ibid.*, p. 158. Les exemples donnés par la CDI se réfèrent aux obligations concernant le génocide, le crime contre l'humanité, et l'apartheid. Le fait “composite” est constitué par une accumulation de faits qui constitue une violation distincte de la somme des violations individuelles. Cela n'empêche pas de reconnaître que chacun des actes est également internationalement illicite. Voir pp. 154-158.

comme une règle de fond, parfois comme une règle de procédure. Elle affirme alors qu'il faut considérer l'épuisement des recours internes comme une règle de fond uniquement si le fait illicite émane des juridictions nationales ; dans les autres cas de violation (par le législateur), la règle serait alors mise en œuvre en tant qu'exception d'irrecevabilité de la requête internationale, au stade de la procédure.<sup>1377</sup> J. Dugard, pour proposer une codification complète, s'était inscrit dans cette troisième approche (qui sera refusée par la Commission) : selon lui, *“la "troisième position" est logiquement la plus satisfaisante”*<sup>1378</sup>. Il expose ainsi que *“la troisième distingue selon que le préjudice a été causé à l'étranger au regard du droit interne ou au regard du droit international”*<sup>1379</sup>. J. Chappetz précise, quant à lui, que *“la règle concernerait l'origine de la responsabilité dans les cas où la violation de l'obligation internationale résulterait exclusivement d'organes judiciaires ayant failli à leur devoir d'assurer à un particulier la protection judiciairement requise contre des préjudices subis en violation du seul droit interne”*<sup>1380</sup>. Ainsi, les partisans de cette troisième approche opèrent une distinction selon que le fait illicite viole le droit interne ou le droit international, ou les deux : trois hypothèses peuvent être présentées, à partir de l'exemple d'une décision administrative d'exproprier sans indemnisation.

La première hypothèse est celle d'une violation du droit international mais non du droit interne : c'est le cas si la loi prévoit l'expropriation sans indemnisation. Le juge qui refuserait cette indemnisation à un particulier ne ferait qu'appliquer la loi interne. Dans ce cas, l'épuisement des recours internes ne s'impose pas. On considère en effet que s'il n'y a pas violation du droit interne, aucun recours interne ne peut être actionné.

Dans un second cas, l'hypothèse, inversée, est celle d'une violation du droit interne mais non du droit international : la loi prévoit l'indemnisation, mais le juge refuse de sanctionner la décision administrative de non-indemnisation : c'est une violation du droit interne par le juge. Ici, la violation du droit interne est un déni de justice, qui constitue alors une violation subséquente du droit international. Dès lors, la règle de l'épuisement des recours internes s'applique en tant que règle de fond, car la responsabilité internationale ne naît qu'au moment du déni : la réclamation internationale ne peut donc être formulée tant que l'existence d'un déni de justice n'est pas démontrée. C'était l'hypothèse généralement soutenue par les auteurs dualistes.

Enfin, une troisième hypothèse envisage la violation simultanée du droit interne et du droit international. Dans la même situation que la précédente, la décision administrative constitue déjà, à la fois une violation de la loi, et une violation de la norme internationale : elle est un fait internationalement illicite, que la décision du juge interne confirme et prolonge. Cette situation entraîne l'applicabilité de la règle de

<sup>1377</sup> Cette position intermédiaire est celle de Fawcett, Verzijl, Eagleton, Eustathiades et Chappetz.

<sup>1378</sup> J. Dugard, “Second rapport sur la protection diplomatique”, A/CN.4/514, 2001, p. 33.

<sup>1379</sup> J. Dugard, “Second rapport sur la protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 17.

<sup>1380</sup> J. Chappetz, “Protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 22.

l'épuisement des recours en tant qu'exception d'irrecevabilité. Implicitement, cette classification opère donc une distinction entre obligation interne et obligation internationale, sans que l'on dispose d'indications pour les distinguer.

Cela conduit J. Dugard, en 2001, à proposer deux articles devant être lus ensemble, l'un codifiant la règle de procédure, l'autre traitant du déni de justice. Ainsi, l'article 12 disposait que *“l'épuisement des recours internes est une condition de procédure qui doit être satisfaite pour qu'un Etat puisse formuler une réclamation internationale pour le préjudice causé à un national pour un fait internationalement illicite commis contre ce national lorsque le fait en question est une violation tant du droit interne que du droit international”*. L'article 13, quant à lui, est destiné à expliquer qu'un déni de justice peut entraîner la responsabilité internationale de l'Etat : il affirmait que *“lorsqu'un étranger introduit une instance devant les tribunaux internes d'un Etat pour obtenir réparation à raison d'une violation du droit interne de cet Etat qui ne constitue pas un fait illicite international, l'Etat dans lequel l'instance est introduite peut voir sa responsabilité internationale engagée s'il y a déni de justice au détriment du ressortissant étranger. Sous réserve de l'article 14, l'étranger lésé doit épuiser tous autres recours internes qui peuvent être disponibles pour qu'une réclamation internationale puisse être faite pour son compte”*<sup>1381</sup>. Or, cette distinction a fait resurgir les vieux débats au sein de la CDI. En outre, elle peut sembler incomplète ou dépassée. Ainsi, selon la logique de R. Ago, la démarche pourrait paraître incomplète, car elle n'établit pas ce qu'elle entend par violation du droit interne ou du droit international, qui nécessite de délimiter les obligations concernées. D'un autre côté, dans le contexte contemporain d'application du droit international en droit interne, il paraît difficile de séparer aussi clairement les situations de violation. En effet, l'étude de l'applicabilité directe du droit international en droit interne a montré que les juges internes ne distinguent pas nécessairement entre violation du droit international et du droit interne : l'obligation concernée peut présenter les deux visages. La violation d'une obligation conventionnelle directement applicable en droit interne constitue à la fois une violation du droit interne et du droit international. Il n'y a pas nécessairement de séparation radicale au fond, si le juge s'appuie à la fois sur la règle internationale et sur la règle interne qui la transpose. Dès lors, la grande diversité des options entre les systèmes internes, et même au sein d'un seul système, paraît rendre impossible toute généralisation au niveau du droit international. Cette position considère que le déni de justice n'intervient qu'en cas de violation du droit interne : pourquoi ? La violation d'une obligation coutumière ou conventionnelle, liant l'Etat et appartenant à l'ordre juridique interne, qui n'est pas "rattrapée" par les juges internes, ne peut-elle être considérée également comme un déni de justice ? Plus exactement, il y aurait, dans ce cas, à la fois violation directe et immédiate de l'obligation internationale substantielle

<sup>1381</sup> J. Chappez, “Protection diplomatique”, *op.cit.*, pp. 15-16. L'article 14 dont il est fait mention dresse les exceptions à la règle : voir *infra*.

(par une décision administrative ou par une loi), puis violation postérieure de l'obligation interne de réparer (par les juges internes). Le fait illicite a lieu dès l'origine, et est aggravé par l'attitude des juridictions. Dans le même sens, l'affirmation selon laquelle aucun recours interne n'existe, qui peut réparer la violation d'une obligation internationale, ne paraît exacte que si l'on considère que cette obligation ne produit pas de droit pour l'individu. On opère alors un retour au dualisme le plus strict.

Ainsi, la dissociation entre les seconde et troisième hypothèses ne paraît pas forcément utile. Au demeurant, c'est ce qu'a affirmé la CDI, qui a refusé de s'engager dans cette voie lors de son étude des articles 12 et 13 en 2002. L'article 13, relatif au déni de justice, a été rejeté<sup>1382</sup>. Quant à l'article 12, il a semblé inutile de préciser que la règle doit être comprise théoriquement comme règle de procédure. Ainsi, On peut retenir que *“l'idée dominante qui s'est dégagée du débat a été que les articles 12 et 13 devaient être supprimés car ils n'ajoutaient rien à l'article 11”*, que *“la distinction n'apportait aucun élément utile ni pertinent qui permît d'appréhender globalement le problème de l'épuisement des recours internes. Elle n'apportait non plus aucun élément d'intérêt pratique”*<sup>1383</sup>.

En effet, l'article 11 proposé par J. Dugard présentait généralement la règle. Il se contentait de prendre acte de la distinction entre réclamation directe de l'Etat (fondée sur un préjudice immédiat) et réclamation indirecte (fondée sur un préjudice médiate), et d'en tirer les conséquences pour la règle de l'épuisement des recours internes : celle-ci ne s'applique que pour les réclamations dites indirectes, c'est-à-dire les actions en protection diplomatique. Il dispose ainsi que *“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 n'aurait pas été engagée en l'absence d'un tel préjudice”*<sup>1384</sup>. Au regard des multiples difficultés présentées plus haut, l'attitude de la Commission paraît pragmatique et pertinente, en ce qu'elle ne conserve que le principe utile.

Il ne reste désormais quasiment plus rien de la construction élaborée par R. Ago. Ainsi, le projet adopté en 2004 comporte bien trois articles (14 à 16) relatifs

<sup>1382</sup> Certains membres de la CDI considéraient que le déni de justice, visant une situation où le préjudice résulte d'une violation du droit interne, ne concerne pas directement la règle de l'épuisement des recours internes. Mais pour d'autres, en tant que situation qui peut entraîner l'exercice de la protection diplomatique, le déni est loin de lui être étranger, et devrait être mentionné dans la codification. Voir les débats in CDI, Rapport annuel 2002, A/57/10, pp. 141-142.

<sup>1383</sup> Rapport annuel CDI, A/57/10, 2002, p. 148. L'article 11 concernait le champ d'application de la règle : l'épuisement des recours internes est exigé lorsque l'action étatique est fondée principalement sur un préjudice causé aux particuliers. On le retrouve, sous une formulation différente, à l'article 15 de l'actuel projet adopté en première lecture. Voir *infra*, section II.

<sup>1384</sup> J. Dugard, “Second rapport sur la protection diplomatique”, A/CN.4/514, p. 10.

aux "recours internes"<sup>1385</sup>. Cependant, ces articles évitent toute mention de la violation d'une obligation. L'existence d'un fait internationalement illicite semble être postulée ; ne reste plus alors qu'à codifier le champ d'application procédural de la règle de l'épuisement. Cependant, ce fait illicite n'est pas non plus mentionné. Le champ d'application de la règle est alors délimité, pour les actions formulées à raison d'un préjudice subi par l'individu, national, apatride ou réfugié, selon les catégories de personnes protégées à l'article 8.

Dans un contexte qui rapproche les recours internationaux en responsabilité effectués dans le domaine des droits de l'homme et dans celui de la protection diplomatique, la règle de l'épuisement des recours internes est, finalement, essentiellement perçue en tant que condition de recevabilité de la requête internationale. Dès lors, s'éloignant des considérations théoriques, la codification actuelle tend à délimiter cette condition préliminaire à l'action internationale. Quel est le contenu de cette obligation internationale qui pèse sur l'individu ? Dans quels cas s'applique-t-elle ? Quelles sont les exceptions à la règle ? Il s'agit alors d'étudier dans quelle mesure l'action de l'individu est cantonnée, de façon plus ou moins temporaire, dans l'ordre interne.

---

<sup>1385</sup> La liste des articles figure dans le rapport annuel de la CDI de 2004, A/59/10, pp. 20-21 : l'article 14 pose le principe de l'épuisement des recours internes, l'article 15 reprend l'article 11 de 2001, et l'article 16 liste les exceptions à la règle, comme le faisait l'article 14 de 2001. Voir *infra*, note 1394, p. 555.

## ***Section II. Champ d'application contemporain de la règle : le maintien temporaire de l'individu dans l'ordre interne***

La règle de l'épuisement des recours internes est commune à deux domaines du droit international. Ainsi, elle est une règle de recevabilité des actions internationales aussi bien dans le cadre de la protection diplomatique que dans celui des droits de l'homme. Or, l'individu est impliqué dans des relations différentes selon le domaine dans lequel il se trouve. En effet, dans le premier cas, l'individu est considéré en tant qu'étranger qui fait face à un autre Etat que le sien. L'action internationale, qui fait suite à l'action interne, est exclusivement interétatique. En revanche, dans le second cas, le recours interne peut être suivi soit d'une relation interétatique, soit d'une relation dans laquelle l'individu peut faire face à son propre Etat. Cela entraîne-t-il des distinctions quant au contenu de l'exigence de l'épuisement des recours internes, ou la règle est-elle identique dans les deux domaines ? Il convient alors de comparer le contenu et les limites cette obligation internationale qui pèse sur l'individu, au regard de la dualité de son champ d'application (I).

L'épuisement des recours internes est un préliminaire à l'action internationale. Or, on retrouve, à travers l'application contemporaine de la règle, l'ambiguïté permanente de la nature de la réclamation internationale de l'Etat. En effet, la règle de l'épuisement permet, en principe, de distinguer la nature de cette réclamation, selon la place qu'elle accorde aux droits individuels. La distinction est cependant loin d'être facile (II).

### **I. Domaines d'application : droits de l'homme et protection diplomatique**

Règle coutumière du droit international traditionnel, l'épuisement des recours internes est aussi une règle définie par la plupart des conventions internationales relative aux droits de l'homme. Cette dualité d'origine implique-t-elle une dualité de contenu ? Quels sont les contours de l'obligation dans chacun des deux domaines ? Historiquement, la règle est intervenue d'abord dans le cadre de la protection diplomatique, et ensuite dans le cadre des droits de l'homme. Cependant, on a souligné l'influence contemporaine des droits de l'homme sur la protection diplomatique : on peut ainsi étudier en premier lieu l'application de la règle dans le contentieux des droits de l'homme. En effet, la jurisprudence en la matière est extrêmement abondante et permet de nettement définir les démarches que la personne privée doit effectuer dans l'ordre interne (A). A partir des critères retenus pour délimiter l'obligation d'épuisement, on peut alors constater que les contours de la règle sont similaires, mais pas strictement identiques, dans le cadre actuel de la protection diplomatique (B).

### *A. Identification du contenu de la règle dans le domaine des droits de l'homme*

De nombreuses conventions internationales posent l'exigence de l'épuisement des recours internes dans des termes similaires ; la règle est alors généralement conçue par la doctrine comme entraînant le caractère subsidiaire d'une action internationale (1). Par ailleurs, les conventions ne définissent pas toujours les contours de cette obligation internationale de l'individu, qui est alors délimitée par la jurisprudence (2).

#### 1. Règle conventionnelle et nature subsidiaire de l'action internationale

Les principaux systèmes internationaux de garantie et de contrôle des droits de l'homme imposent le respect de l'épuisement des recours internes. Que l'on se trouve dans un système juridictionnel ou non juridictionnel, l'individu doit avant tout avoir d'abord recherché dans l'ordre interne le respect des droits qui lui sont conventionnellement conférés.

Cette règle, établie par les différents traités de la matière, est formulée de façon similaire : elle est énoncée simplement, sans référence ni à l'auteur de la requête internationale, ni à la personne qui doit épuiser les recours, ni au contenu précis de l'obligation. Dans l'ensemble, ces dispositions conventionnelles renvoient au caractère coutumier de la règle, en se référant au droit international général pour ses modalités de mise en œuvre. Dans un ordre chronologique, on peut citer les exemples de la CEDH (Convention européenne de 1949), du PIDCP de 1966, de la CIDH (Convention interaméricaine de 1969), et de la CADHP (Convention africaine de 1981).

Ainsi, l'article 35.1 de la Convention européenne (ancien article 26) dispose que *“la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes tel qu'il est entendu selon les principes du droit international généralement reconnus et dans le délai de six mois, à partir de la décision interne définitive”*. Le PIDCP pose un principe similaire ; cependant, il est plus précis que la Convention européenne car il prévoit une exception. Son article 41.1 c) énonce que *“le comité ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise qu'après s'être assuré que tous les recours internes disponibles ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus. Cette règle ne s'applique pas dans les cas où les procédures de recours excèdent les délais raisonnables”*. Il en va presque de même à l'article 46 de la Convention interaméricaine : la référence au droit international général y figure. De plus, les cas d'exception à la règle sont précisés au sein même du texte il est plus précis que la Convention précédente : un second paragraphe pose en effet trois cas dans lesquels la condition n'est pas exigée pour que le recours international soit recevable. Il en va ainsi si le recours interne n'existe pas, si l'Etat refuse l'accès aux voies de recours, ou en cas de "retard injustifié" dans la procédure. En revanche, la Charte africaine, si

elle impose également la condition de l'épuisement, ne fait pas référence au droit international général, contrairement aux autres textes cités. Les communications présentées à l'organisation régionale doivent *“être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale”* <sup>1386</sup>.

De ces règles conventionnelles, l'on peut avant tout déduire le caractère subsidiaire de l'action internationale. On a déjà souligné sa finalité de respect de la souveraineté étatique. Ainsi, *“les mécanismes de protection des droits de l'homme – tout comme les juridictions internationales pénales à caractère permanent – sont conçus de manière à respecter au maximum le fonctionnement de la justice au niveau du droit interne des Etats. Ce résultat est obtenu en recourant au principe de la subsidiarité qui, dans le domaine des droits de l'homme, est mis en œuvre par la règle de l'épuisement des recours internes”* <sup>1387</sup>. Cependant, on peut préciser que la préservation de la souveraineté implique également le respect de la vocation première de ces conventions, destinées à trouver une application directe dans les ordres juridiques internes. Dès lors, la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'a pas seulement pour objet de préserver l'Etat, mais plutôt de maintenir un équilibre entre action interne et action internationale, dans le respect de l'ordre international. Ainsi, un commentaire de l'article européen souligne d'emblée que *“le fondement le plus général de cette première règle réside dans le principe de subsidiarité. Celui-ci, souvent invoqué ces temps-ci et qui comporte par ailleurs de nombreuses applications, veut notamment que les procédures les plus graves, les plus solennelles, celles qui se déroulent devant les instances les plus élevées, ou les plus éloignées, ne soient entreprises que si les plus simples, les plus immédiatement offertes ne parviennent pas à rétablir le droit”* <sup>1388</sup>.

Enfin, on peut souligner que ce caractère de subsidiarité ne concerne pas exclusivement les droits de l'homme. Il est commun à tous les mécanismes connaissant la condition de l'épuisement. P. Weckel remarque que *“ainsi, qu'il s'agisse de l'accès de la personne à certaines procédures internationales ou de la protection diplomatique la subsidiarité de la protection internationale des droits individuels s'exprime dans la règle de l'épuisement des voies de recours internes aménagés dans l'ordre interne”* <sup>1389</sup>.

<sup>1386</sup> Article 56.5, relatif aux communications "autres que celles des Etats parties" visées à l'article 55, c'est-à-dire les communications individuelles : Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981, entrée en vigueur en 1986. La Convention a été assortie d'un protocole en 1998, créant la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

<sup>1387</sup> L. Caffish, A.A. Cançado Trindade, “Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général”, *RGDIP*, 2004-1, p. 43.

<sup>1388</sup> E. Picard, “Commentaire de l'ancien article 26 de la CEDH”, in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La CEDH – Commentaire article par article, op.cit.*, p. 591 s.

<sup>1389</sup> P. Weckel, “Chronique de jurisprudence internationale”, *RGDIP* 2004.3, p. 733.

## 2. Contours de l'obligation internationale de l'individu

Les conventions internationales ne précisent pas à qui s'adresse l'obligation d'épuisement. Cependant, même si l'Etat est l'auteur du recours international, c'est bien sur l'individu que pèse l'obligation. Les exigences internationales semblent conforter l'idée de l'équilibre entre justice interne et justice internationale : si la première n'est pas destinée à être efficace, il peut être jugé inutile d'y recourir. L'essentiel, pour l'individu, se résume à la double exigence d'un épuisement à la fois "vertical" et "horizontal". Il a obligation de porter sa réclamation devant les différents degrés de juridictions, pour parvenir à l'obtention d'une décision juridictionnelle définitive. *“C'est ce qu'on peut appeler l'épuisement vertical des recours par opposition à l'épuisement horizontal, également exigé dans l'interprétation de la règle, qui implique pour le requérant d'utiliser à chaque degré de juridiction toutes les voies de droit ouvertes et qui peuvent apporter satisfaction à sa cause”* <sup>1390</sup>. Les juridictions à saisir peuvent être de nature administrative ou judiciaire, qu'elles soient de droit commun ou de caractère spécial (comme, par exemple, les commissions nationales de réclamation). En revanche, l'obligation ne concerne que les recours juridictionnels : le recours à un médiateur ou ombudsman est inutile. De même, le recours gracieux est dénué de pertinence, mais le recours hiérarchique est nécessaire, surtout lorsqu'il vient lier le contentieux.

De prime abord, la règle peut sembler très contraignante. Cependant, l'exigence relative aux moyens qui doivent être invoqués connaît des limites : il s'agit avant tout d'établir le bien-fondé de la réclamation, par une utilisation normale et raisonnable des voies de droit. Une synthèse des règles conventionnelles et de leur pratique par les organes de contrôle démontre une conception commune des limites de l'exigence relative aux recours internes. Outre la limite du délai raisonnable, les recours doivent essentiellement exister (ou être adéquats), être disponibles (ou accessibles), et efficaces. Ainsi, le recours sera considéré comme inexistant, par exemple en raison d'une défaillance momentanée de l'Etat qui connaît des troubles graves. Le recours doit être accessible directement à l'individu : il peut exister une voie de droit adéquate mais inaccessible, comme par exemple pour la contestation de la constitutionnalité d'une loi, ou encore lorsque la juridiction n'est pas directement accessible à l'individu, mais doit être saisie par une autre (comme un renvoi préjudiciel). En outre, l'individu peut être placé dans l'impossibilité matérielle d'exercer un recours, car les autorités étatiques l'en empêchent. De même, le recours ne peut être exercé en cas d'impossibilité d'identifier les responsables de la violation <sup>1391</sup>.

<sup>1390</sup> J. Chappez, “Protection diplomatique”, *op.cit.*, p. 23.

<sup>1391</sup> La CEDH a ainsi estimé que l'épuisement n'était pas nécessaire dans la situation de victimes d'actes de torture à Chypre, dont les auteurs n'étaient pas identifiables. Pour une synthèse de la jurisprudence européenne, voir E. Picard, “Commentaire de l'article 26 de la CEDH”, *op.cit.*, pp. 607-610.

Le critère de l'efficacité semble être le plus fréquemment invoqué et donne lieu à une jurisprudence abondante. Si la réclamation interne est destinée de façon certaine à l'échec, alors la règle de l'épuisement devient inutile. Ainsi, sera considéré inutile car inefficace le recours contre une décision traditionnellement considérée comme un acte de gouvernement. On pourrait estimer qu'un revirement jurisprudentiel est toujours possible. Cependant, pour la CEDH, *“l'efficacité du recours interne s'apprécie en fonction de la jurisprudence nationale et de l'opinion générale que la doctrine peut en avoir au moment où ce recours eût pu être exercé, et non à la date où la Commission statue sur la recevabilité, car l'état du droit a pu évoluer entre-temps, et on se saurait en tenir grief au requérant”*<sup>1392</sup>. De façon plus générale, si le moyen invoqué est destiné à échouer, ou s'il ne conduit qu'à une réparation partielle, le recours pourra être considéré comme inutile, la jurisprudence étant très pragmatique et souple sur ce point. Par exemple, un recours en annulation contre un acte administratif est inutile si l'acte a été pris sur le fondement d'une loi que l'on ne peut contester par ce biais.

Pour les juridictions régionales, l'essentiel est que chaque recours interne ait tenté de faire valoir la violation de la Convention. Ici, l'hypothèse de la non invocabilité de la norme internationale peut conduire à surmonter l'exigence de l'épuisement des recours internes. Ainsi, pour la Cour européenne, *“lorsque selon l'ordre juridique de l'Etat défendeur, la Convention ne s'applique pas directement aux sujets de droit interne et ne prévaut pas contre les lois internes, et lorsqu'un recours fondé sur une inconstitutionnalité des lois n'est pas ouvert aux particuliers et que ceux-ci ne peuvent pas davantage exciper de la violation de la Convention par une loi...en une telle hypothèse, le recours serait tout à la fois inadéquat, inefficace et même inefficace”*<sup>1393</sup>. La situation d'un Etat dualiste tel que le Royaume-Uni est clairement visée. L'absence de transposition de la Convention en droit interne, jusqu'en 1998, n'était guère compatible avec la vocation d'applicabilité directe de ce traité. Dès lors, les sujets britanniques ne pouvant l'invoquer directement, leur action devant la Cour européenne était traditionnellement dispensée de l'épuisement des recours internes.

Ces principes sont-ils les mêmes lorsque l'épuisement des recours internes est un préalable à une action étatique en protection diplomatique ? L'individu doit-il invoquer la violation du droit international devant les juridictions internes ? Les limites à l'exigence de l'épuisement sont-elles identiques ?

### ***B. Comparaison avec le contenu de la règle dans la protection diplomatique***

La codification de la règle coutumière adoptée en 2004 s'est attachée à délimiter de façon pragmatique les contours de l'exigence de l'épuisement. Pour l'essentiel, le contenu est similaire à celui présenté en matière de droits de l'homme (1). Le droit

<sup>1392</sup> E. Picard, “Commentaire de l'article 26 de la CEDH”, *op.cit.*, p. 598.

<sup>1393</sup> *Ibid.*, p. 605.

international général et les procédures en matière de droits de l'homme semblent correspondre sur la plupart des points. On peut ensuite se demander s'il en va de même dans la pratique récente des juridictions internationales (2).

### 1. La codification de 2004 : un contenu similaire

La règle pratiquée dans le domaine des droits de l'homme provient du droit international général. Cependant, elle a pu se préciser en fonction du contexte spécifique à cette branche. Qu'en est-il aujourd'hui ? Les articles 14 et 16 de l'actuel projet de codification de la protection diplomatique permettent d'apporter des réponses pratiques <sup>1394</sup>.

L'article 14 énonce simplement le principe : contrairement aux conventions relatives aux droits de l'homme, il le présente sous l'angle de vision de l'Etat, puisque ce dernier est seul habilité à exercer l'action internationale. Ainsi, il dispose que *“l'Etat de nationalité ne peut formuler une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée à l'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 16, épuisé tous les recours internes”* <sup>1395</sup>. Le commentaire qui suit précise que la suggestion d'inclure dans cet article la mention relative aux recours "adéquats et efficaces" n'a pas été retenue, notamment *“parce qu'un tel tempérament de la prescription de l'épuisement des recours internes demande à être traité avec une attention particulière dans une disposition à part”* <sup>1396</sup>. Dès lors, les précisions apportées par ce commentaire reprennent l'essentiel de ce qui existe en matière de droits de l'homme, quant à l'épuisement vertical et horizontal. La condition de l'épuisement est, ici aussi, conçue de manière relativement souple, dans un objectif d'efficacité. Cette souplesse est traditionnelle, et l'arrêt ELSI confirmait que *“pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès”* <sup>1397</sup>. On peut toutefois souligner un point commun qui paraît important, en matière d'épuisement horizontal. En effet, la CDI précise que *“pour fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler, devant les tribunaux nationaux, les principaux arguments qu'il entend faire valoir au niveau international”* <sup>1398</sup>. Ainsi, le requérant doit en général invoquer des moyens relatifs à la violation d'une norme internationale, comme dans les conditions envisagées précédemment.

<sup>1394</sup> L'article 14 énonce la règle générale, et l'article 16 propose une liste d'exceptions. L'article 15, en revanche, sera vu séparément. En effet, il fait référence aux catégories de réclamations dans lesquelles des intérêts privés sont en cause, qui déterminent l'application ou non de la règle. Voir *infra*, II.

<sup>1395</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 68. Le paragraphe suivant précise la définition des "recours internes", de façon traditionnelle également.

<sup>1396</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>1397</sup> CIJ, arrêt du 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula*, Recueil p. 46.

<sup>1398</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 71.

L'article 16 relatif aux exceptions à la règle comporte quatre paragraphes<sup>1399</sup>. Les deux premières exceptions sont très classiques, identiques à ce que l'on a vu pour les droits de l'homme. Le premier paragraphe synthétise ainsi les différentes formules retenues par les juridictions internationales, en matière de recours disponibles, adéquats, utiles ou efficaces. L'objectif de la CDI était d'atteindre un équilibre dans l'exigence de l'épuisement horizontal. Dès lors, deux options ont été rejetées, l'une plus stricte, l'autre plus libérale pour le demandeur. Ainsi, le critère de la "futilité manifeste" du recours a été jugé trop exigeant pour le demandeur. A l'inverse, le critère retenu par la CEDH, de "l'absence de perspective raisonnable de succès" a paru trop généreux, permettant trop facilement de contourner la règle<sup>1400</sup>. Le second paragraphe porte sur le critère relatif au "retard abusif", qui n'appelle guère de commentaire, tant il est unanimement accepté<sup>1401</sup>. Le troisième est destiné à élargir le jeu de l'exception à la règle, aux situations dans lesquelles une réparation pourrait être obtenue, *“mais où il*

<sup>1399</sup> Article 16, “Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes”, in Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, pp. 75 s : “Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque :

- a) Les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace ;
- b) L'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'Etat réputé responsable ;
- c) Il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'Etat réputé responsable, ou les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes ;
- d) L'Etat réputé responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés”.

Cet article envisage des situations d'exceptions parfois très différentes les unes des autres. Ainsi, le dernier paragraphe relève essentiellement d'un domaine qui déroge totalement à la règle plus qu'il n'y fait exception. D'ailleurs, le commentaire de l'article constate lui même que *“les alinéas a à c ...concernent les circonstances faisant qu'il serait injuste ou déraisonnable d'exiger d'un étranger lésé qu'il épuise les recours...L'alinéa d vise une situation différente – celle qui se présente lorsque l'Etat défendeur a renoncé à exiger le respect de cette règle”*. Or, les situations visées ici concernent plus une dérogation à la protection diplomatique qu'à la seule règle de l'épuisement. En effet, il s'agit notamment des réclamations intervenant dans le cadre du contentieux économique transnational. Dans ce domaine, l'individu est souvent doté d'une capacité directe d'action internationale (voir *infra*, Titre II). Le commentaire de l'article proposé se réfère ainsi à la Convention du CIRDI, déjà citée *supra*, note 1286, p. 514. Cependant, on peut souligner que cette exception est également un point commun au contentieux des droits de l'homme et au contentieux en droit international général. En 2003, J.F. Flauss souligne que *“la pratique suivie par les juridictions régionales de protection des droits de l'homme en matière de renonciation tacite à l'invocation de la règle n'a pas été, pour l'heure, transposée dans le cadre du droit international général. Pour qu'elle le soit, il conviendrait d'ailleurs non seulement de surmonter l'hostilité présente de la CIJ, mais aussi de lever un obstacle structurel, de taille, à savoir le caractère coutumier de la règle de l'épuisement des voies de recours internes”* : “Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ?”, in *La protection diplomatique, mutations contemporaines et pratiques nationales*, *op.cit.*, p. 17. Cependant, la codification actuelle pourrait à l'avenir lui donner tort. En effet, l'article 16 ne restreint pas l'exception aux cas de renonciation expresse pratiqués dans le contentieux économique. En effet, le commentaire de l'article précise que *“la Commission a jugé plus sage de laisser la possibilité de considérer comme une renonciation implicite le comportement dont on peut déduire une renonciation à l'exigence de l'épuisement des recours internes”* : Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 85.

<sup>1400</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 76.

<sup>1401</sup> Selon J.F. Flauss, il faut y voir l'une des influences des droits de l'homme sur le droit de la protection diplomatique : *“les instruments relatifs aux droits de l'homme et la pratique qui leur est afférente sont notamment en mesure de conforter, voire d'élargir le jeu de l'exception à la règle de l'épuisement des voies de recours internes fondée sur la circonstance que l'Etat défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne”*. J.F. Flauss, “Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ?”, *op.cit.*, p. 35.

*serait déraisonnable ou particulièrement injuste pour l'étranger lésé de vouloir les épuiser*"<sup>1402</sup>. Surgit alors la problématique du "lien juridictionnel" entre l'individu lésé et l'Etat défendeur, en cas d'absence de lien volontaire ou de rattachement territorial entre eux. Soulignant l'évolution contemporaine du droit de la protection diplomatique, la CDI constate qu'elle n'est plus exclusivement destinée à protéger un ressortissant résidant à l'étranger, y exerçant une activité économique : *"une personne physique peut de nos jours être lésée par le fait d'un Etat étranger en dehors de son territoire"*<sup>1403</sup>. Dès lors, on considère que *"ce n'est que dans les cas où l'étranger s'est volontairement placé sous la juridiction de l'Etat défendeur qu'il peut être censé épuiser les recours internes"*<sup>1404</sup>. La question ne figure pas dans les conventions relatives aux droits de l'homme ; elle a cependant été soulevée devant les juridictions. Or, comme le souligne le commentaire du projet de codification, la jurisprudence internationale n'est pas fixée sur cette exception. La CDI a néanmoins estimé que l'évolution du droit permettait de la retenir. Seul le caractère "volontaire" du lien a été contesté, car il paraît trop subjectif ; on lui a donc préféré celui du lien "pertinent", que le juge doit apprécier *in concreto*.

On peut conclure que ce paragraphe c) de l'article 16 est quelque peu éclectique, car il reprend également l'exception relative au refus étatique d'accès aux recours, et autres "circonstances particulières". La multiplication de ces exceptions, qui manquent de précision, est favorable à l'individu qui pourra plus facilement bénéficier d'une protection internationale. Cependant, la rédaction de l'article n'apporte guère de sécurité pour l'Etat défendeur, tant est large la marge de manœuvre du juge international, qui pourra écarter la règle de recevabilité en fonction de "circonstances" diverses et variées. L'exception relative au "lien pertinent", qui accroît ce risque, fait d'ailleurs l'objet de jurisprudences contradictoires.

Ainsi, si le contenu de la règle de l'épuisement des recours internes est similaire dans les domaines de la protection diplomatique et des droits de l'homme, elle n'est pas toujours utilisée de façon identique par les différentes juridictions.

## 2. La pratique récente des juridictions internationales : variation contextuelle sur une même règle.

La pratique récente de la règle de l'épuisement des recours internes devant les juridictions internationales montre un rapprochement certain entre droits de l'homme et droit international général. Cependant, en fonction du contexte, spécifique à ou l'autre de ces domaines, les solutions sur un même point de droit peuvent être contradictoires. Ainsi, selon P. Weckel, l'exception relative à l'absence de lien

<sup>1402</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 79.

<sup>1403</sup> *Ibid.*

<sup>1404</sup> *Ibid.*

"pertinent" entre l'individu lésé et l'Etat défendeur a fait l'objet de deux attitudes opposées, entre la CEDH et le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM). L'auteur compare deux affaires : dans la première, le TIDM a écarté la règle de l'épuisement au motif de l'absence de lien "juridictionnel" pertinent, dans l'affaire du navire Saïga de 1999<sup>1405</sup>. En revanche, la règle a été jugée applicable par la CEDH même en l'absence de lien volontaire ou "accepté" entre l'individu et l'Etat, dans l'arrêt Chypre c. Turquie du 10 mai 2001.

Ainsi, le TIDM a facilement rejeté l'exception d'irrecevabilité relative à l'épuisement des recours internes soulevée par la Guinée, dans l'affaire du navire Saïga. P. Weckel souligne que *"cette juridiction a accepté d'appliquer la théorie du "lien juridictionnel avec l'Etat" admise par les parties en concluant que la Guinée ne pouvait invoquer le défaut de recours internes, parce que le navire ne relevait pas de sa juridiction"*<sup>1406</sup>.

Dans la seconde affaire, Chypre engageait la responsabilité de la Turquie pour violation des droits des ressortissants chypriotes sous occupation turque. En pratique, il paraissait logique de ne pas exiger des ressortissants chypriotes qu'ils épuisent des recours instaurés par la Turquie dans le cadre d'une occupation illégale de territoire. Or, la CEDH a reconnu que la Turquie pouvait soulever cette exception d'irrecevabilité. Selon P. Weckel, la décision est, à première vue, choquante : *"le refus de se soumettre à l'occupant qui prétend exercer une compétence que ne lui reconnaît pas le droit des gens est, en fonction des circonstances, (...) un devoir légal pour tout habitant des zones occupées. ...Néanmoins cet insoumis répondant à son devoir serait apparemment privé de l'accès à la Cour européenne des droits de l'homme, parce qu'il n'épuiserait pas les voies de recours illégales ouvertes par l'occupant"*<sup>1407</sup>. Cependant, comme le souligne l'auteur, *"en invitant la Turquie à défendre concrètement son système de légalité illicite, la Cour lui a fait un cadeau empoisonné"*<sup>1408</sup>. En effet, l'accord de la Cour sur l'exception d'épuisement lui permet d'étudier au fond le "système juridique" de la république Turque de Chypre Nord (RTCN) : pour chaque violation alléguée, la Cour étudie l'existence d'un recours interne effectif. Elle finit pas conclure négativement et constate de nombreuses violations de la Convention, dont celle de l'article 13 relatif au droit au recours effectif. La position adoptée par la CEDH

<sup>1405</sup> TIDM, Affaire du navire Saïga, Saint-Vincent et Grenadines c. Guinée, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1999. L'article 295 de la Convention sur le droit de la mer exige, comme les conventions relatives aux droits de l'homme, l'épuisement des recours internes "selon ce que requiert le droit international". Il ne prévoit cependant pas les exceptions à la règle. En l'espèce, le navire a été arraisonné par la Guinée et ramené de force sur le territoire guinéen. Les membres d'équipage ont été arrêtés et ont subi des mauvais traitements ; le capitaine a été condamné par un tribunal de Conakry, mais n'a pas fait appel.

<sup>1406</sup> P. Weckel, Chronique de jurisprudence internationale, RGDIP 2001, p. 1014. Ainsi, *"Saint-Vincent et Grenadines fait valoir en outre que la règle qui requiert l'épuisement des recours internes ne s'applique que lorsqu'il existe un lien juridictionnel entre l'Etat contre lequel la demande est formée et la personne au sujet de laquelle la demande est présentée"* (§92 de l'arrêt). Le tribunal répond à cet argument au paragraphe 99, et affirme l'absence de lien juridictionnel entre le navire et l'Etat guinéen.

<sup>1407</sup> P. Weckel, Chronique de jurisprudence internationale, RGDIP 2001, p. 1011.

<sup>1408</sup> *Ibid.*, p. 1017.

peut paraître contestable : elle aurait pu recourir à la notion de lien pertinent pour rejeter l'application de l'épuisement des recours internes. En outre, elle adopte une position qui revient à considérer la règle comme tenant au fond et non à la recevabilité. En effet, elle affirme qu'il "*paraît difficile d'accepter de tenir un Etat pour responsable des actes qui se produisent sur un territoire qu'il occupe et administre illégalement et de lui refuser la possibilité de tenter de ne pas encourir cette responsabilité en redressant dans le cadre de ses tribunaux les préjudices qui lui sont imputables*"<sup>1409</sup>. C'est donc en étudiant les recours au fond que la Cour peut constater que les personnes lésées n'étaient pas tenues de les utiliser<sup>1410</sup>.

Il peut donc paraître paradoxal de constater que la jurisprudence citée du TIDM est *a priori* plus favorable à la protection internationale de l'individu que celle de la CEDH. Cependant, contrairement à l'affirmation de P. Weckel, il n'est pas certain qu'elles soient comparables : s'il s'agit de deux affaires interétatiques, la nature de l'action n'est pas nécessairement la même. Dès lors, il faut revenir à la distinction des catégories de réclamation internationale. S'il s'agit d'une action "directe", destinée à faire valoir des droits étatiques, la règle de l'épuisement ne s'applique pas. Les motifs du rejet de l'exception d'irrecevabilité ne sont alors pas les mêmes, selon qu'il s'agit d'une réclamation directe ou d'une réclamation destinée à faire valoir des droits individuels. Ce n'est qu'en replaçant dans ce contexte les affaires étudiées que l'on peut expliquer les divergences de la jurisprudence<sup>1411</sup>.

La comparaison est néanmoins significative d'un rapprochement entre les deux domaines d'application de la protection diplomatique et des droits de l'homme. Dans les deux cas, l'épuisement des recours internes est aisément surmontable. La liste des exceptions à la règle s'allonge. Quelle que soit la raison du rejet de l'exigence de l'épuisement, celui-ci est alors favorable à l'individu lésé, qui dispose ainsi de deux enceintes différentes pour faire défendre ses droits. Les mêmes règles internationales

<sup>1409</sup> CEDH, Chypre c. Turquie, arrêt du 10 mai 2001, § 101. C'est nous qui soulignons.

<sup>1410</sup> Par exemple, le § 185 de l'arrêt affirme que "*comme elle [la Cour] l'a relevé précédemment, l'exclusion physique des chypriotes grecs du territoire de Chypre du Nord est mise en œuvre par la "RCTN" au titre d'une politique ou d'une pratique. Dans ces conditions, l'exigence d'épuisement ne s'applique pas*". Au § 194, l'arrêt conclut alors à la violation de l'article 13 de la Convention.

<sup>1411</sup> Voir *infra*, p. 563.

peuvent alors donner lieu à des recours différents, qu'il s'agisse des actions étatiques en substitution ou en représentation, ou des actions directes de l'individu <sup>1412</sup>.

## II. L'épuisement des recours internes, critère de distinction des catégories de réclamations internationales

Le champ d'application concret de l'épuisement des recours internes laisse encore planer de nombreuses incertitudes. En effet, dans le cadre de l'action étatique, la règle ne s'applique que lorsqu'un préjudice subi par l'individu est la cause du recours international. *A contrario*, elle ne s'applique pas en cas de recours dit "direct" de l'Etat (A). Or, les actions mixtes se développent, et associent des droits étatiques et des droits individuels. Cela rend l'application de la règle quelque peu aléatoire. Il est en effet difficile d'apprécier quel est le degré d'importance du préjudice individuel pour chaque affaire jugée. Le recours à un critère traditionnel de "prépondérance" est proposé par la CDI (B).

### A. Inapplicabilité de la règle de l'épuisement pour l'action directe étatique

L'épuisement des recours internes se justifie lorsqu'il est destiné à faire valoir des droits individuels. Dès lors, pourquoi la règle s'appliquerait-elle à un contentieux strictement interétatique ? Ainsi, une réclamation internationale présentée par un Etat en son nom propre, destinée à faire valoir ses droits propres, n'est pas soumise à cette condition. Ce principe semble être valable quel que soit le champ d'application *ratione materiae*. Il existe ainsi pour les recours étatiques dans le domaine des droits de l'homme (1) comme dans celui de la protection diplomatique (2).

---

<sup>1412</sup> Certaines affaires présentées devant la CIJ auraient ainsi pu l'être aussi devant une cour spécialisée en droits de l'homme, et inversement. On peut ainsi remarquer la double saisine de la CEDH et de la CIJ, au sujet d'un même fait : l'affaire est relative à un tableau appartenant à la famille régnant au Liechtenstein, confisqué pendant la seconde guerre mondiale. Elle a fait l'objet d'un recours individuel devant la CEDH, qui a donné lieu à un arrêt Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne du 12 juillet 2001. Parallèlement à ce recours en nom propre, le prince a effectué un recours au nom de son Etat devant la CIJ. Un commentaire constate ainsi que "*le Prince a donc changé d'habit en changeant de forum*" : P. Weckel, "Chronique de jurisprudence internationale", RGDIP 2001, p. 1020. L'auteur, comparant le recours individuel dans cette affaire avec le recours étatique de l'affaire Chypre c. Turquie de 2001, estime qu'*il s'agit de deux décisions qui tranchent sur la base restreinte de la Convention européenne des droits de l'homme une divergence d'intérêts entre Etats qui correspond à la fois à un différend politique intéressant la paix internationale et à un différend juridique relatif à certaines questions du droit international public. Les caractéristiques de ces affaires auraient justifié pleinement leur inscription au rôle de la CIJ. C'est d'ailleurs chose faite pour la seconde puisque le Liechtenstein a saisi la Cour mondiale sans attendre que la Cour européenne ait rendu son arrêt*" (p. 1009). La CIJ a rendu son arrêt le 10 février 2005. En l'espèce, les deux recours ont été rejetés par les juridictions, CEDH et CIJ, pour le même motif d'une incompétence *ratione temporis*.

## 1. Inapplicabilité au recours interétatique dans le contentieux des droits de l'homme

On a pu souligner que le recours étatique autorisé dans les systèmes de garantie des droits de l'homme connaît peu de succès, tant auprès des Etats qu'auprès de la doctrine. Cependant, les rares affaires connues par les juridictions ont présenté un intérêt certain quant à la règle de l'épuisement des recours internes. Elles ont ainsi permis de délimiter davantage le champ d'application de la règle, non précisé totalement par les dispositions conventionnelles. Ainsi, la question s'est posée de savoir si la condition devait être exigée dans le cadre d'un recours étatique. Les deux présidents actuels des cours européenne et américaine exposent la solution communément apportée : *“la réponse pourrait dépendre du point de savoir si l'Etat requérant, lorsqu'il formule sa requête, dit agir en son nom propre ou en celui de victimes individuelles, la situation se rapprochant, dans cette dernière hypothèse, de la protection diplomatique. Dans la première hypothèse, l'épuisement ne semble pas nécessaire ; dans la seconde, en revanche, il paraît indispensable”*<sup>1413</sup>.

En pratique, ce principe est traduit par une spécificité de la jurisprudence des deux cours en matière de recours étatiques. Ainsi, on peut souligner que pour la Cour européenne, *“la règle de l'épuisement ne s'applique pas aux requêtes étatiques invoquant l'incompatibilité "des mesures législatives et de pratiques administratives avec la Convention, indépendamment d'une violation individuelle et concrète”*<sup>1414</sup>. Dès lors, si un recours fait valoir, non pas une violation particulière de la Convention européenne, mais une violation générale produite par des "pratiques administratives illicites rendant vain l'exercice de tout recours", la nature du recours évolue d'un recours subjectif à un recours objectif. En effet, ce n'est pas tant le droit subjectif de l'individu que fait valoir l'Etat, mais un droit objectif au respect du système de garantie collective de l'ordre public instauré par la Convention. On retrouve donc la distinction déjà évoquée à propos de l'action en protection diplomatique.

Ce principe jurisprudentiel est issu de la célèbre affaire présentée par l'Irlande contre le Royaume-Uni devant la CEDH, au sujet de ses ressortissants membres de l'IRA, prisonniers en Angleterre<sup>1415</sup>. Depuis, on considère que la règle de l'épuisement s'applique aux requêtes présentées sur le fondement de l'ancien article 24 de la Convention, sauf lorsqu'elles arguent d'un comportement généralement illicite de l'Etat. Ainsi, *“la pratique de l'article 24 fait clairement apparaître un soubassement politique dans*

<sup>1413</sup> L. Caflish, A.A. Cançado Trindade, “Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général”, *op.cit.*, p. 45.

<sup>1414</sup> E. Picard, “Commentaire de l'article 26 de la CEDH”, *op.cit.*, p. 593.

<sup>1415</sup> CEDH, Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978.

*la majeure partie des affaires, c'est-à-dire un véritable intérêt sous-jacent de l'Etat requérant autre que le souci désintéressé de garantir les droits fondamentaux?*<sup>1416</sup>.

En résumé, on affirme que *“la règle de l'épuisement des recours internes vaut évidemment lorsque le recours étatique a pour fonction de se substituer en quelque sorte au recours individuel mais il en va autrement si l'Etat "attaque une pratique en elle-même dans le but d'empêcher la continuation ou le recours" à cette pratique...”*<sup>1417</sup>. Cependant, l'opposition théoriquement simple est peu évidente à mettre en œuvre en pratique. Ainsi, dans l'affaire citée du 10 mai 2001, la Cour a exigé l'épuisement des recours internes pour une requête interétatique qui faisait pourtant valoir une pratique administrative illicite connue et durable de la part des autorités turques. L'arrêt de la Cour soutient la position de la Commission, qui a *“relevé, à cet égard, pour autant que le gouvernement requérant alléguait que les griefs exposés dans la requête se rapportaient à des pratiques administratives imputables à l'Etat défendeur, que la preuve de l'existence de ces pratiques dépendait de l'absence de recours effectifs pour redresser les actes présentés comme constitutifs desdites pratiques”*<sup>1418</sup>.

Par conséquent, la nature objective du recours étatique, qui entraîne la mise à l'écart de la règle de l'épuisement, n'est pas si évidente à soutenir. Intérêt de l'Etat et intérêt de l'individu sont parfois indissociables. Cela conduit alors les présidents des cours régionales à affirmer que *“ce raisonnement est, toutefois, excessivement formaliste car, dans la plupart des cas, l'Etat requérant agit en réalité pour le compte d'individus autant que pour le sien propre, raison pour laquelle la règle de l'épuisement semble être appliquée à l'ensemble du contentieux interétatique”*<sup>1419</sup>. La même critique peut être effectuée au regard des actions considérées comme entrant dans le domaine de la protection diplomatique.

## 2. Inapplicabilité pour le recours étatique en protection diplomatique ?

La jurisprudence la plus traditionnelle en matière de protection diplomatique considère qu'une réclamation internationale présentée par un Etat, destinée à faire valoir son seul droit, ne doit pas être soumise à la condition d'épuisement des recours internes. L'affirmation est pourtant paradoxale, si l'on considère que, dans sa version classique, l'institution de la protection diplomatique est justement censée ne faire valoir qu'un droit propre de l'Etat. Elle aurait donc du conduire à considérer que les actions en protection diplomatique ne peuvent être soumises à l'épuisement des recours internes. Or, on sait que ce n'est pas le cas en pratique. Ainsi, dans l'affaire des Otages

<sup>1416</sup> H. Labayle, “Commentaire de l'article 24 de la CEDH”, in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La CEDH – Commentaire article par article, op.cit.*, p. 574. Aujourd'hui, la majorité des affaires opposent Chypre à la Turquie, ce qui est en soi significatif de l'utilisation du recours offert par l'article 24 comme moyen de pression politique.

<sup>1417</sup> *Ibid.*, p. 576.

<sup>1418</sup> CEDH, arrêt Chypre c. Turquie, 10 mai 2001, § 87.

<sup>1419</sup> L. Caffish, A.A. Cançado Trindade, “Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général”, *op.cit.*, p. 45.

à Téhéran, les nationaux américains avaient bien subi des préjudices. Cependant, la CIJ a considéré que l'épuisement des recours ne s'imposait pas, car les Etats-Unis faisaient valoir une violation directe d'une obligation internationale à leur égard <sup>1420</sup>. Il ne s'agit donc pas véritablement d'une affaire de protection diplomatique <sup>1421</sup>.

Plus récemment, l'affaire Saïga du TIDM fait également l'objet de commentaires qui opposent action directe et action en protection diplomatique. Ainsi, on a vu que P. Weckel commentait l'affaire à la lumière de la protection diplomatique, puisqu'il explique le refus du tribunal fondé sur l'absence de lien juridictionnel entre la personne lésée et l'Etat responsable. Or, pour d'autres, l'affaire en question n'entraîne nullement dans le champ de la protection diplomatique et devait être considérée comme une action directe, de nature exclusivement interétatique <sup>1422</sup>. Cela s'explique par l'ambiguïté même de l'arrêt. En effet, le tribunal a certes répondu à l'argument relatif à l'absence de "lien juridictionnel", exception à la règle de l'épuisement des recours internes dans le cadre de la protection diplomatique. Cependant, le paragraphe précédent de l'arrêt soulignait la nature directement interétatique de l'affaire. Ainsi, après avoir dressé la liste de tous les droits de l'Etat de Saint-Vincent et Grenadines (SVG), il affirme que *“aucune des violations des droits dont se prévaut SVG, tels qu'énumérés au §97, ne peut être présentée comme une violation d'obligations concernant le traitement à réserver à des étrangers. Elles sont toutes des violations directes des droits de SVG. Le préjudice subi par les personnes impliquées dans l'activité du navire découle de ces violations. De ce fait, les demandes présentées au sujet de ce préjudice ne sont pas soumises à la règle qui requiert l'épuisement des recours internes”* <sup>1423</sup>. Commentant l'affaire, N. Ros constate qu'il s'agit d'une action directe de l'Etat, Saint-Vincent et Grenadines défendant notamment son droit propre au respect de la libre circulation maritime ; elle ne s'interroge nullement sur la possibilité qu'il s'agisse d'une action impliquant aussi des droits individuels. Dès lors, cela la conduit à affirmer, un peu rapidement semble-t-il, que *“force est par conséquent de s'étonner que le Tribunal poursuive son raisonnement et recoure à une motivation dès lors surabondante”* <sup>1424</sup>. Au contraire, il semble que l'action exercée par l'Etat de Saint-Vincent était loin d'être aussi évidente dans l'esprit des juges. En outre, la réparation accordée consistait non seulement en une satisfaction accordée à l'Etat par la reconnaissance de l'illicéité du comportement de la

<sup>1420</sup> CIJ, arrêt relatif au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis c. Iran), Recueil 1980, pp. 3 s.

<sup>1421</sup> C'est ainsi la position de C. Santulli qui, citant l'affaire (dans le contexte différent de la protection fonctionnelle des organisations internationales), déclare que *“...ce n'est donc pas la protection diplomatique qu'on pourrait utilement solliciter mais, tout au plus, les "actions directes" (i.e. ne relevant pas de la protection diplomatique) par lesquelles l'Etat se plaint du traitement réservé à son personnel diplomatique et consulaire, à son ministre des affaires étrangères, etc”* : Chronique AFDI 2002, *op.cit.*, p. 561. C'est nous qui soulignons.

<sup>1422</sup> Voir N. Ros, “Bilan de l'activité du TIDM”, AFDI 2000, pp. 496 s.

<sup>1423</sup> TIDM, Affaire du navire Saïga, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1999, *op.cit.*, §98.

<sup>1424</sup> N. Ros, “Activité du TIDM”, Chronique AFDI 2000, p. 520.

Guinée, mais couvrait également les dommages subis par l'équipage du navire (y compris les dommages corporels et la détention du capitaine).

Les limites de la protection diplomatique sont donc bien mal fixées. L'action directe de l'Etat est rarement évidente, laissant souvent place à une action de nature mixte. Or, dans ce cas, l'application ou l'exclusion de la règle de l'épuisement des recours internes est relativement aléatoire. Ainsi, le projet de codification de la règle constate que *“en pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est "directe" ou "indirecte" lorsqu'elle "mêle" des éléments constitutifs de préjudice pour l'Etat et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux”*<sup>1425</sup>.

### ***B. Application aléatoire de la règle dans les actions "mixtes": le principe de la prépondérance***

Le projet de codification en cours au sein de la CDI propose de recourir au critère de la prépondérance pour distinguer les catégories de réclamations auxquelles la condition de l'épuisement s'applique (1). Cependant, au regard de la jurisprudence récente de la CIJ, il est difficile de savoir si ce critère sera systématiquement retenu par les juges (2).

#### 1. La codification du principe de la prépondérance

Comme on l'a vu, l'exclusion de la règle de l'épuisement dans une affaire strictement interétatique est une pratique traditionnelle. Face à un différend impliquant une lésion d'intérêts privés comme d'intérêts étatiques, la jurisprudence internationale utilisait plusieurs moyens pour délimiter cette exclusion. De façon synthétique, J. Dugard rappelle que ces critères portent sur *“la prépondérance, l'objet du litige, la nature de la réclamation, la nature des remèdes recherchés et le critère de la condition sine qua non”*<sup>1426</sup>. Le critère principal de la prépondérance consiste, pour le juge, à évaluer dans quelle mesure l'Etat fait prévaloir davantage un préjudice médiate ou immédiat dans une action mixte qui caractérise la nature de la protection diplomatique. Ainsi, dans l'affaire *Interhandel*, la CIJ a recouru à ce critère pour affirmer que la Suisse entendait davantage demander réparation du préjudice médiate, le recours étant alors bien une action en protection diplomatique<sup>1427</sup>. L'action a donc été considérée comme indirecte et soumise à la condition de l'épuisement des recours internes.

La nature de la réparation attendue est également un élément qui semble déterminant pour le juge. Traditionnellement, *“lorsque l'Etat recherche un remède purement déclaratif, la réclamation sera considérée comme directe, mais s'il recherche l'indemnisation de son*

<sup>1425</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 72.

<sup>1426</sup> J. Dugard, “Second rapport sur la protection diplomatique”, A/CN.4/514, 2001, p. 11.

<sup>1427</sup> CIJ, *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis, arrêt du 21 mars 1959, Recueil p. 27.

*national ou une restitution en faveur de celui-ci, elle sera considérée comme indirecte*"<sup>1428</sup>. Dès lors, on pourrait considérer que si l'Etat demande une simple satisfaction, il s'agit d'une action directe et l'épuisement des recours internes n'est donc pas nécessaire. A l'inverse, si l'Etat demande une restitution, la règle devrait s'appliquer. Là encore, si le principe semble simple, la pratique l'est moins. On peut ainsi évoquer l'affaire Avena, dans laquelle la condition de l'épuisement a été éliminée, malgré la nature de la réparation demandée par le Mexique. En outre, ce critère est contesté, comme le constate le rapporteur de la CDI : en effet, il entraîne "*une situation qui n'est pas souhaitable car elle permettrait à un Etat de contourner la règle de l'épuisement des recours internes en favorisant la recherche de jugements déclaratifs*"<sup>1429</sup>.

Enfin, le critère de la condition surnommée *sine qua non* consiste à étudier, de façon quelque peu subjective, si la requête étatique aurait été introduite en l'absence de préjudice subi par le national de l'Etat auteur de la réclamation. La nature subjective, voire fictive, de ce critère, fondé sur des "si...", peut conduire à mettre en doute son utilité par rapport au critère de la prépondérance. Ainsi, la CDI a considéré que "*il n'y a pas grand chose qui distingue le critère de la prépondérance du critère "en l'absence de". (...) C'est pourquoi la Commission a préféré n'adopter qu'un seul critère – celui de la prépondérance*"<sup>1430</sup>.

En effet, le projet de codification contient actuellement un article 15, intitulé "catégories de réclamation", qui dispose que "*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 une des personnes ayant la nationalité de l'Etat réclamant ou à une autre personne visée dans l'article 8*"<sup>1431</sup>. La proposition ainsi effectuée consacre l'unique critère de la prépondérance, la CDI ayant considéré que "*les autres "critères" invoqués pour établir si la réclamation est directe ou indirecte ne sont pas tant des critères que des facteurs qu'il faut prendre en considération...*"<sup>1432</sup>. En outre, elle rompt avec le critère du jugement déclaratif, que l'on pourrait considéré comme étant dépassé. Si la demande de jugement déclaratif est présentée alors que l'action invoque un préjudice médiat, rien l'oblige le juge à considérer qu'il s'agit d'une action directe non soumise à la condition de l'épuisement. Ainsi, la CDI souligne que "*une telle décision serait juste et raisonnable s'il est établi que l'Etat demandeur a délibérément sollicité un jugement déclaratif pour éviter de se plier à la règle de l'épuisement des recours internes*"<sup>1433</sup>.

Ainsi restreinte au critère de la prépondérance, la solution proposée par la CDI pour délimiter les cas d'application de la condition de l'épuisement des recours internes n'est pas nécessairement d'une grande utilité pratique. Certaines réclamations peuvent

<sup>1428</sup> J. Dugard, "Second rapport sur la protection diplomatique", *op.cit.*, p. 14.

<sup>1429</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>1430</sup> Rapport de la CDI, 2004, *op.cit.*, p. 73.

<sup>1431</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>1432</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>1433</sup> *Ibid.*, p. 74.

ainsi ne faire valoir aucun des deux préjudices à titre principal. L'on ne peut alors que renvoyer à l'appréciation du juge, qui tiendra compte des circonstances de l'affaire, au cas par cas. Ainsi, il semble que ce critère ait été rejeté par la CIJ dans le contexte particulier de l'affaire Avena.

## 2. Vers une pratique contraire à la codification proposée ?

Dans l'arrêt Avena, la CIJ a nettement rappelé que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique que lorsqu'il s'agit de faire valoir internationalement des droits individuels<sup>1434</sup>. En l'espèce, si les critères de distinction entre action directe et action indirecte avaient été retenus, ils auraient probablement conduit à considérer qu'il s'agissait d'une action indirecte. En effet, si le préjudice subi par les ressortissants, du fait de la violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, n'avait pas eu lieu, rien n'aurait justifié un recours devant la CIJ. De plus, l'objet du litige concerne bien sur des personnes privées, et non des agents diplomatiques ou des biens de l'Etat. Enfin, la réparation demandée, sous forme de *restitutio in integrum* et non plus uniquement de satisfaction, mène à la même conclusion. Dès lors, la règle de l'épuisement des recours internes aurait du s'appliquer. Or, elle a été rejetée par la Cour. Celle-ci a bien affirmé que le Mexique demandait réparation, tant du préjudice médiat qu'il a subi à travers les ressortissants, que d'un préjudice immédiat subi par l'Etat. Cependant, c'est l'ambivalence même de cette action qui semble avoir motivé le rejet de la condition de l'épuisement. En effet, la Cour s'est appuyée sur la nature de l'article 36 de la Convention de Vienne, qui confère en même temps des droits individuels et des droits étatiques : la Cour a considéré que les circonstances spéciales d'interdépendance entre ces droits différents justifiaient la mise à l'écart de la règle. Elle a donc déduit que le double préjudice que l'action tendait à réparer lui permettait de rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par les Etats-Unis.

Selon P. Weckel, il faut voir dans cet arrêt un rejet de l'article 15 proposé par la CDI. En effet, il affirme, à propos de cet article, que “*cette construction est clairement démontée par la CIJ et notamment le critère de la prépondérance retenu par la CDI*”<sup>1435</sup>. En effet, la Cour ne se prononce en faveur ni de l'une, ni de l'autre des actions. Sur ce point, l'arrêt fait d'ailleurs l'objet d'une opinion individuelle du juge Vereshetin. Celui-ci s'exprime contre l'argumentation juridique de la CIJ en ce qu'elle rejette l'exigence de l'épuisement des recours internes. Se référant au projet de la CDI, le juge considère que la requête du Mexique est, à titre principal, une action en protection diplomatique destinée à faire valoir la protection des nationaux ; l'action directe de l'Etat, fondée sur la violation de ses droits propres, n'est que secondaire. Il estime alors que le critère de

<sup>1434</sup> CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. Etats-Unis, *op.cit.*, § 40.

<sup>1435</sup> P. Weckel, “Chronique de jurisprudence internationale”, *RGDIP* 2004-3, p. 736.

la prépondérance aurait du s'appliquer. Pourtant, le juge ne conteste nullement le rejet de la condition des recours internes. Cependant, la raison de ce rejet ne réside pas dans l'article 36 de la Convention de Vienne, mais dans des circonstances factuelles spéciales : au regard de l'affaire LaGrand, il est clair que l'épuisement des recours internes ne peut être achevé que très peu de temps avant l'exécution de l'individu condamné. Cette circonstance conduirait à la situation absurde de ne pouvoir saisir la CIJ que trop tard <sup>1436</sup>. Dès lors, *“to conclude, the Court should have applied the “preponderance” standard to the “mixed” Mexican claims under the heads both of Mexico's own rights and of its right of diplomatic protection of its national, thus remaining consistent with its former jurisprudence on the law of diplomatic protection. Having found that the claims were essentially those of diplomatic protection, the Court should have held that the rule of exhaustion of local remedies was inapplicable not because article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations impliedly differs in kind from other treaty provisions creating rights of individuals, but rather because of the very special circumstances of the case at hand, as explained above”* <sup>1437</sup>.

On ne peut nier l'évolution de l'action en protection diplomatique, dont on reconnaît qu'elle peut faire valoir des droits individuels. Tout en tenant compte de cette évolution, la Cour aurait ainsi pu rester dans le champ d'application indiqué par la CDI et recourir aux autres exceptions prévues dans le projet de codification : l'utilisation de la notion de recours adéquat, disponible et effectif l'aurait mené à un résultat similaire. Quoiqu'il en soit, comme le souligne P. Weckel, *“l'Etat requérant a ainsi tout à fait intérêt à faire valoir l'ambivalence de son action qui lui permet d'éviter l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes”* <sup>1438</sup>. Si l'intérêt de l'individu peut être pris en compte par la juridiction internationale, pourquoi faudrait-il choisir entre préjudice étatique et préjudice individuel, dès lors que la réparation couvre les deux ? Compte tenu du nombre d'exceptions, le champ d'application de l'épuisement des recours internes dispose d'une souplesse suffisante pour que la règle ne conduise pas à une utilisation injuste et déraisonnable.

Ainsi, la condition de l'épuisement des voies de recours internes est une exigence souple qui maintient l'individu de façon temporaire dans l'ordre interne. En cas de violation de ses droits subjectifs internationaux, en l'absence manifeste de possibilité interne de réparation, l'action internationale vient facilement prendre le relais pour défendre ces droits individuels.

<sup>1436</sup> Opinion individuelle du juge Vereshetin jointe à l'arrêt Avena, §10 et §11.

<sup>1437</sup> *Ibid.*, § 13.

<sup>1438</sup> P. Weckel, “Chronique de jurisprudence internationale”, *RGDIP* 2004-3, p. 734.

## Conclusion chapitre II

On a pu constater que la nature de la règle de l'épuisement des recours internes a longtemps fait l'objet de débats doctrinaux dont les conséquences pratiques sont fondamentales. Ils ont opposé, en général, les partisans d'une vision dualiste et interétatique du droit international, aux partisans d'un monisme reconnaissant l'existence de droits subjectifs internationaux des individus. Ces débats portent essentiellement sur le moment de la naissance de la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite. Ainsi, pour les premiers, la violation d'une obligation internationale ne peut avoir lieu qu'à l'égard d'un Etat qui seul possède le droit lésé. Or, lorsque des intérêts individuels sont atteints en priorité, ce fait illicite ne peut avoir réellement lieu qu'après le refus définitif de l'Etat de réparer. Pour les auteurs dualistes, avant l'intervention du déni de justice, la responsabilité internationale ne naît pas. Il ne s'agit, pour schématiser, que d'une responsabilité interne, pour violation interne d'une obligation internationale créant indirectement des droits internes pour les individus. C'est ainsi que le préjudice individuel entraîne un préjudice subi par son Etat de rattachement. A l'inverse, pour les partisans de l'épuisement des recours internes comme règle de procédure, la responsabilité internationale d'un Etat peut naître dès l'intervention d'une violation à la fois interne et internationale d'une obligation internationale. Le fait illicite engage la responsabilité internationale de l'Etat dès son intervention. Seuls ses effets sur le contenu de la responsabilité sont aggravés par le refus interne de réparer. Du point de vue de l'individu, cela signifie que l'on reconnaît, théoriquement, l'existence d'une responsabilité internationale étatique à son égard. La mise en œuvre (et non la naissance) de celle-ci au niveau international est simplement différée par le jeu des recours internes.

Ces deux visions de l'épuisement des recours internes étaient ainsi marquées par une ambivalence de la conception plus générale de la responsabilité internationale de l'Etat. Or, les travaux de codification, tant dans le domaine de la responsabilité que dans celui de la protection diplomatique, ont montré un abandon progressif de la vision dualiste. Dès lors, la règle semble majoritairement considérée comme une condition de procédure, dont il faut délimiter le champ d'application en termes de recevabilité d'une réclamation internationale. Ainsi, *“pour l'opinion qui nous semble dominante, ...la règle de l'épuisement des recours internes est une exigence de procédure qui tend à maintenir la balance égale entre la souveraineté de l'Etat présumé responsable et la sauvegarde du droit international. La règle aurait également pour but de faire de la protection diplomatique une voie de recours exceptionnelle par rapport aux recours locaux qui constituent les recours de droit commun”*<sup>1439</sup>. L'affirmation relative à la protection diplomatique est également valable

---

<sup>1439</sup> J. Chappez, “Protection diplomatique”, *Jurisclasseur Droit international*, fascicule 250, 1999, p. 22.

pour le contentieux des droits de l'homme. En effet, le champ d'application contemporain de la règle révèle un rapprochement entre les actions entreprises dans le domaine des droits de l'homme et dans celui de la protection diplomatique. Les limites de la règle sont similaires.

L'approche pragmatique retenue tant par le projet de codification que par les juridictions internationales est favorable à la garantie des droits individuels. En effet, la condition préliminaire qui oblige l'individu à rechercher réparation dans l'ordre interne est conçue avec souplesse. Lorsqu'un recours n'offre "aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace", la règle est surmontée aisément. En outre, le contentieux interétatique des droits de l'homme, comme les actions récentes exercées au nom de la protection diplomatique, semblent révéler une multiplication des actions mixtes, qui font valoir aussi bien des droits individuels que des droits étatiques. Dès lors, que l'action soit exercée par l'individu ou par l'Etat, le droit individuel peut être pris en compte. La protection internationale de ces droits est alors un relais qui, pour être subsidiaire, n'en est pas moins efficace. Ainsi, cette manifestation de l'écran étatique qu'est la règle de l'épuisement des recours internes ne fait que maintenir temporairement l'individu dans l'ordre juridique interne.

## Conclusion titre I

La capacité d'agir internationale de l'individu est restreinte par deux manifestations traditionnelles d'un écran étatique "ascendant", qui l'empêchent de sortir de l'ordre interne pour faire valoir ses droits subjectifs internationaux. La première manifestation est l'institution de la protection diplomatique ; la seconde, qui lui est étroitement liée, est la règle de l'épuisement des recours internes. L'une comme l'autre ont fait l'objet de deux conceptions nettement opposées, l'une favorable à l'individu, l'autre défavorable à une capacité individuelle.

Ainsi, la protection diplomatique est une action internationale de l'Etat provoquée, à l'origine, par un préjudice subi par l'individu. Or, dans sa version classique, l'ensemble de la construction théorique de l'institution conduit à nier l'internationalité du droit détenu par le particulier. La fiction de l'endossement mène à considérer que seul l'Etat possède la capacité de faire valoir, à l'encontre d'un autre Etat, non le droit de l'individu, mais son droit propre. En droit international classique, le préjudice subi par l'individu le lèse dans un intérêt plus que dans un droit : au plus, il ne s'agit que d'un droit interne. Cette lésion d'un droit individuel, non juridiquement protégé par le droit international mais par le droit interne, se mue en lésion d'un droit internationalement détenu par l'Etat. Or, il s'agit là d'une conception que l'on ne peut plus soutenir en droit contemporain.

De la même façon, l'épuisement des recours internes a longtemps été considéré comme un moyen de différer la naissance de la responsabilité internationale au moment où un différend réellement interétatique naît. En tant que règle de fond, elle conditionne l'intervention de la responsabilité, en cas de dommage causé à un sujet interne, à l'existence d'un fait internationalement illicite complexe (ou composite), qui ne provoque la violation d'une obligation internationale que de manière différée. Dès lors, du point de vue de l'individu, la conséquence de cette conception est la négation d'un droit subjectif internationalement conféré à l'individu. Là encore, seule la violation d'une obligation d'un Etat à l'égard d'un autre Etat peut conduire à engager la responsabilité internationale de l'auteur du fait illicite.

Or, de façon générale, ces deux formes d'écran étatique ont toutes deux évolué, dans un sens qui semble nettement prendre en considération la capacité internationale individuelle. Cela participe d'un mouvement général du droit international : ainsi, *« depuis une vingtaine d'années, un certain nombre de techniques ont permis de limiter le caractère interétatique et discrétionnaire des modes de règlement des différends concernant des personnes privées, de rendre plus "objective" la capacité juridique internationale de ces dernières : abandon du principe de réciprocité, dans la mesure où l'accès aux juridictions internationales est fonction du rattachement de la personne privée au territoire ou à l'ordre juridique de l'Etat en cause ; reflux de la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes avant saisine de l'organe international ; priorité des*

*normes internationales quant au droit invocable et applicable devant les institutions internationales*<sup>1440</sup>.

Certains affirment que le champ d'application de la protection diplomatique se restreint à mesure que des actions internationales font directement valoir des droits individuels. Or, l'interaction entre droit international général et droits de l'homme (notamment à travers la notion de procès équitable) incite à penser que la protection diplomatique évolue, plus qu'elle ne disparaît. Cette interaction produit des effets tant au niveau des règles primaires, qui confèrent des droits subjectifs substantiels aux individus, qu'au niveau des règles secondaires, qui aménagent progressivement un droit à réparation individuel pour la violation des précédentes. Ainsi, le processus chronologique qui mène à l'action étatique en protection diplomatique implique des droits subjectifs. La violation d'un droit individuel de l'étranger par un Etat peut conduire d'abord à l'octroi d'une assistance consulaire par l'Etat de rattachement de l'individu. Ce droit à l'assistance consulaire semble aujourd'hui être reconnu, par les droits internes et par le droit international, comme un droit internationalement conféré aux individus. Ensuite, l'internationalisation du différend a réellement lieu lorsque la protection consulaire débouche sur la protection diplomatique : dès lors, celle-ci peut être conçue comme le prolongement de la réclamation interne de l'individu par une réclamation internationale de l'Etat. Cependant, celle-ci demeure encore une prérogative étatique. Dès lors, la capacité de l'individu n'est pas directe : il n'est que partiellement concerné par les normes secondaires relatives à la capacité d'agir internationale. Néanmoins, la résistance étatique s'effrite. Ainsi, par la reconnaissance de la notion de représentation, incluse dans l'action en protection diplomatique, on tend à reconnaître à l'individu des droits subjectifs primaires ainsi que des droits secondaires à réparation. Si l'Etat conserve la capacité de déclencher l'action internationale, une fois mise en œuvre celle-ci représente la dualité des intérêts de l'individu et de son Etat.

Dès lors, la protection internationale de l'individu peut emprunter plusieurs voies : de l'action en protection diplomatique de l'Etat, de nature mixte et aux formes variées, à l'action directe de l'individu, les mêmes règles conférant des droits subjectifs individuels peuvent donner lieu à des actions différentes. La distinction entre ces actions présente alors un intérêt pour l'application de la condition de l'épuisement des recours internes. Celle-ci a connu une évolution similaire à celle de l'institution de la protection diplomatique, dont elle fait partie. En effet, elle est conçue aujourd'hui de façon pragmatique comme un moyen de recherche d'une véritable efficacité de la justice, d'abord interne puis internationale. Cantonnant l'individu dans l'ordre interne, elle est facilement surmontable et peut être contournée, dès lors que l'intérêt de

<sup>1440</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2004, p. 693.

l'individu l'exige. La pratique des juridictions spécialisées sur les droits de l'homme vient élargir les exceptions à l'application de la règle. Dès lors, que l'on considère la règle coutumière du droit international général ou la règle conventionnelle des droits de l'homme, ses contours sont similaires et poursuivent la même finalité : celle d'assurer la subsidiarité de l'action internationale de l'individu ou de l'Etat qui le représente.

En conclusion, on ne peut nier une certaine évolution du droit international, dont les institutions les plus classiques prennent en compte l'individu. La responsabilité internationale de l'Etat révèle une certaine "privatisation" du contentieux international. Si on peut toujours soutenir que au-delà des habilitations expresses (c'est-à-dire conventionnelles), l'individu est un incapable, l'affirmation doit néanmoins être sérieusement nuancée. En outre, ces habilitations expresses se multiplient. Ainsi, parallèlement à l'évolution des manifestations traditionnelles de l'écran étatique, celui-ci s'ouvre franchement pour laisser l'individu agir directement dans des cas qui ne sont pas si rares. Protection diplomatique et épuisement des recours internes ne régissent pas toutes les situations qui impliquent l'individu dans une relation de responsabilité internationale.

## **Titre II. Le franchissement de l'écran étatique : diversité des capacités d'action directement internationale de l'individu**

Le franchissement de l'écran étatique par l'exercice d'une capacité directement internationale est seul déterminant pour la reconnaissance d'une personnalité juridique internationale complète à l'individu. On a pu constater que les manifestations traditionnelles de l'écran étatique montrent une transparence accrue de celui-ci, qui laisse davantage passer l'individu : cependant, ce n'est qu'un lien direct entre l'ordre international et le particulier qui peut véritablement le constituer en sujet international. On peut ainsi rappeler l'exigence doctrinale d'une capacité d'action internationale qui s'exerce devant des organes "appropriés" <sup>1441</sup>. Ainsi, l'exercice interne de droits et obligations internationalement définis n'a pas paru pertinent pour l'acquisition de la capacité processuelle internationale. Il faut également rappeler qu'il s'agit d'une capacité aux contours peu délimités, selon qu'elle est conçue comme strictement juridictionnelle ou processuelle dans un sens plus large. Elle présente deux visages, l'un passif, l'autre actif : le sujet doit assumer des obligations ainsi que faire valoir des droits.

L'individu possède-t-il la capacité d'assumer des obligations internationales devant des organes internationaux ? En d'autres termes, peut-il engager et assumer une responsabilité internationale ? L'évolution considérable de la branche pénale du droit international, avec notamment la création récente de la Cour pénale internationale, développe amplement cet aspect passif de sa capacité d'action internationale. Il convient alors d'analyser les contours de cette capacité processuelle passive, révélée par la responsabilité pénale de l'individu (Chapitre I).

A l'opposé, l'individu peut-il faire valoir des droits devant des organes internationaux, indépendamment de toute intervention de son Etat ? On a perçu, à travers l'évolution récente de la protection diplomatique, que le droit international contemporain lui permet plus facilement d'opérer sur la scène internationale. Cependant, dès qu'il s'agit d'envisager les moyens d'actions autonomes de l'individu, la doctrine affirme leur caractère exceptionnel, dont aucune règle ne peut être déduite quant à la possession du statut de sujet de droit international. Or, en liaison avec le phénomène d'institutionnalisation de la société internationale, on peut parallèlement constater une multiplication des moyens que l'individu, victime internationale, peut utiliser pour demander le respect de ses droits, dans l'ordre juridique international. Cela suffit-il à lui reconnaître une capacité processuelle internationale active ? (Chapitre II).

<sup>1441</sup> Voir *supra*, partie 1, chapitre 1, pp. 170-181.



## Chapitre I. Capacité processuelle passive : la responsabilité pénale de l'individu

En matière pénale, la doctrine reconnaît facilement l'individu comme sujet (passif, mais sujet) de droit international. La question n'est pas totalement résolue pour autant. La persistance de contestations éparses, provenant de ceux qui soutiennent encore l'existence d'un crime d'Etat (dont le crime individuel ne serait qu'une manifestation concrète, un dérivé) justifierait à elle seule l'étude de la responsabilité internationale de l'individu.

Il ne s'agit pas ici de retracer l'historique de sa responsabilité pénale, mais avant tout d'étudier les règles contemporaines et leur influence sur le statut international de l'individu<sup>1442</sup>. Si on peut souligner que la criminalisation internationale de comportements individuels est ancienne, elle est néanmoins très incomplète. Ainsi, elle existe depuis longtemps, dans sa version "normative" : la définition des obligations internationales en matière de crimes fait l'objet de normes coutumières et conventionnelles abondantes. Cependant, jusqu'à récemment, cette prise en compte ne s'accompagnait guère d'une institutionnalisation de la répression internationale. On retrouve alors ici deux phénomènes habituels régissant la situation des individus face au droit international.

D'une part, la distinction entre les normes primaires définissant les obligations, et les normes secondaires relatives à la mise en œuvre de la responsabilité, est cruciale. Pendant longtemps, le droit international s'est avant tout préoccupé des premières, laissant de côté les secondes. En effet, la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'individu est encore essentiellement du ressort étatique. D'autre part, l'articulation entre droit international et droit interne fait l'objet de deux appréciations, que l'on peut résumer dans la distinction entre droit pénal international et droit international pénal. Ainsi, *“le droit pénal international est constitué par la partie du droit interne qui entend régir les rapports entre le droit pénal national et l'étranger ; pour cette branche du droit, le problème essentiel est celui du rapprochement, de l'harmonisation ou de l'unification des règles nationales par les techniques propres au droit international privé, en vue de résoudre les conflits de lois et de juridiction dans l'espace”*<sup>1443</sup>. A l'opposé, le droit international pénal est *“constitué par les normes internationales visant à qualifier, poursuivre ou réprimer les infractions concernant plus d'un*

<sup>1442</sup> Pour un historique, voir S. Szurek, “Historique – la formation du droit international pénal”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 7-22.

<sup>1443</sup> A. Mahiou, “Le processus de codification du droit international pénal”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, *op.cit.*, p. 38.

*Etat*<sup>1444</sup>. On retrouve ici le problème de l'origine des normes concernant les individus : sont-elles internes, internationales, ou "internes d'origine internationale" ? La problématique de l'immédiateté du rapport entre ordre international et individu resurgit.

L'étude de la capacité processuelle passive de l'individu doit être située essentiellement dans la seconde approche, car cette capacité n'est véritablement pertinente qu'au regard du droit international<sup>1445</sup>. Toutefois, l'étude de la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'individu, qui prouve sa capacité processuelle passive, ne peut guère être présentée sans partir des obligations primaires : sans s'attacher à approfondir la définition de chaque obligation, on peut souligner que l'attribution à l'individu d'obligations internationalement définies entraîne la possibilité de lui imputer un fait internationalement illicite, qualifié de crime de droit international, qui engage sa responsabilité pénale (Section I). Ce n'est qu'ensuite que l'on peut comprendre les contours de la capacité passive de l'individu et ses conséquences en terme de personnalité internationale. Cette capacité individuelle d'assumer ses obligations internationales devant des organes internationaux est étroitement liée au phénomène d'institutionnalisation de l'ordre juridique international. Au regard des évolutions récentes, on peut alors étudier la mise en œuvre de la responsabilité individuelle devant des juridictions internationales (Section II).

---

<sup>1444</sup> A. Mahiou, "Le processus de codification du droit international pénal", *op.cit.*, p. 38. Voir également E. David, *Code de droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1532 p. Le Code recense en première partie les textes propres au droit international pénal, et ceux relatifs au droit pénal international (essentiellement composé de textes belges) en seconde partie.

<sup>1445</sup> En effet, on a expliqué en première partie l'exigence du critère de la capacité composant la personnalité internationale : cette capacité n'a de réelle pertinence que lorsqu'elle s'exerce dans l'ordre international. Voir *supra*, partie 1, p. 174.

## ***Section I. De l'obligation à la responsabilité : le crime international de l'individu***

On peut souligner, avec C. Eustathiades, que “*si l'individu est considéré comme capable d'un délit ou acte illicite international, c'est-à-dire s'il est capable de violer une norme juridique internationale, c'est que cette norme prescrit à l'individu une certaine conduite et qu'elle attache à la conduite contraire une responsabilité individuelle de l'auteur de l'acte*”<sup>1446</sup>. On peut donc d'abord évaluer dans quelle mesure l'individu est titulaire d'obligations internationales de nature pénale (I), pour étudier ensuite les conséquences du fait illicite international de l'individu, en termes de responsabilité (II).

### **I. Les obligations internationales de l'individu : les normes primaires**

La nature coutumière de certaines obligations internationales visant les individus n'est plus à établir. D'ailleurs, avant même la création effective de la CDI, le projet de les codifier prenait déjà forme. Cela ne signifie pas pour autant que leur identification va de soi, même aujourd'hui. En effet, la classification de ces obligations est toujours malaisée, en raison de la difficulté de distinguer les obligations pesant sur les individus de celles pesant sur les Etats : une même norme peut-elle créer des obligations pour les Etats et pour les individus ? (A). En outre, quarante ans de réflexions de la CDI n'ont abouti qu'à un accord restreint sur un nombre limité d'obligations. Les normes internationales définissant les crimes de l'individu n'ont ainsi fait l'objet que d'une codification partielle (B).

#### ***A. Obligations étatiques et obligations individuelles : dissociation ou association ?***

La responsabilité pénale internationale de l'individu ne semble guère plus poser de problèmes, quant à son existence ; cela n'empêche pas d'effectuer un retour sur ce qui la justifie, c'est-à-dire la définition d'obligations pénales internationales : quels sont leurs destinataires ? L'individu seul, ou l'individu et l'Etat concomitamment ? Quelles sont ces obligations internationales ? Comment les distinguer des obligations internes ?

Ainsi, partant du point de vue de l'Etat, on perçoit encore une évidence : la responsabilité pénale de l'Etat n'existe pas en droit international positif. Jamais mis en œuvre, le crime d'Etat a été exclu de la codification de la responsabilité

---

<sup>1446</sup> C. Eustathiades, “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale”, *RCADI* 1953-3, p. 426.

internationale<sup>1447</sup>. L'Etat ne peut donc commettre de fait internationalement illicite qualifiable de crime, entraînant une sanction pénale. Cela ne signifie pas nécessairement qu'aucune obligation ne pèse sur lui, en droit international pénal : à s'en tenir aux normes primaires, il semble que les obligations de l'Etat existent (1) et qu'elles peuvent être distinguées des obligations individuelles (2).

### 1. Catégories d'obligations internationales : les obligations étatiques

La matière pénale prend-elle place au sein des obligations de l'Etat dont la violation entraîne sa responsabilité internationale ? Bien que l'on accepte désormais l'idée que le crime international de l'Etat n'existe pas, le droit international pénal le concerne amplement. Malgré l'exclusion du "crime", le droit de la responsabilité internationale de l'Etat présente ainsi une nouvelle typologie des obligations internationales qui permet de tenir compte d'un certain degré de gravité dans le fait illicite. Comme l'expose P.M. Dupuy, il existe un lien certain entre **obligations erga omnes**, **normes** impératives et **crimes** internationaux : l'angle d'approche choisi est *“respectivement, celui des destinataires de l'obligation, celui de sa substance et celui de la qualification de sa violation”*<sup>1448</sup>. Pour de nombreux auteurs, si le mot "crime" a été éliminé de la responsabilité internationale de l'Etat, le fait illicite grave demeure indirectement, lorsqu'il s'agit d'une violation d'une norme à vocation multilatérale. Ainsi, pour P.M. Dupuy, *“en réalité, la "chose" est restée et bien restée au-delà de la disparition du mot”*<sup>1449</sup> : la notion de crime a été remplacée par la violation des obligations "dues à la communauté internationale dans son ensemble"<sup>1450</sup>. Jusqu'en 2000, on pouvait en tout cas affirmer que *“la responsabilité de l'Etat pour la perpétration d'un "crime" international – ou d'un "fait illicite exceptionnellement grave" (...) doit être distinguée de la responsabilité encourue par l'Etat pour avoir manqué à son obligation de prévenir et de réprimer des activités qualifiées de criminelles par le droit international”*<sup>1451</sup>. Deux sortes d'obligations étatiques peuvent ainsi être distinguées, quelle que soit l'appellation du fait illicite constituant leur violation. A. Sicilianos explique que dans une première situation, *“...une règle "primaire" interdisant un certain*

<sup>1447</sup> L'article 19 du projet de la CDI, adopté en 1976 et conservé jusqu'en 2000, disposait que *“2. Le fait internationalement illicite de l'Etat qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international”*. Ce crime d'Etat, objet d'une polémique, fait partie des causes des multiples reports du projet de codification. L'existence, ou l'idée même d'une responsabilité étatique pénale, punitive, répressive, en l'absence d'une centralisation de la sanction, était très contestée. On considère que la responsabilité internationale de l'Etat n'est ni civile, ni pénale. L'Etat ne pourrait être un criminel doté de volonté de nuire. En outre, la définition même de l'article 19 semblait largement circulaire et tautologique. Pour un soutien à l'article 19, voir notamment A. Pellet, *“Can a State commit a Crime ? Definitely Yes”*, *EJIL* 1999-2, pp. 425-434.

<sup>1448</sup> P.M. Dupuy, *“Cours général droit international public. L'unité du droit international”*, *op.cit.*, p. 366.

<sup>1449</sup> *Ibid.*, p. 364.

<sup>1450</sup> Voir les articles 42 et 48 de la Déclaration codifiant la responsabilité internationale des Etats.

<sup>1451</sup> L. A. Sicilianos, *“La responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux”*, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, *op.cit.*, p. 115.

*comportement crée une obligation d'abstention à la charge des Etats*". Dans le second cas, "la responsabilité découle de la violation de règles "primaires" qui imposent à l'Etat des obligations positives" <sup>1452</sup>. Pour illustrer la distinction, exemple peut être pris de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. En effet, la mise en cause de la responsabilité internationale de la Serbie-Montenegro, par deux Etats ayant effectué un recours devant la CIJ, pourrait permettre de cerner la distinction entre les obligations étatiques en la matière.

En mars 1993, la requête de la Bosnie-Herzégovine contre la Yougoslavie (Serbie-Montenegro) pour violation de la Convention sur le génocide par le truchement de ses agents, invoque l'article 9 de la Convention. Celui-ci prévoit que les différends relatifs à l'interprétation, l'application ou à l'exécution de la Convention, "y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide..." seront soumis à la CIJ <sup>1453</sup>. Dès lors, "la Bosnie-Herzégovine souhaitait en effet voir la Yougoslavie condamnée par la Cour non seulement en raison du manquement à l'obligation de prévention et de répression du crime de génocide – soit une responsabilité **indirecte** – mais aussi pour sa responsabilité **directe** dans les actes commis" <sup>1454</sup>. Or, dans ses exceptions préliminaires, la Yougoslavie soutenait que, s'il existe une obligation étatique de prévention et de répression du crime (en vertu des articles 5, 6 et 7 de la Convention), "la responsabilité d'un Etat à raison d'un acte de génocide perpétré par l'Etat lui-même serait exclue du champ d'application de la Convention" <sup>1455</sup>. Ne tranchant pas sur le fond, bien sûr, la CIJ répond de façon tout à fait elliptique à cet argument. Ainsi, dans son arrêt de 1996, elle rappelle l'affirmation énoncée par elle dans son avis consultatif de 1951 relative aux "réserves à la Convention": "dans une telle Convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention...". Elle affirme ensuite que "les droits et

<sup>1452</sup> L. A. Sicilianos, "La responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 115. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>1453</sup> La disposition citée fut insérée tardivement et fait encore l'objet de controverses. Voir le texte de la Convention in P.M. Dupuy, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2000, pp. 103 s. Voir l'arrêt du 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires (ainsi que l'arrêt du 3 février 2003 "Demande en révision de l'arrêt" précédent), [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org). Voir aussi S. Maljean-Dubois, "L'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires", *AFDI* 1996, pp. 357-386. On peut évoquer également la requête de la Croatie contre la Yougoslavie en 1999, reposant sur le même fondement de l'article 9 de la Convention. La Croatie affirme qu'en tant que *parens patriae*, elle a droit à "la réparation pour le préjudice que les violations du droit international ont causé aux personnes, aux propriétés, à l'économie et à l'environnement croate". Voir *supra*, note 1269, p. 509.

<sup>1454</sup> S. Maljean-Dubois, "L'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires", *op.cit.*, p. 382. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>1455</sup> CIJ, arrêt du 11 juillet 1996, § 32.

*obligations consacrés par la Convention sont des droits et obligations erga omnes*"<sup>1456</sup>. Cependant, il est impossible de savoir, au vu de l'arrêt de 1996, si les deux types d'obligations pèsent bien sur l'Etat. La CIJ reconnaît l'existence de la première obligation, puisqu'elle en tire des conséquences quant à sa compétence : ainsi, *"la Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement"*<sup>1457</sup>. En revanche, la CIJ rejette l'exception préliminaire de la Yougoslavie portant sur la responsabilité pour l'acte de génocide lui-même, mais en considérant simplement, de façon négative, que l'article 9 de la Convention n'exclut *"aucune forme de responsabilité d'Etat"*<sup>1458</sup>. L'arrêt conclut alors à la compétence de la Cour sur le fondement de cet article.

Que peut-on alors déduire de cet arrêt, quant aux obligations et à la responsabilité de l'Etat ? En 1996, S. Maljean-Dubois remarquait que *"en matière de responsabilité, le principe général est en effet que l'Etat n'est aucunement responsable des actes des particuliers, ceux-ci ne pouvant lui être attribués. C'est peut-être à une exception à ce principe que l'arrêt ouvre la voie"*<sup>1459</sup>. La CIJ pourrait-elle mettre en œuvre la responsabilité de la Yougoslavie pour violation de l'obligation de ne pas commettre un génocide, et donc pour un "crime" ? Cela ne signifierait-il pas mettre en œuvre une responsabilité pénale ? L'article 9 est en effet ambigu : la responsabilité d'un Etat "en matière de génocide" ne se rattache pas nécessairement à l'acte lui-même, mais peut simplement impliquer l'obligation de prévention et de punition ? Cependant, la Cour semble avoir accepté, en 1996, l'idée d'une responsabilité fondée sur la violation des deux formes d'obligations. La codification de la responsabilité internationale de l'Etat a toutefois, depuis lors, éliminé toute possibilité d'une responsabilité pénale : la responsabilité de l'Etat, en l'espèce la Yougoslavie, pourrait alors être engagée pour l'acte de génocide, sans être pour autant une responsabilité pénale ? Le débat n'est pas clos. Cette obligation internationale "d'abstention" semble donc associer, en tant que destinataires, tant les Etats que les individus.

En revanche, les Etats sont nettement destinataires d'une obligation "positive" de prévenir, d'interdire et de réprimer le crime international, qui ne se limite pas au

<sup>1456</sup> CIJ, arrêt du 11 juillet 1996, § 31.

<sup>1457</sup> CIJ, arrêt du 11 juillet 1996, § 32. Déjà, la CIJ, par une ordonnance du 8 avril 1993 dans cette affaire, avait affirmé qu'en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention, les Etats assument l'obligation "de prévenir et de punir le crime de génocide" (recueil p. 22). L'article 1<sup>er</sup> dispose ainsi que *"Les parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir"*.

<sup>1458</sup> *Ibid.*

<sup>1459</sup> S. Maljean-Dubois, "L'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires", *op.cit.*, p. 381. Selon elle, l'intention des rédacteurs du traité de 1948 était d'exclure la responsabilité pénale de l'Etat. Pourtant, l'article 9 semble laisser ouverte cette hypothèse. L'auteur rappelle, par ailleurs, que les juges de la CIJ, dans l'affaire en question, n'ont pas tous été d'accord sur l'interprétation à donner à cette disposition (p. 384, note 155).

génocide. Ainsi, l'arrêt Furundziya du TPIY a affirmé, en 1998, que l'“*obligation de prévenir, interdire et réprimer les actes de torture*” est une obligation *erga omnes*, l'interdiction de la torture ayant même valeur de *jus cogens*<sup>1460</sup>. L'Etat est également le destinataire de l'obligation *aut dedere, aut judicare*, qui lui impose d'extrader ou de poursuivre un individu responsable d'un crime défini par le droit international. Cette obligation est notamment codifiée à l'article 9 du Code des crimes contre la paix et la sécurité internationales, qui dispose que “...*l'Etat partie sur lequel l'auteur présumé d'un crime visé (...) est découvert extradé ou poursuit ce dernier*”<sup>1461</sup>. Quant à la valeur de cette dernière obligation, elle est également incertaine. Ainsi, “*la valeur de cette règle est controversée, certains estiment qu'elle a valeur de coutume, voire de jus cogens, d'autres qu'elle n'est obligatoire que lorsqu'elle apparaît dans une convention*”<sup>1462</sup>.

La violation de ces obligations positives ne constitue pas un crime. La situation de l'individu, concerné par les obligations d'abstention, est différente.

## 2. Les obligations de l'individu, entre norme interne et norme internationale

Le sujet de l'incrimination internationale semble bien être l'individu. Cependant, la question de savoir si les obligations de l'individu sont bien internationales doit être étudiée. En effet, en matière pénale, l'individu est concerné par deux sortes

---

<sup>1460</sup> TPIY, arrêt du 10 décembre 1998, *Procureur c. Anto Furundziya*, [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty), § 151 et § 154. Il s'agit là d'une affirmation considérée comme “révolutionnaire” selon P.M. Dupuy, “Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*)”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 79. Un problème important est posé par l'existence d'une obligation de punir : est-elle une obligation impérative ? La pratique étatique inciterait à répondre non, compte tenu des réactions souvent favorables de la communauté internationale face aux lois d'amnistie et commissions nationales de réconciliation. A. Cassese se pose également cette question du rapport entre la substance de cette obligation et les lois d'amnistie : “*laissant de côté la question de l'opportunité politique d'un tel choix, le fait d'accorder l'amnistie à des personnes responsables de graves violations des droits de l'homme soulève d'importantes objections morales et juridiques*”. Juridiques, car l'obligation de punir pourrait être une norme de *jus cogens*. A. Cassese, “Présentation de la 3<sup>ème</sup> partie”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 623. Voir également I. Fichet-Boyle et M. Mossé, “L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et la répression des infractions”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, pp. 871-885. On peut également souligner que la Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré, en 1992, que les lois d'amnistie du Chili et de l'Argentine violaient le droit international. Le TPIY dans l'affaire Furundziya a également critiqué cette pratique, estimant qu'une telle loi n'empêchait pas le jugement des criminels à l'étranger ou par une juridiction internationale. Voir B. Stern, “Immunities of Heads of State : Where do we Stand ?”, in Lattimer, Sands (eds), *Justice for Crimes against Humanity*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 73-106.

<sup>1461</sup> Voir le texte du Code in “Rapport annuel de la CDI”, A/51/10, 1996, ici p. 69.

<sup>1462</sup> M. Poutiers, “L'extradition des auteurs d'infractions internationales”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, pp. 933-950 (ici p. 938).

d'obligations que l'on distingue fréquemment, encore aujourd'hui<sup>1463</sup>. Les unes relèveraient du droit pénal international, les autres du droit international pénal.

Ainsi, une première série d'obligations vise à encadrer des comportements individuels. Historiquement les plus anciennes, elles interdisent la piraterie maritime (en haute mer), la traite des esclaves, le trafic de stupéfiants, ou encore le faux-monnayage et le terrorisme. D'origine coutumière, les obligations relatives à la piraterie et à l'esclavage ont aussi chacune fait l'objet de plusieurs conventions internationales<sup>1464</sup>. Une seconde série de règles internationales a vu le jour avec le "droit de Nuremberg" largement développé depuis. Elle est composée des normes coutumières interdisant et réprimant le crime contre la paix, le crime contre l'humanité, le crime de guerre et le génocide.

Pour ce qui est des premières obligations, on considère que leur origine historique est avant tout interne : même une fois "coutumiérisées", ces normes primaires internationales ont pour objectif de contraindre les Etats à les transformer en obligations internes pesant sur les individus. Ceux-ci ne seraient donc pas directement destinataires d'obligations internationales, mais d'"obligations internes d'origine internationale". L'expression est familière. En revanche, pour les secondes, l'obligation internationale est née directement du droit international en 1945. Le fait qu'elle vise aussi les individus en tant qu'agents étatiques n'est pas anodin : dans un contexte d'extrême gravité des comportements en cause, il ne s'agissait guère d'actes commis à titre purement privés. L'influence de l'Etat sur les crimes commis par ses agents impliquait que le droit international puisse appréhender directement les individus en question, l'action de l'Etat étant probablement destinée à l'inefficacité. Le degré de gravité du crime peut ainsi dissocier les obligations relevant du droit pénal international et celles relevant du "véritable" droit international. Ainsi, certains auteurs les classent respectivement en infractions "de droit commun" et infractions graves au droit

<sup>1463</sup> Une autre distinction est opérée par P.M. Dupuy, que l'on ne retiendra pas ici. Il explique ainsi que "*lorsqu'on parle de "normes du droit international pénal", on désigne en réalité au moins deux catégories de règles bien distinctes*" : P.M. Dupuy, "Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*)", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 72. L'auteur considère d'abord l'existence de normes communes à l'ensemble des systèmes internes et qui concernent la conduite du procès pénal (*nullum crimen... nulla poena...*, etc). "*Il existe ensuite, et c'est tout différent, des obligations coutumières qui (...) relèvent en elles-mêmes non pas du droit pénal proprement dit mais du droit international humanitaire. Ces règles ne concernent pas quant à elles la conduite du procès pénal. C'est leur violation qui constitue l'infraction punissable en droit international pénal*" (*Ibid*).

<sup>1464</sup> Si la piraterie maritime (et aérienne) est désormais codifiée dans la Convention de Montego Bay de 1982, l'interdiction de la traite des esclaves figure dans un grand nombre de conventions depuis la fin du 19<sup>ème</sup> siècle. De même, le trafic de stupéfiants, devenu infraction internationale depuis une Convention de 1912, fait l'objet de plusieurs textes. Le terrorisme, toujours en quête d'une définition univoque, est probablement le crime inclus dans le plus grand nombre de textes. Pour chacun de ces domaines, on peut affirmer que l'intervention du droit international est "fragmentaire et empirique" (P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, 6<sup>ème</sup> édition, 1999, p. 670). Face à la multiplication des traités, leur "*application concomitante ne manque pas de soulever quelques problèmes d'interprétation voire des contradictions*" (A. Mahiou, "Le processus de codification du droit international pénal", *op.cit.*, p. 42).

international. Les premières “obéissent à un régime juridique *“classique”*, dans la mesure où celui-ci consacre une séparation de l'incrimination qui trouve sa source dans le droit international et la sanction qui reste de la compétence des juridictions nationales...”<sup>1465</sup>. Les atteintes les plus graves sont alors régies par des normes internationales de nature différente, compte tenu de l'importance de l'obligation : il s'agit de normes impératives, valables en toutes circonstances, auxquelles on ne peut déroger. Elles sont non seulement définies internationalement, mais leur violation est également réprimée au niveau international.

Ainsi, à côté d'une série d'obligations individuelles indirectement internationales, l'on trouverait une seconde catégorie d'obligations directement internationales. Cette distinction catégorielle mais quelque peu catégorique, peut faire l'objet de deux remarques. D'une part, il ne faut pas confondre la définition de l'obligation, c'est-à-dire l'incrimination effectuée par les normes primaires, avec la mise en œuvre de la responsabilité qui entre dans le champ des normes secondaires. Ainsi, ce sont bien des incriminations internationales qui visent l'individu. En revanche, la sanction est interne. Le fait qu'il existe, en droit international, une criminalisation normative mais pas institutionnelle, justifie l'affirmation d'une distinction entre droit international pénal et droit pénal international. Pour autant, il peut sembler contestable d'affirmer que “*c'est ainsi, par exemple, que l'auteur d'actes de torture ne commet point un crime selon le droit international, mais tombe sous le coup d'une ou plusieurs lois nationales*”<sup>1466</sup>. Cela dépend des cas : la différence porte surtout sur la mise en œuvre de la responsabilité, et non nécessairement sur la définition de l'obligation. Ce qui distingue droit pénal international et droit international pénal, ce sont avant tout les normes secondaires. D'autre part, les deux catégories d'obligations sont loin d'être étanches, et “*s'il en allait ainsi à d'autres époques, il faut convenir en revanche que la situation apparaît bien plus mouvementée et intriquée dès qu'on se rapporte au contexte actuel*”<sup>1467</sup>. En effet, si les exemples cités représentent les infractions “classiques”, chacune de ces catégories a été peu à peu

<sup>1465</sup> A. Niang, “Les individus en tant que personnes privées”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 233.

<sup>1466</sup> C. Tomuschat, “La cristallisation coutumière”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 29.

<sup>1467</sup> L. Condorelli, “Présentation de la deuxième partie”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 242. L'auteur relève trois facteurs contemporains de complexification de la matière pénale, qui rend difficile la distinction entre droit pénal international (de nature interne) et droit international pénal. Ainsi, le régime classique de la responsabilité internationale de l'Etat a dû admettre l'existence d'intérêts supérieurs de la collectivité, conceptualisés par la notion d'obligations *erga omnes* et de normes de *ius cogens*. Ensuite, la mondialisation de l'économie, la transnationalisation de la criminalité a fait exploser la catégorie des crimes et délits internationaux commis par des individus. Enfin, l'institutionnalisation pénale de la société internationale oblige également à repenser la logique du système du droit international pénal : voir pp. 243-244.

élargie à d'autres définitions de faits internationalement illicites<sup>1468</sup>. Certaines infractions internationales pourraient probablement être considérées comme incluses dans les deux catégories, qu'elles rapprocheraient alors. On peut ainsi envisager l'exemple des normes relatives au terrorisme, ayant connu une évolution considérable, semblant passer du droit pénal international au droit international pénal.

Cependant, dans l'ensemble, les définitions des obligations internationales de l'individu sont imprécises. La codification opérée par la CDI depuis 1947 n'est d'ailleurs pas toujours d'une grande utilité, car elle est elle-même assez incomplète.

### ***B. La codification partielle des règles primaires définissant les obligations individuelles***

Autant la CDI était réfractaire aux normes primaires pour codifier la responsabilité étatique, autant elles étaient l'objet essentiel de la codification de la responsabilité pénale de l'individu, destinée à proposer une définition des crimes entraînant la responsabilité internationale. En fin de compte, après bien des hésitations, seules les obligations relatives aux crimes les plus graves, appartenant de façon incontestable au droit international pénal, ont été retenues dans le Code des crimes en 1996 (1). Dès lors, on peut s'interroger sur l'implication, dans le droit international pénal, des crimes oubliés, notamment en matière de terrorisme (2).

#### 1. Le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

Quelles sont les obligations que le droit international impose aux individus ? Saisie d'un projet de code des crimes de l'individu dès sa mise en place, la CDI n'a pu proposer un texte qu'en 1991, dont la physionomie a été considérablement modifiée en 1996, lors de son adoption définitive<sup>1469</sup>. En 1991, la Commission a adopté le projet de Code en première lecture, "*sans en dissimuler le caractère très provisoire*"<sup>1470</sup>. Sa seconde partie constituait une liste de douze crimes contre la paix et la sécurité internationales : agression, menace d'agression, intervention, domination coloniale et autres formes de domination étrangère, génocide, apartheid, violations systématiques ou massives des

<sup>1468</sup> Ainsi, l'ouvrage de droit international pénal de MM. Ascensio, Decaux, Pellet, présente 29 infractions internationalement définies, autres que les "grands" crimes contre la paix et la sécurité. Elles sont présentées respectivement comme infractions relatives à la protection de l'individu et des peuples, infractions relatives à la protection de l'Etat, des organisations internationales et de leurs agents, infractions relatives à l'environnement, puis aux échanges internationaux et enfin à la protection d'autres intérêts économiques. Voir H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, Deuxième partie, La définition des infractions internationales, pp. 241-620.

<sup>1469</sup> Elle avait adopté un premier projet en 1954, qui écartait les crimes classiques du droit pénal international pour se consacrer déjà aux crimes les plus graves. Cependant, l'Assemblée générale de l'ONU a suspendu son examen, en raison des difficultés liées à la définition du crime d'agression. Ce n'est qu'en 1981 que la Commission est à nouveau saisie, et D. Thiam désigné comme rapporteur spécial. Voir A. Mahiou, "Le processus de codification du droit international pénal", *op.cit.*, p. 48.

<sup>1470</sup> J. Dehaussy, "Travaux de la CDI", *AFDI* 1991, p. 668.

droits de l'homme, crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité, mercenariat, terrorisme international, trafic illicite de stupéfiants, dommages délibérés et graves à l'environnement. Or, comme l'expose A. Mahiou (qui était président de la Commission en 1996), les Etats “*se sont divisés sur la liste des crimes, les uns estimant que beaucoup d'entre eux n'avaient pas leur place dans le code, les autres estimant au contraire la liste insuffisante et souhaitant y adjoindre des crimes supplémentaires*”<sup>1471</sup>.

Par conséquent, le projet a été restreint aux quatre crimes les plus graves du droit international pénal : l'agression, dont la définition est toujours inexistante, compte tenu de la faible portée de celle proposée par la résolution 3314 de l'Assemblée générale de 1974. Le génocide, les crime contre l'humanité et les crimes de guerre sont également retenus et définis<sup>1472</sup>. Cependant, on peut souligner l'inclusion contestée d'une cinquième disposition relative aux crimes contre le personnel des Nations unies. Or, “*l'adjonction de ce dernier crime, improvisée et discutable, s'est effectuée au dernier moment dans des circonstances dérogeant totalement aux habitudes de travail de la Commission...*”<sup>1473</sup>.

La codification des quatre crimes les plus graves, à l'exclusion des autres cités, satisfait une majeure partie de la doctrine, qui considère que “*à mêler ainsi les uns et les autres, on banalisait de façon fort inappropriée les crimes les plus insupportables, qui sont aussi les plus solidement établis en droit international, qui font logiquement l'objet du Code des crimes contre la paix...*”<sup>1474</sup>. En outre, l'objet finalement restreint de la codification peut s'expliquer par la finalité du Code, qui devait accompagner la mise en place d'un mécanisme international de répression. Ainsi, un groupe de travail au sein de la CDI était chargé par l'Assemblée générale de réfléchir à la création d'un tel mécanisme. Mené en parallèle, et connaissant les mêmes aléas, ce projet a également commencé par proposer une liste élargie de crimes relevant de la compétence d'une juridiction internationale, avant d'adopter une liste restreinte des crimes individuels. En effet, il a semblé que l'exercice international d'une justice pénale ne pouvait porter que sur les crimes universellement reconnus comme tels. Les propositions du groupe de travail ont ainsi conduit à l'adoption à Rome de la Convention du 17 juillet 1998 portant statut de la Cour pénale internationale : en vertu de son article 5, la Cour est compétente *ratione materiae* pour connaître, en principe, de l'agression, du génocide, du crime contre l'humanité et du crime de guerre.

<sup>1471</sup> A. Mahiou, “Le processus de codification du droit international pénal”, *op.cit.*, p. 49.

<sup>1472</sup> Rapport de la CDI, A/51/10, 1996, pp. 24-143. L'agression fait l'objet de l'article 16 (p. 103). Viennent ensuite le génocide à l'article 17 (p. 105), puis le crime contre l'humanité à l'article 18 (p. 114), le crime contre le personnel des Nations unies et le personnel associé à l'article 19, et enfin le crime de guerre à l'article 20 (p. 132).

<sup>1473</sup> A. Mahiou, “Le processus de codification du droit international pénal”, *op.cit.*, p. 49 : l'auteur estime qu'il “*aurait été préférable de ne pas faire preuve de précipitation, surtout qu'une convention venait juste d'être adoptée sur le sujet (Convention du 17 février 1995)*”.

<sup>1474</sup> A. Pellet, “Pour la CPI quand même ! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine”, *L'observateur des Nations Unies*, No.5, 1998, p. 147.

Dès lors, on peut se demander si le Code des crimes possède encore une utilité. Son intérêt essentiel résidait en effet dans l'élaboration de normes qui figurent désormais dans la Convention de Rome. En outre, les dispositions du Code relatives aux normes secondaires portant sur la sanction de la responsabilité pénale de l'individu ne pouvaient qu'être incomplètes : en effet, elles relèvent davantage de l'objet du mécanisme international de répression, qui n'était pas finalisé en 1996. Ainsi, J. Dehaussy, commentant le Code de 1991, remarquait que "*nombre de ses dispositions souffrent du fait qu'il n'a pas été pris parti sur la question, qui lui est étroitement liée, de l'éventuelle création d'un mécanisme international de répression*"<sup>1475</sup>. La même réflexion pouvait encore être émise en 1996. Le principe d'une responsabilité individuelle est affirmé, sans pour autant préciser les conditions de sa mise en œuvre. On peut citer, par exemple, l'article 2 du Code, qui dispose que "*un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité engage la responsabilité individuelle*"<sup>1476</sup>. L'article 3, relatif à la "sanction", affirme que "*tout individu qui est responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est passible de châtement. Le châtement est proportionnel au caractère et à la gravité du crime*"<sup>1477</sup>. Le commentaire de cet article explique clairement qu'il était impossible d'apporter davantage de précisions. Ainsi, "*les auteurs n'ont pas fixé une peine pour chaque crime, car tout dépend du système judiciaire qui sera adopté pour juger les auteurs de crimes...*"<sup>1478</sup>.

## 2. Les obligations internationales relatives au terrorisme

Traditionnellement présentée parmi les obligations de première catégorie, cette infraction de "droit commun" semble être considérée depuis peu parmi les infractions les plus graves, définies dans des normes posant des obligations *erga omnes*<sup>1479</sup>. En 2000, on pouvait affirmer que "*si le terrorisme n'est pas une infraction autonome dans le domaine international, il l'est devenu dans quelque rare législation nationale*"<sup>1480</sup>. S'inscrivant dans cette première catégorie, le terrorisme a également fait l'objet de nombreuses conventions internationales et régionales, dès les années 1930 et notamment dans les années 1970. Il s'agit d'un régime juridique non harmonisé : ainsi, "*les définitions des infractions dans ces*

<sup>1475</sup> J. Dehaussy, "Travaux de la CDI", *AFDI* 1991, p. 685.

<sup>1476</sup> Rapport de la CDI, 1996, *op.cit.*, pp. 35 s. Le second paragraphe de l'article contient la même affirmation en ce qui concerne le crime d'agression.

<sup>1477</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>1478</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>1479</sup> Voir S. Szurek, "La lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du Chapitre VII : un laboratoire normatif", *RGDIP* 2005-1, pp. 5-49. Également la journée d'études franco-allemandes de la SFDI, *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales*, Paris, Pedone, 2004, 295 p.

<sup>1480</sup> C. Bourgues-Habif, "Le terrorisme international", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, *op.cit.*, p. 459. L'auteur expose une distinction entre l'acte de "terrorisme international", qui "*a comme auteur un individu ou un groupe d'individus qui commet des actes de violence contre la population civile...*", et le terrorisme d'Etat, par lequel "*c'est un Etat qui soit emploie le terrorisme contre ses ressortissants comme moyen de gouvernement, soit soutient des individus commettant des actes de terrorisme*" (pp. 460). La physionomie actuelle du terrorisme "transnational" échappe à cette partition.

*différents textes sont liées à l'objet de chacun d'eux ; elles sont également influencées par l'idéologie dominante au niveau universel ou régional*<sup>1481</sup>.

Or, depuis la résolution 1373 du Conseil de sécurité qui fait suite aux attentats du 11 septembre 2001, la lutte contre le terrorisme est devenue, selon l'expression du Conseil, une “obligation impérieuse”, sorte d'intermédiaire entre les obligations des deux catégories précédentes<sup>1482</sup>. Depuis, l'arsenal juridique déployé par l'ONU, tout comme la résolution 1373, met l'accent sur une double dimension, à la fois interne et internationale, des obligations. Il oblige les Etats à adapter leurs droits internes, en matière de prévention et de répression du terrorisme. Il impose également une coopération internationale. En outre, S. Szurek remarque que “*se trouve ainsi affirmée, sur la base d'un acte international, une responsabilité pénale des personnes privées dans la mesure où elle fait de leurs agissements, dès l'instant qu'ils contribuent à la commission d'actes de terrorisme, des actes de délinquance internationale sans égard, comme on l'a souligné et contrairement à ce qui était jusque-là le cas, à une quelconque fonction de nature publique ou attribuable à une entité collective de nature publique*”<sup>1483</sup>. Ces nouvelles normes internationales n'appartiennent plus seulement à la première catégorie d'obligations conventionnelles relatives aux infractions de droit commun. Assiste-t-on alors à la naissance d'une nouvelle catégorie d'obligations ou d'une nouvelle vision des obligations internationales pénales ? La constitution de groupements criminels sans territorialisation, dont les rapports avec les entités publiques sont parfois obscurs, oblige à interpréter ces obligations dans un sens plus collectif. Cependant, le terrorisme n'est toujours pas une infraction autonome, définie en soi par une norme internationale coutumière, et dont la sanction s'effectue internationalement<sup>1484</sup>. En revanche, il peut éventuellement être rattaché à la catégorie des crimes contre l'humanité. Ainsi, lors de la rédaction du statut de la Cour pénale internationale, certains Etats (Algérie, Inde, Sri Lanka et Turquie) avaient proposé de l'inclure parmi les actes constitutifs du crime contre l'humanité. Cependant, la plupart des Etats (dont les Etats-Unis) s'y étaient opposés. A. Cassese, notamment, semble

<sup>1481</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, *op.cit.*, 6<sup>ème</sup> édition, p. 673.

<sup>1482</sup> La nouveauté soulignée de la résolution 1373 est de tendre à l'élaboration d'un cadre normatif. En effet, le Conseil de sécurité, faisant quasiment office de législateur international, impose un ensemble de normes plutôt que de “simples” injonctions ou sanctions : voir S. Szurek, “La lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du Chapitre VII : un laboratoire normatif”, *op.cit.*, p. 11. Egalement W. Gehr, “Le comité contre le terrorisme et la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité”, *Actualité et droit international*, [www.ridi.org/adi](http://www.ridi.org/adi), janvier 2003.

<sup>1483</sup> S. Szurek, “La lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du Chapitre VII : un laboratoire normatif”, *op.cit.*, p. 12.

<sup>1484</sup> On peut ainsi rappeler l'arrêt Kadhafi de 2001, dans lequel la Cour de cassation a estimé que le terrorisme ne constituait pas un crime international défini par une norme coutumière et susceptible de s'imposer à l'immunité d'un chef d'Etat en exercice : Voir *supra*, partie 2, p. 433.

aujourd'hui estimer que les conditions sont réunies, qui permettent de l'inclure dans le champ d'application du droit international pénal <sup>1485</sup>.

Finalement, seuls les quatre crimes repris dans les différents textes de codification font aujourd'hui l'objet d'une cohérence entre normes primaires et normes secondaires internationales. Les individus sont visés, tant par les obligations substantielles définies, que par leurs conséquences "habilitatives" en terme de capacité processuelle internationale. Que deviennent les autres crimes ? La CDI a déclaré en 1996 que leur exclusion du Code ne modifie nullement leur statut en droit international et ne préjuge pas d'un éventuel et futur développement des besoins de codification en la matière <sup>1486</sup>. Cependant, les difficultés d'adoption du Statut de la Cour pénale internationale en 1998, et l'opposition persistante contre la Cour, d'Etats tels que les Etats-Unis, la Chine ou Israël, ont démontré que la société internationale n'est pas totalement prête à une extension de la justice internationale. Les autres infractions internationales sont définies de façon éparse, par une multitude de conventions, qui ne sont pas complétées par un mécanisme international de mise en œuvre. L'individu n'assume pas ces obligations internationales devant un organe international, sauf si elles sont une composante entrant dans le cadre d'un crime contre la paix et la sécurité <sup>1487</sup>. Ainsi, si l'on considère qu'entrent dans le champ du droit international pénal les seules normes "parfaites", associant norme primaire et norme secondaire, alors seuls les quatre véritables crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité en font partie. Les

---

<sup>1485</sup> Voir A. Cassese, "Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", *EJIL* 2001-5, pp. 993-1002. De façon générale, il souligne que les nouvelles formes de terrorisme international pourraient obliger à reconsidérer les catégories d'obligations et de crimes internationaux, ainsi que les réponses à y apporter. Ainsi, l'article 7 du statut de la Cour pénale internationale, qui définit le crime contre l'humanité, présente une liste de 11 faits constitutifs d'un tel crime, parmi lesquels une disposition vague évoque les "autres actes inhumains" : le terrorisme pourrait alors entrer dans le champ de compétence de la Cour, à ce titre.

<sup>1486</sup> Rapport de la CDI, 1996, *op.cit.*, p. 29.

<sup>1487</sup> Ainsi, la définition des crimes les plus graves, que ce soit dans le Code de 1996 ou dans le statut de la Cour pénale internationale, inclut certains autres faits illicites conventionnellement définis. Par exemple, l'article 7 du statut de la Cour pénale internationale, définissant le crime contre l'humanité, présente une liste de 11 faits illicites constitutifs d'un tel crime : parmi eux, on retrouve la réduction en esclavage, la torture, ou l'apartheid. En outre, l'atteinte grave à l'environnement, exclue du Code en tant que crime autonome, ne retrouve néanmoins dans la composition d'un crime de guerre. En effet, l'article 20 du Code considère comme crime de guerre "*l'utilisation de méthodes ou moyens de guerre non justifiés par des nécessités militaires dans l'intention de causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement...*". Voir par exemple C. Nègre, "Les atteintes massives à l'environnement", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, pp. 537-554. Il en va de même dans le Statut de la Cour pénale internationale, à l'article 8. Celui-ci, long et détaillé, présente une liste impressionnante de faits constitutifs d'un crime de guerre, dans le cadre d'un conflit armé international. Sont ainsi considérées les infractions graves aux Convention de Genève de 1949 ainsi que les "autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international (26 actes sont listés à ce dernier titre). Les crimes de guerre dans le cadre d'un conflit armé "ne présentant pas un caractère international" sont également définis selon la même méthode.

autres infractions, de nature conventionnelle, définissent les obligations primaires mais renvoient aux ordres juridiques internes pour ce qui est de leur mise en œuvre.

Cela conduit certains à affirmer qu'*“il ne suffit évidemment pas que des incriminations soient établies dans une convention internationale pour qu'on puisse les qualifier de crimes internationaux”*<sup>1488</sup>. L'évidence ne paraît pas si forte, mais cela nécessite de répondre à la question de savoir si le sujet de l'obligation internationale est le même que le sujet de la responsabilité internationale. Pour pouvoir parler de responsabilité **internationale** de l'individu, il faut alors envisager l'internationalité du crime et la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur individuel.

## II. La responsabilité internationale pénale de l'individu

Comme le souligne S. Szurek, *“les principes du droit pénal, de la subjectivité et de l'individualisation de la peine, font de l'individu le sujet de l'infraction. Aussi, à l'inverse de la règle qui prévaut en droit international public, la tendance prédominante en droit international pénal est de faire de l'individu **seul** le sujet d'une infraction internationale, à l'exclusion de l'Etat”*<sup>1489</sup>. En principe, ne peut violer une règle que celui qui en est destinataire. On impute personnellement au sujet de l'obligation un fait illicite (crime international) pour en tirer les conséquences en terme de responsabilité<sup>1490</sup>. En matière pénale, si le crime de l'individu existe, celui de l'Etat n'existe plus, d'un point de vue théorique. Cependant, pour un même fait illicite, deux tendances s'affrontent, selon que l'on recherche la responsabilité de l'individu ou celle de l'Etat (A). En outre, du crime à la responsabilité individuelle, les rôles respectifs du droit international et du droit interne doivent être clarifiés. En effet, on peut se demander s'il s'agit d'une responsabilité internationale ou interne, au regard de la technique de renvoi à une compétence universelle des juridictions nationales (B).

<sup>1488</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 717.

<sup>1489</sup> S. Szurek, “Historique – la formation du droit international pénal”, *op.cit.*, p. 19. C'est nous qui soulignons.

<sup>1490</sup> Pour l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat, on parle ainsi d'imputabilité. L'imputation est définie par le dictionnaire Salmon comme le *“fait de rattacher à un sujet de droit international le comportement d'individus, de particuliers ou de groupes”*(p. 565). L'imputabilité, quant à elle, est *“caractéristique de comportements d'individus ou de groupes qui peuvent ou doivent être rattachés à un Etat ou à une organisation internationale”* (*ibid.*, p. 564). Cela semble donc signifier que, en évoquant la notion d'imputation, on vise uniquement l'Etat en tant que sujet de l'obligation. Or, ici, c'est l'individu que l'on considérera comme le destinataire de l'obligation et l'auteur du fait illicite. Il s'agit donc d'étudier comment un fait illicite reste attribué à l'individu et engage sa responsabilité, et non celle de l'Etat. En 1973, la CDI a préféré le terme d'attribution à celui d'imputation, pour éviter le rapprochement avec l'utilisation du terme en droit pénal interne, qui possède un sens proche d'inculpation. Cependant imputation reste communément utilisé. Voir “Attribution”, in *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 108.

### *A. L'imputation du crime de l'individu : responsabilité individuelle ou responsabilité étatique ?*

La séparation entre responsabilité internationale de l'Etat et responsabilité pénale internationale de l'individu, pour les mêmes actes, est une question difficile à résoudre. Aisni, C. Eustathiades soulignait, en 1953, qu'«à la suite d'un même acte ou omission on est en face d'une responsabilité parallèle ou conjointe, cumulative, concurrente, en d'autres mots d'une double responsabilité, individuelle et étatique»<sup>1491</sup>. Cependant, la responsabilité de chacun n'est pas de même nature. Depuis la révolution effectuée par le droit de Nuremberg, on affirme que l'individu est pénalement responsable pour violation d'une obligation internationale dans deux situations que l'on ne dissocie plus. D'une part, lorsque le fait illicite est commis par un individu à titre purement privé ; d'autre part, et c'est là que réside la nouveauté, il lui reste également imputé même s'il agit en tant qu'agent étatique, ou "individu-organe" (1). Dès lors, on n'attribue qu'à l'individu son propre comportement, même lorsque l'Etat n'y est pas étranger. Pourtant, certains considèrent encore que le crime individuel n'est qu'un dérivé du crime d'Etat. Ils soutiennent alors que la mise en œuvre de la responsabilité de l'individu ne signifie pas qu'il est réellement investi d'une personnalité internationale (2).

#### 1. Responsabilité de l'individu en tant que personne privée ou agent étatique

La responsabilité d'un particulier pour des actes commis à titre purement privé, en violation d'une obligation internationalement définie, est classique : c'est la responsabilité du pirate ou de l'esclavagiste. Ces actes sont privés, en tant qu'ils n'engagent pas l'Etat dans la commission du fait illicite. En revanche, les agissements illicites des agents étatiques étaient classiquement attribués à l'Etat et traités dans le cadre traditionnel de la responsabilité internationale de celui-ci. Mais, spécificité du domaine pénal, le droit international organise la responsabilité personnelle des agents étatiques. Ainsi, «une conception "révolutionnaire" de l'infraction est ainsi introduite : les sujets actifs de l'infraction peuvent être des personnes représentant l'Etat et agissant en son nom»<sup>1492</sup>. Le principe de l'irresponsabilité personnelle des gouvernants a donc été contredit lors des développements du droit international pénal en 1945 à Nuremberg : devant une juridiction internationale, ils n'ont ni immunité, ni impunité<sup>1493</sup>. Comme le souligne R. Maison, «l'économie du processus d'attribution réalisé dans le cadre du procès international facilite l'imputation de la responsabilité pénale au sujet de l'obligation, l'individu, et permet de constituer un

<sup>1491</sup> C. Eustathiades, «Les sujets du droit international et la responsabilité internationale», *op.cit.*, p. 487.

<sup>1492</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, 2002, p. 711.

<sup>1493</sup> B. Stern précise que l'immunité est un obstacle procédural à la responsabilité d'un gouvernant devant des juridictions étatiques, et que le concept est impropre en droit international. Devant une juridiction internationale, il faut ainsi parler d'absence "d'impunité". Voir B. Stern, «Immunities of Heads of State : Where do we Stand ?», *op.cit.*, pp. 73-106.

*modèle de responsabilité personnelle et non plus collective en droit international public*<sup>1494</sup>. Sont ainsi internationalement responsables de leurs crimes les gouvernants, mais aussi les fonctionnaires, les supérieurs hiérarchiques et les exécutants.

Certains parlent alors d'une responsabilité "indivisible" : *"l'indivisibilité de la responsabilité pénale individuelle signifie que la responsabilité individuelle n'est pas limitée aux seuls individus, organes de l'Etat – à savoir les autorités politiques, militaires et civiles – mais s'étend à tout individu, quelle que soit la capacité dans laquelle il agit"*<sup>1495</sup>. Par conséquent, quelle que soit la qualité de l'individu, officielle ou non, le fait illicite qu'il commet engage sa responsabilité internationale. L'affirmation a été clairement émise par l'un des tribunaux militaires à Nuremberg : *"le droit international comme tel, lie tout citoyen exactement comme le droit interne. Des actes jugés criminels lorsqu'ils sont accomplis par un agent du Gouvernement sont également criminels lorsqu'ils sont commis par un simple particulier. La culpabilité ne diffère que quantitativement et non pas qualitativement. L'auteur dans les deux cas est accusé d'un tort individuel et la punition frappe l'auteur in propria persona"*<sup>1496</sup>. Ce principe a aujourd'hui été repris dans le Code des crimes, dont l'article 7 précise que la qualité officielle du responsable, qu'il soit chef d'Etat ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale<sup>1497</sup>. L'article 27 du statut de la Cour pénale internationale pose la même règle.

En pratique, la responsabilité de l'individu-organe est mise en cause uniquement pour les crimes les plus graves, devant la juridiction internationale. De façon schématique, on pourrait donc distinguer deux degrés de responsabilité : d'une part, la responsabilité pour des faits illicites commis à titre privé, parce qu'il s'agit de violations d'obligations internationales d'abstention pesant exclusivement sur l'individu. Ces faits illicites tels que trafic de stupéfiants ou piraterie ne constituent pas l'un des crimes internationaux codifiés. D'autre part, la responsabilité pour l'un des crimes de droit international, commis par un agent étatique.

Une fois reconnue la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité internationale de ces individus-organes, la question a été posée, à Nuremberg, de savoir si des actes commis par des personnes privées à titre privé pouvaient également être jugés au niveau international en tant que crime grave<sup>1498</sup>. En effet, seules les personnes

<sup>1494</sup> R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 286.

<sup>1495</sup> A. Niang, "Les individus en tant que personnes privées", *op.cit.*, p. 227.

<sup>1496</sup> Tribunal militaire des Etats-Unis, Nuremberg, affaire *Flick*, 22 décembre 1947.

<sup>1497</sup> Rapport CDI, *op.cit.*, 1996, p. 56. La responsabilité personnelle du chef d'Etat figure également dans les conventions sur le génocide (article 4) et sur l'apartheid (article 3).

<sup>1498</sup> La question pourrait encore être posée aujourd'hui, au regard des attentats du 11 septembre 2001 : on peut commettre un génocide ou un crime contre l'humanité sans être un agent étatique.

investies de qualités officielles ont été condamnées par le TMI<sup>1499</sup>. Ainsi, C. Eustathiades recense la liste de la qualité des personnes poursuivies à l'époque<sup>1500</sup> : il s'agissait d'une part d'agents étatiques (personnel administratif et dignitaires du parti nazi, personnel judiciaire incluant juges et procureurs), et d'autre part d'industriels et d'hommes d'affaires, ainsi que de médecins et d'infirmières : pour ces deux derniers, la qualité privée ou officielle de leur statut pouvait être difficile à établir, car en l'espèce ils travaillaient dans un établissement public. L'auteur constate que les condamnations ont été beaucoup plus rares (mais pas exclues) pour ces dernières catégories de personnes "civiles". En outre, tous agissaient plus ou moins directement dans le cadre d'une activité étatique. Cela le conduit à affirmer "*c'est le lien organique ou quasi-organique entre l'individu coupable et l'Etat qui peut fonder une responsabilité individuelle pouvant être mise en jeu sur le plan international à la suite d'une violation d'une règle de droit international*"<sup>1501</sup>. Il n'est pas sûr que cette affirmation soit encore d'actualité. On pourrait plutôt affirmer que, plus que le lien organique, c'est le caractère impératif de l'obligation et la gravité du crime qui implique une responsabilité internationale. Ce n'est donc pas la qualité, le statut de la personne au regard du droit interne qui importe, mais la nature du fait illicite : on distingue entre crime grave et autre fait illicite (devrait-il être qualifié de délit, pour le distinguer du précédent ?).

On voit donc deux tendances s'affronter, dans l'internationalisation des responsabilités : d'un côté, on peut souligner l'aspect révolutionnaire d'une responsabilité internationale personnelle d'agents étatiques. Elle fait sortir le criminel de son ordre juridique étatique pour le placer directement dans l'ordre international. De l'autre côté, la responsabilité internationale de l'Etat pour des actes commis par des personnes privées existe : c'est donc un mouvement inverse, qui cantonne à nouveau l'individu dans l'ordre interne<sup>1502</sup>. Certains auteurs, mettant l'accent sur ce phénomène,

---

<sup>1499</sup> "Ce n'est qu'à l'occasion des procès subséquents au TMI de Nuremberg, qui ont eu lieu dans les différentes zones militaires alliées, pour le jugement des criminels dit "mineurs", qu'on trouve des cas de responsabilités pénales d'individus agissant en qualité de personnes privées" : A. Niang, "Les individus en tant que personnes privées", *op.cit.*, p. 225.

<sup>1500</sup> C. Eustathiades, "Les sujets du droit international et la responsabilité internationale", *op.cit.*, p. 465.

<sup>1501</sup> *Ibid.*, pp. 477-478.

<sup>1502</sup> Cette forme de responsabilité est codifiée dans la Déclaration de 2001, notamment à l'article 8, qui dispose que "*le comportement d'une personne ou d'un groupe de personne est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat*". Rapport annuel de la CDI, A/56/10, 2001, pp. 47-48.

tendent encore à considérer que l'individu n'est pas réellement sujet passif de droit international, car sa responsabilité n'est qu'un dérivé du crime d'Etat.

## 2. Crime d'Etat et personnalité internationale de l'individu

En 2000, le dictionnaire Salmon distingue les crimes individuels et les crimes commis par l'Etat. Ainsi, le premier est nommé crime de droit international et défini comme *“tout fait individuel qualifié d'infraction internationale pénale par le droit international coutumier ou conventionnel, par exemple, la piraterie, l'esclavage, le crime de guerre, le crime contre l'humanité, le trafic de stupéfiants, la capture illicite d'aéronefs”*<sup>1503</sup>. Le second, distingué par sa gravité, est nommé crime international : il s'agit d'une *“catégorie de violation du droit international accomplie par un sujet de droit international qui se caractérise à la fois par l'importance de l'obligation violée et par la gravité de sa violation”*<sup>1504</sup>. Il est précisé ensuite que le crime international se limite à des fait attribuables aux seuls Etats. Cela conduit à considérer qu'en cas de crime grave, bien que la responsabilité individuelle puisse être engagée et mise en œuvre au niveau international, le fait devrait (également) être imputé à l'Etat.

A. Pellet se demande alors *“pourquoi, dans certains cas, l'Etat qui, normalement, fait écran entre le droit international et ses ressortissants (et, plus encore, les gouvernants), devient-il "transparent" ? La réponse à cette question se trouve dans une notion qu'il est, aujourd'hui, de bon ton de décrier, mais dont on ne saurait se débarrasser aisément, celle de "crime international de l'Etat...”*<sup>1505</sup>. Il souligne ainsi que l'écran étatique n'est transparent (c'est-à-dire que le droit international considère directement l'individu criminel, à travers l'Etat) que lorsque se produit une violation *“d'obligations internationale essentielles pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble”*, qui impose l'exercice d'une justice internationale. Dès lors, la responsabilité de l'individu ne pourrait être mise en cause internationalement que lorsque l'Etat a joué un rôle dans la commission du fait.

---

La responsabilité de l'Etat pour comportements de personnes privées agissant *de facto* pour son compte, a ainsi été engagée dans l'affaire des otages à Teheran, en 1980. En outre, la question de l'imputation à l'Etat d'actes des *“organes de facto”* a été soulevée dans les deux affaires Tadic au TPIY, en 1<sup>ère</sup> instance le 7 mai 1997, puis devant la chambre d'appel en 1999. Il s'agissait de savoir si les actes criminels se situaient dans le cadre d'un conflit armé interne ou international. Les critères de l'imputation, entre contrôle *“effectif”* et contrôle *“global”* de l'Etat sur l'acte du particulier, semblent être encore incertains. La CEDH a également utilisé le critère du contrôle global dans l'affaire Loizidou (deux arrêts, du 23 mars 1995 et du 18 décembre 1998). Voir C. Kress, *“L'organe de facto en droit international public. Réflexion sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents”*, RGDIP 2001, pp. 93-141 (sur le critère du contrôle, voir p. 127). L'auteur constate que *“récemment il est apparu que l'imputation à l'Etat du fait d'un individu peut être une question préliminaire dans le cadre de la responsabilité non pas de l'Etat mais de l'individu en droit international”*(p. 95).

<sup>1503</sup> Dictionnaire de Droit international public, *op.cit.*, p. 287.

<sup>1504</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>1505</sup> A. Pellet, *“Présentation de la première partie”*, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, *op.cit.*, p. 87.

Or, certains considèrent que la responsabilité pénale de l'individu pour ce type de crimes n'est nullement autonome, et qu'elle n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'une personnalité internationale à l'individu : elle n'est qu'un dérivé de la responsabilité étatique. On peut ainsi rappeler la position de principe adoptée par V. Honrubia, qui nie que la responsabilité internationale de l'individu implique sa personnalité internationale<sup>1506</sup>. Cependant, cet auteur ne rattache pas pour autant la responsabilité de l'individu à elle de l'Etat : au contraire, elle considère la première comme une exception à la seconde. En revanche, la thèse de R. Maison rattache la responsabilité internationale de l'individu au crime d'Etat. L'auteur soutient ainsi que la responsabilité pénale des individus n'est qu'une extension de la responsabilité étatique : elle est engagée pour un crime qui, en réalité, est commis au nom de l'Etat, si ce n'est par l'Etat. Ainsi, *“l'individu est toujours saisi en tant qu'organe formel ou organe de fait de la collectivité étatique ou quasi-étatique”*<sup>1507</sup>. Dès lors, elle semble considérer que les obligations d'abstention pèsent sur l'Etat, sans que l'on sache si ce destinataire est exclusif ou non. En outre, l'auteur souligne l'obligation de réparation mise à la charge de l'Etat : *“de plus, la réparation des dommages qu'elle [la collectivité étatique] a provoqués ne peut reposer sur l'agent étatique mais sur une obligation collective. En d'autres termes, la responsabilité pénale des agents étatiques ne peut entièrement se substituer à la responsabilité collective, qui doit continuer de jouer son rôle en matière d'infraction internationale”*<sup>1508</sup>. A une époque où une certaine criminalité internationale se “désétatise”, se développe indépendamment de toute souveraineté étatique, on pourrait lui donner tort. Mais le cas du crime d'agression semble lui donner raison. En effet, la codification de ce crime révèle qu'il se distingue des autres, par la nécessité d'être rattaché à une action étatique illicite<sup>1509</sup>. Le Code des crimes dispose ainsi que *“tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, prend une part active dans – ou ordonne – la planification, la préparation, le déclenchement ou la*

<sup>1506</sup> V. A. Honrubia, “La responsabilité internationale de l'individu”, *RCADI* 1999, vol.280, notamment pp. 198-208. Voir *supra*, note 449, p. 174.

<sup>1507</sup> R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 24.

<sup>1508</sup> *Ibid.*, p. 294 : *“l'infraction internationale, qui produit un trouble grave, ne saurait se limiter à faire naître la responsabilité pénale des agents étatiques. Ainsi, c'est une réaction internationale dirigée contre la collectivité étatique qui, seule, pourra engendrer sa cessation”*. Il n'est pas de notre propos de développer ici quelle est la fonction de la responsabilité individuelle. Cependant, on peut noter que cette fonction peut être perçue comme étant destinée, non seulement à punir, mais aussi à faire cesser l'illicéité, ainsi qu'à prévenir d'autres comportements de même nature. Voir également, dans l'ouvrage de R. Maison, le chapitre sur la fonction de la responsabilité individuelle, p. 433 s : si l'on conçoit la responsabilité individuelle comme moyen de faire cesser l'illicéité collectif, c'est faire preuve, selon l'auteur, d'un “angélisme naïf” (p. 435). G. Scelle avait, quant à lui, adopté une position opposée, estimant que seule la responsabilité individuelle pouvait prévenir de nouveaux agissements : *“on s'est convaincu, en effet, que la responsabilité de l'Etat, précisément parce qu'elle n'affecte pas les responsables, reste illusoire et souvent injuste, surtout n'est pas de nature à prévenir les guerres”* : G. Scelle, “Cours de droit international public”, 1948, p. 970.

<sup>1509</sup> M. Dumée, “Le crime d'agression”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, pp. 251-264. L'auteur explique que l'agression n'est pas qu'un crime individuel, elle est aussi un crime d'Etat (p. 260).

*conduite d'une agression commise par un Etat, est responsable de crime d'agression*"<sup>1510</sup>. En outre, la CDI souligne son caractère unique et affirme que *"la responsabilité d'un individu pour sa participation au crime d'agression est subordonnée à l'agression attribuée à un Etat, en l'absence de laquelle un individu ne peut voir sa responsabilité engagée du chef de ce crime"*<sup>1511</sup>. Dans ce cas, la responsabilité de l'individu constitue bien un accessoire de la responsabilité étatique. Cependant, plusieurs remarques peuvent alors être effectuées. D'une part, ce crime d'Etat est bien difficile à qualifier : jamais défini ni imputé à quiconque par une juridiction internationale, on peut douter qu'il soit un jour véritablement appliqué<sup>1512</sup>. D'autre part, comme le souligne C. Bassiouni, *"la question de savoir quand une conduite dépasse celle d'une seule personne (...) pour devenir collectivement imputable à l'Etat ne trouve pas encore de réponse dans la doctrine"*<sup>1513</sup>. ainsi, en l'absence de véritable définition acceptée de cette infraction internationale étatique, il est difficile de la considérer autrement que comme une hypothèse d'école<sup>1514</sup>. Si la définition de ce crime était opératoire et que la CPI finisse par en connaître réellement, *"pour la première fois, peut-être, un véritable lien sera établi entre crime de l'individu et crime de l'Etat"*<sup>1515</sup>.

Ainsi, ce qui vaut pour le crime d'agression ne vaut pas nécessairement pour les autres. En effet, pour ceux-là, le crime de l'individu ne nécessite pas l'intervention d'une action étatique ; la responsabilité pénale internationale de l'individu est, dans ces conditions, autonome de toute allégeance étatique. Dès lors, on peut estimer que quelles que soient l'origine et la fonction de la responsabilité individuelle, lorsqu'elle est mise en œuvre au niveau international, elle prouve indéniablement la capacité internationale processuelle de l'individu. On peut ainsi s'associer à la réflexion de C. Leben : *"la responsabilité des individus en droit international, nous dit Rafaëlle Maison, n'est donc qu'une extension de la responsabilité des Etats qui en est son fondement unique. Les conclusions qu'on tire d'habitude de l'existence de cette responsabilité pénale internationale des individus, quant à l'accession de ceux-ci au rang de sujet du droit international, en sont-elles pour autant invalidées ? Nous ne le pensons pas. Que les personnes physiques ne soient prises en compte par le droit international que parce qu'elles sont les agents des Etats n'empêche pas qu'elles soient effectivement*

<sup>1510</sup> Article 16 du Code des crimes, Rapport annuel de la CDI, A/51/10, 1996, p. 103. C'est nous qui soulignons.

<sup>1511</sup> Code des crimes contre la paix, commentaire de l'article 8, in Rapport de la CDI, *op.cit.*, 1996, p. 68.

<sup>1512</sup> Il faut nuancer ce propos au regard du droit de Nuremberg, qui incriminait déjà l'agression à travers le "crime contre la paix". Mais si des agents étatiques (dont le ministre de l'économie) ont été condamnés à Nuremberg sur ce fondement, aucune personne **privée** n'a été personnellement reconnue responsable d'un tel crime.

<sup>1513</sup> C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 54-55.

<sup>1514</sup> Voir R. Kherad, "La question de la définition du crime d'agression dans le Statut de Rome", *RGDIP* 2005-2, pp. 331-361. La question de l'articulation entre la responsabilité individuelle et la responsabilité étatique se posant avec acuité dans cette situation, celle des compétences respectives de la CPI et du Conseil de sécurité se pose également.

<sup>1515</sup> M. Dumée, "Le crime d'agression", *op.cit.*, p. 252.

*prises en compte, effectivement touchées et visées par le droit international*<sup>1516</sup>. Il souligne également que, même si cette responsabilité naît effectivement de la responsabilité de l'Etat, *“une fois la chose faite, une fois la responsabilité de l'individu acclimatée dans ce milieu de droit international qui lui était étranger, elle peut se développer selon une logique qui lui est propre et sans se référer nécessairement à la responsabilité de l'Etat”*<sup>1517</sup>.

Cependant, l'affirmation ne vaut que pour la responsabilité qui peut être mise en œuvre au niveau international. Tel n'est pas toujours le cas, dans la mesure où les infractions dites de "droit commun" ne sont pas toujours punissables par une juridiction internationale. La capacité processuelle de l'individu, lorsqu'elle est mise en œuvre au niveau interne, est incomplète.

### ***B. Responsabilité interne ou responsabilité internationale : problématique de la compétence universelle***

Comme l'affirme C. Bassiouni, *“si le DPI [droit pénal international] établit les normes internationales, par exemple pour les crimes, il peut aussi établir les principes et règles de la responsabilité pénale individuelle. Que le DPI puisse appliquer ces normes directement ou par l'intermédiaire des Etats soulève une question d'une autre nature, relative aux techniques d'application du DPP”*<sup>1518</sup>. Deux voies peuvent alors être utilisées pour assurer le respect des obligations internationales de l'individu : d'une part, les juridictions nationales sont compétentes par principe pour juger des crimes commis sur leur territoire ou à l'encontre de leurs ressortissants. Le droit international confère également aux Etats une compétence dite "universelle" dans certaines autres hypothèses, lorsque le responsable présumé se trouve sur leur territoire. D'autre part, lorsqu'elles sont compétentes, les juridictions internationales peuvent également poursuivre les individus criminels. C. Bassiouni qualifie la première situation de "système d'application indirecte", la seconde de "système d'application directe". La compétence des juridictions internes est bien plus courante que celle de juridictions internationales rares, aux fonctions délimitées. Or, devant ces tribunaux internes, met-on réellement en œuvre une responsabilité internationale de l'individu ? La compétence universelle permet-elle de tirer des conséquences en termes de personnalité internationale ?

<sup>1516</sup> Ch. Leben, Préface à R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, *op.cit.*, p. xii.

<sup>1517</sup> *Ibid.*, p. xiii. Et l'auteur d'ajouter immédiatement *“on peut se demander... si le terrorisme international n'est pas un domaine où, justement, une telle autonomisation du droit de la responsabilité pénale internationale des individus pourrait se produire”*.

<sup>1518</sup> C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 41. Il faut préciser que l'auteur n'utilise pas la distinction entre droit pénal international et droit international pénal : il précise dès le début de son ouvrage que *“les termes "droit pénal international" sont utilisés tout au long de ce texte, même si, dans la conception française, il existe une distinction entre le "droit pénal international" et le "droit international pénal", distinction fondée notamment sur les deux sources de droit applicables (sources prenant naissance dans le système juridique international, et sources prenant naissance dans les systèmes de droit interne)”*, p. 1.

Bien que cette compétence universelle ne soit que l'une des hypothèses de compétence des tribunaux internes jugeant de crimes considérés comme tels par le droit international, il convient de mettre l'accent sur cette technique particulière (1). Cependant, l'étude du principe montre qu'il est d'une pertinence limitée pour l'étude de la capacité processuelle internationale de l'individu (2).

#### 1. Mise en œuvre de la responsabilité individuelle par des juridictions internes : la compétence universelle

Le principe a déjà été expliqué <sup>1519</sup>. Il repose sur l'obligation étatique de punir le crime international. En outre, dans certains cas, lorsque l'individu est responsable d'un crime défini par le droit international, l'Etat sur le territoire duquel il se trouve doit l'extrader ou le juger. La règle s'impose même (et surtout) aux Etats dont le responsable n'est pas un ressortissant, ainsi qu'à ceux qui ne sont pas territorialement concernés par les actes commis. Fondement du système d'application indirecte du droit international pénal, le principe est celui d'une compétence des tribunaux internes pour juger de tout crime international, qu'il s'agisse de l'un des quatre crimes les plus graves, ou de l'une des autres infractions de "droit commun" conventionnellement définies. On l'évoque en tant que "principe" ou "règle", car il n'est pas réellement possible d'affirmer qu'il s'agit d'une véritable obligation générale imposée à l'Etat ; plusieurs hypothèses existent.

Les multiples conventions prévoyant une telle compétence comportent deux types de disposition. D'une part, compte tenu du double principe *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, le droit interne doit comporter les incriminations nécessaires. D'autre part, ces incriminations doivent également être applicables aux personnes ayant commis des crimes, indépendamment du lien de rattachement à l'Etat. Ainsi, on peut citer l'exemple de l'article 5 de la Convention contre la torture de 1984, qui dispose que "*tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 [tous actes de torture]*". Le premier paragraphe impose cette compétence dans les trois situations de compétence personnelle et territoriale de l'Etat : l'infraction a été commise sur son territoire, l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants, ou lorsque la victime est un ressortissant de l'Etat. Il est complété par le paragraphe suivant, qui impose, cette fois-ci, la compétence universelle : "*tout Etat partie prend également des mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et*

<sup>1519</sup> Voir *supra*, Partie 1, p. 173, note 447. Pour un historique du principe de compétence universelle, voir G. Guillaume, "La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles", in *Mélanges Levasseur*, Litec, 1992, pp. 25-36. Rappelant la distinction présentée entre l'approche interne et l'approche internationale du droit pénal, son article débute par l'affirmation selon laquelle "*le droit pénal international est avant tout un droit national*".

où l'Etat ne l'extrade pas..."<sup>1520</sup>. En revanche, la Convention sur le génocide, par exemple, ne prévoit qu'une obligation d'exercer la compétence territoriale<sup>1521</sup>.

B. Stern résume ainsi les différentes situations conventionnelles existant : *“il semble donc qu'il y ait différents cas de figure possibles, que l'on peut citer selon un ordre "d'obligatorité" décroissant : il peut y avoir une obligation d'établir la compétence universelle dans l'ordre interne accompagnée d'une obligation de saisir la justice (convention contre la torture), il peut y avoir une obligation d'établir la compétence universelle dans l'ordre interne et une faculté de saisir la justice (convention contre l'apartheid), enfin il peut y avoir une simple invitation à créer une compétence universelle et une simple faculté de saisir la justice (convention contre le trafic de stupéfiants). Dans une deuxième catégorie de traités, la compétence universelle est directement créée par le droit international et peut donc être mise en œuvre sur le plan interne en l'absence de toute mesure d'incorporation dans le droit français”*<sup>1522</sup>.

Le Code des crimes élaboré par la CDI contient, lui aussi, de telles dispositions. En effet, ses articles 8 et 9 imposent les deux éléments de la compétence interne<sup>1523</sup>. Ainsi, peut-on y voir une règle coutumière ? Certainement, en ce qui concerne les crimes définis par le code. Pour les autres infractions, les doutes sont permis<sup>1524</sup>. Ainsi que l'expose P.M. Dupuy, *“en l'état du droit international coutumier, il paraît en tout cas possible d'affirmer que la compétence universelle à l'égard des "crimes de droit international" accomplis par des individus existe non comme obligation mais comme faculté mais sous une forme néanmoins conditionnelle : l'Etat autre que ceux de la nationalité de l'auteur ou du territoire sur lequel a été accompli l'acte incriminé ne peut entreprendre de poursuivre que si le criminel présumé se trouve sur son territoire ou, éventuellement, que si la victime a sa nationalité”*<sup>1525</sup>.

<sup>1520</sup> Voir E. David, *Code de droit international pénal, op.cit.*, p. 611.

<sup>1521</sup> Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, Article VI : *“les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente...”*. *Ibid.*, p. 595.

<sup>1522</sup> B. Stern, *“La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda”*, GYIL, 1997, p. 285. (280-299). Pour le dernier cas cité, il s'agit notamment des Conventions de Genève de 1949.

<sup>1523</sup> Article 8 : *“sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, chaque Etat Partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes visés”*, in *Rapport de la CDI, op.cit.*, 1996, p. 60. Article 9 : *“sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, l'Etat Partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20 est découvert, extradé ou poursuit ce dernier”* : *ibid.*, p. 69.

<sup>1524</sup> Ainsi, P.M. Dupuy explique que *“il a pu un moment sembler que la tendance s'affirme en faveur de la thèse coutumière”*. Cependant, les juridictions internes y résistent largement. Voir P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, 7<sup>ème</sup> édition, 2004, p. 534.

<sup>1525</sup> *Ibid.*, p. 536.

Au demeurant, la pratique des Etats est fort inégale<sup>1526</sup>. Ceux-ci ne maîtrisent pas (volontairement ou non) la distinction qui doit être effectuée entre ce qui leur est simplement permis par la norme internationale, et ce qui leur est imposé. Des illustrations récentes de cette mise en œuvre, d'une compétence à la fois extraterritoriale et extrapersonnelle, révèlent toute la difficulté, tant juridique que politique, que représente cette technique de renvoi au droit interne. Ainsi, la plupart des Etats adoptent une conception restrictive de leur compétence, la mettant rarement en pratique. A l'opposé, B. Stern souligne les limites que l'Etat ne peut dépasser : “*que l'Etat ait une simple faculté ou une obligation d'utiliser une compétence universelle à l'égard de certains crimes, il ne pourra jamais utiliser légalement une compétence universelle allant au-delà de celle qui lui est reconnue par le droit international*”<sup>1527</sup>. Or, l'attitude trop généreuse du législateur belge, qui s'est érigé en justicier universel des crimes individuels, a conduit la Belgique devant la CIJ, sur recours de la République Démocratique du Congo (RDC)<sup>1528</sup>.

Ainsi, la loi belge du 16 juin 1993 prévoyait une compétence universelle absolue, où plutôt, par son caractère laconique, ne la restreignait nullement<sup>1529</sup>. Même si l'auteur du crime ne se trouvait pas sur le territoire belge, les tribunaux nationaux étaient compétents pour exercer des poursuites sur le fondement d'une interprétation extensive des Conventions de Genève de 1949. En outre, cette compétence a été élargie aux crimes contre l'humanité et au génocide par une extension de la loi en 1999. Submergé par des demandes de poursuite contre de multiples personnages étatiques plus ou moins respectueux du droit international humanitaire ou pénal, le juge belge a d'abord respecté l'esprit de la loi et déclaré les plaintes recevables, même en l'absence des personnes poursuivies sur son territoire. Or, la mise en cause interne de la responsabilité d'un chef d'Etat (ou d'un Ministre des affaires étrangères, comme en l'espèce) devant des juridictions étrangères se heurte aux diverses règles relatives aux immunités : deux tendances s'affrontent, là encore, entre la responsabilisation de l'individu par le droit international pénal, et la protection de la souveraineté étatique (donc des personnes qui l'incarnent) par le droit international relatif aux immunités. La Cour n'a finalement pas statué sur l'exercice d'une compétence universelle par la

<sup>1526</sup> Pour une étude comparée approfondie de l'exercice étatique de la compétence universelle, voir A. Cassese, M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, 673 p. Sont ainsi recensés les droits nationaux de 16 Etats. Une synthèse de trois régions (Amérique du Nord, Amérique latine, et pays d'Islam) est également présentée. L'ouvrage est ainsi beaucoup plus volumineux que son pendant, relatif aux *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, 267 p., qui, au demeurant, comporte également de longs développements sur les compétences internes.

<sup>1527</sup> B. Stern, “A propos de la compétence universelle...”, in *Mélanges M. Bedjaoui*, La Haye, Kluwer, 1999, p. 743.

<sup>1528</sup> CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

<sup>1529</sup> Pour une analyse extrêmement précise du droit belge avant et après l'arrêt de la CIJ, voir P. D'Argent, “L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien ?”, *RGDIP* 2004-3, pp. 597-632.

Belgique, la RDC ayant renoncé à ce moyen : il ne s'agissait que d'examiner la violation des immunités par l'émission d'un mandat d'arrêt à l'encontre du Ministre des affaires étrangères de la RDC : dans son arrêt Yerodia du 14 février 2002, la CIJ a en effet considéré que la Belgique avait violé les normes internationales relatives aux immunités de dirigeants politiques en exercice<sup>1530</sup>. Depuis, les juridictions belges sont revenues à une conception plus restrictive de leur compétence sur le fondement de la loi<sup>1531</sup>. En outre, celle-ci a été révisée plusieurs fois en 2003, sans pour autant mettre un terme aux problèmes.

On peut également évoquer la situation ambiguë de la législation américaine. Les Etats-Unis ont, sans que cela soit une surprise, une conception très restrictive de l'obligation internationale d'exercer une répression pénale : le War Crime Act de 1996 met en œuvre de façon contestable les Conventions de Genève de 1949<sup>1532</sup>. A l'opposé, une loi séculaire a resurgi devant les tribunaux américains, par laquelle "*ils se sont arrogés le droit de se prononcer sur toute violation des droits de l'homme et plus généralement du droit international, perpétrée par un étranger à l'étranger*"<sup>1533</sup>. L'Alien Tort Claims Act est étranger à la nature pénale de la compétence universelle, car il ne s'agit "que" d'une compétence des tribunaux civils. Cependant, cette loi pose, une fois encore, le problème de la législation extraterritoriale américaine<sup>1534</sup>.

---

<sup>1530</sup> Voir M. Sassoli, "L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international", *RGDIP* 2002-4, pp. 791-818. Egalement M. Henzelin, "La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia", *RGDIP* 2002-4, pp. 819-854.

<sup>1531</sup> On peut ainsi comparer l'arrêt Sharon de la Cour de cassation belge du 12 février 2003 avec l'arrêt Kadhafi de mars 2001 de la juridiction française : ils consacrent tous deux l'immunité de juridiction d'un chef d'Etat en exercice, déclarant donc les requêtes irrecevables.

<sup>1532</sup> B. Stern expose ainsi que "*les Etats-Unis n'incriminent les infractions graves des Conventions de Genève, que lorsque celles-ci ont été commises par des américains ou par des membres des forces armées américaines, ce qui signifie qu'en réalité loin de mettre en œuvre la compétence universelle, les Etats-Unis ne retiennent en l'espèce qu'une compétence personnelle allant au-delà de celle qui lui est reconnue par le droit international*" : B. Stern, "A propos de la compétence universelle...", in *Mélanges M. Bedjaoui, op.cit.*, p. 743.

<sup>1533</sup> A. Cassese, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre la souveraineté des Etats et la justice pénale internationale ?", in A. Cassese, M. Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales, op.cit.*, p. 25. Citant l'ATCA de 1789, l'auteur s'insurge contre une compétence "tous azimuts" qui conduirait notamment le juge à remplir des fonctions politiques et à juger des accusés absents. Il plaide donc pour une compétence universelle conditionnée et non absolue. La condition *sine qua non* de cette compétence doit être la présence de l'auteur présumé du crime sur le territoire de l'Etat qui entend le juger.

<sup>1534</sup> Voir I. Moulier, "Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales", *AFDI* 2003, pp. 133-164. L'ATCA prévoit uniquement une responsabilité civile en permettant aux tribunaux d'octroyer des dommages et intérêts, quelle que soit la nationalité des victimes, des auteurs des faits illicites, du lieu de l'infraction, ce indépendamment de toute présence effective du responsable (un simple "passage" sur le sol américain suffit). L'auteur souligne ainsi que "*l'exercice de la compétence civile des juridictions américaines peut conduire à une ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat étranger qui n'est pas sans susciter certaines critiques. L'hypothèse d'un conflit entre procédures juridictionnelles concurrentes ne doit pas, à cet égard, être occultée, comme cela aurait pu notamment être le cas dans l'affaire de la restitution des avoirs juifs, si la procédure devant les juridictions américaines s'était poursuivie jusqu'à son terme alors même que la question était examinée en France, for de résolution du litige qui s'aurait indéniablement le plus approprié*" (p. 162).

Ainsi, la pratique de la compétence universelle est non seulement inégale, mais également délicate lorsque son exercice se heurte à des normes contraires. On peut ainsi conclure que, mal maîtrisées, les techniques de mise en œuvre d'une compétence universelle obligent les Etats à reconsidérer sérieusement leur conception des rapports de systèmes. En outre, compte tenu du fait que l'exercice de la répression est effectué dans l'ordre interne, bien qu'il s'agisse d'appliquer des normes internationales, on peut souligner les limites de la pertinence théorique de la compétence universelle au regard de la capacité internationale de l'individu.

## 2. Pertinence limitée de la compétence universelle pour la capacité internationale de l'individu

C. Bassiouni explique que *“la responsabilité pénale individuelle au regard du DPI pose plusieurs questions. La première est de savoir si les individus sont les sujets propres de la responsabilité pénale et du droit applicable ; à cet égard, la réponse est positive. La seconde consiste à savoir si le DPI peut, dans la mesure où les Etats doivent normalement incorporer les interdictions du DPI dans leur législation interne, imposer une responsabilité pénale directe aux individus sans passer par l'intermédiaire des Etats... Il s'agit notamment de savoir si le DPI peut s'appliquer directement aux individus sans passer par les mécanismes de droit interne mis en place par les Etats”*<sup>1535</sup>. Ainsi, cela conduit à replonger dans la problématique de l'applicabilité directe du droit international en droit interne, qui fait intervenir les différences de techniques monistes et dualistes. Or, cette étude, indispensable pour évaluer la titularité de droits d'obligations internationaux, est nettement moins déterminante pour apprécier les contours d'une capacité qui, passive ou active, doit être internationalement exercée.

La question de l'applicabilité directe des normes internationales pénales doit ici être dédoublée. Ainsi, l'applicabilité directe des normes primaires définissant les infractions internationales est un préliminaire à l'exercice d'une compétence répressive des tribunaux internes. Son étude est nécessaire, mais ne détermine réellement que la titularité des obligations par l'individu : cela entre donc dans le champ d'analyse du premier critère de la personnalité internationale. La seconde question réside dans l'applicabilité directe des incriminations et de la répression, c'est-à-dire dans la mise en œuvre de la responsabilité individuelle. Si le droit international prévoit précisément les conditions de cette répression, alors il est éventuellement possible de considérer la responsabilité pénale de l'individu comme une véritable responsabilité internationale. La capacité processuelle passive de l'individu serait alors conférée par la norme internationale secondaire, complétant sa personnalité internationale. Or, certains nient que le principe même de la compétence répressive interne confère une telle personnalité. Tel est le cas de C. Eustathiades, opposé à la reconnaissance d'une

<sup>1535</sup> C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, *op.cit.*, p. 42.

personnalité internationale de l'individu sur le fondement d'une compétence universelle étatique. Il constate que *“cette responsabilité exclusive du simple particulier n'est pas nécessairement engagée pour violation d'une de ces règles internationales qui lient des Etats, mais aussi pour un comportement individuel vis-à-vis duquel le droit international reconnaît l'exercice de la compétence répressive étatique. Une partie de la doctrine y voit des obligations imposées à l'individu directement par le droit international et considère que la mise en jeu de la responsabilité individuelle par des procédures de droit interne suffit pour admettre l'individu comme sujet de droit international. Bien qu'opposé à cette conception, tout au moins dans sa portée absolue, nous y renvoyons...”*<sup>1536</sup>. Or, tout dépend si cette procédure de droit interne est liée par l'obligation internationale qui pèse sur l'Etat. Si le droit international n'encadre pas les conditions de la répression, en indiquant notamment les peines applicables, cette seconde forme d'applicabilité directe est nettement limitée. Développant une position nuancée, B. Stern estime que *“s'il n'existe pas de peines prévues, il est indispensable qu'un acte soit adopté afin de transposer dans l'ordre interne la norme coutumière ou la convention internationale, et de ce point de vue la norme n'est pas self-executing. Par contre, s'il existe des peines prévues sur le plan interne, rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que les éventuels octrois de compétence soient self-executing”*<sup>1537</sup>.

Certaines normes de droit international pourraient servir d'appui à une double applicabilité directe, au moins pour les crimes les plus graves. Ainsi, le Code des crimes de 1996 affirme le principe, dès son premier article. Celui-ci dispose notamment que les crimes définis par le Code *“sont des crimes au regard du droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non punissables au regard du droit interne”*<sup>1538</sup>. Il implique, selon la CDI, que *“la **prohibition** et la **répression** de ces comportements découlent directement du droit international”*<sup>1539</sup>. Le commentaire de l'article précise encore que *“la Commission a reconnu le principe général de l'applicabilité directe du droit international aux individus auteurs de crimes de droit international...”*<sup>1540</sup>.

Or, malgré cette affirmation, on a vu que l'applicabilité directe des normes primaires était loin d'être toujours garantie en droit interne, et ce même pour les Conventions de Genève, et même pour le crime contre l'humanité<sup>1541</sup>. En l'absence de transposition par une norme interne, le juge considère parfois qu'elle ne produit pas

<sup>1536</sup> C. Eustathiades, “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale”, *op.cit.*, p. 495.

<sup>1537</sup> B. Stern, “A propos de la compétence universelle...”, in *Mélanges M. Bedjaoui, op.cit.*, p. 741.

<sup>1538</sup> Rapport de la CDI, *op.cit.*, p. 30. Le principe fut énoncé dès 1954.

<sup>1539</sup> *Ibid.*, p. 31. C'est nous qui soulignons.

<sup>1540</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>1541</sup> B. Stern constate ainsi que *“souvent, les incriminations reposent sur des définitions des crimes données par le droit interne.(...) on peut rappeler que la définition française du crime contre l'humanité ne coïncide pas avec la définition internationale”* : B. Stern, “A propos de la compétence universelle...”, in *Mélanges M. Bedjaoui, op.cit.*, p. 743. Sur l'applicabilité directe en France des Conventions prévoyant une compétence universelle, voir M. Benillouche, “Droit français”, in A. Cassese, M. Delmas-Marty (sous la dir. de), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 159-191.

d'effet direct. En présence d'une transposition interne infidèle, ce sont les conditions préalables d'applicabilité directe qui ne sont pas réunies. Dans ces conditions, l'applicabilité directe de la répression ne peut pas non plus être réalisée. Pour synthétiser, on peut constater que *“le principal obstacle à l'applicabilité directe de ces incriminations réside dans la répugnance des tribunaux pénaux à donner suite à des poursuites qui ne sont pas fondées sur une incrimination "légale", stricto sensu, c'est-à-dire exprimée dans un texte législatif national”*<sup>1542</sup>.

Peut-être le développement d'une politique pénale en droit communautaire produira-t-il, pour les obligations, le même effet “cheval de Troie” constaté pour l'applicabilité des droits internationaux. Quoiqu'il en soit, la situation est pour l'heure celle d'un paradoxe : celui d'une responsabilité internationale sanctionnée par des tribunaux internes réside dans le fait qu'en matière pénale, ceux-ci ne peuvent statuer si l'incrimination n'existe pas en droit interne. Or, malgré le principe international d'applicabilité directe, qui concerne à la fois les obligations primaires et l'obligation secondaire relative à la répression, l'applicabilité directe réelle des premières est rare, et conduit donc aussi rarement à la mise en œuvre de la responsabilité.

En conclusion, la compétence universelle est une règle non universellement reconnue, ni par les droits internes, ni par le droit international. Elle peut d'ailleurs être dangereuse : pour l'harmonisation de la justice, si les juridictions nationales se contredisent d'un Etat à l'autre ; pour l'Etat qui, trop généreux, place ses relations diplomatiques en porte-à-faux avec les autres Etats. De plus, elle est destinée à l'inefficacité, tant qu'elle se heurte à une résistance aussi forte des juridictions internes. Enfin, elle n'est pas totalement déterminante pour la reconnaissance d'une capacité internationale individuelle. Les lacunes du droit international comme des droits internes, pour l'heure, ne peuvent qu'entraîner un constat : seul l'exercice international de la responsabilité de l'individu est réellement déterminant pour apprécier la personnalité internationale de l'individu. Or, en la matière, la juridictionnalisation de l'ordre international est considérable. Ainsi, l'institutionnalisation internationale est une réalité auquel le droit pénal est loin d'être étranger. Dès lors, on assiste à une mise en œuvre renforcée de la responsabilité internationale de l'individu devant des juridictions à caractère international.

---

<sup>1542</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 717.

## ***Section II. Une mise en œuvre renforcée de la responsabilité internationale individuelle devant les juridictions internationales***

La mise en œuvre de la responsabilité de l'individu devant les juridictions internationales a connu une évolution importante depuis le Tribunal Militaire International (TMI) de Nuremberg. La création de nouvelles juridictions, depuis 1992, semble renforcer considérablement le statut de l'individu en tant que sujet passif. Cependant, cette capacité d'assumer la violation d'obligations internationales ressemble-t-elle à un *locus standi* inversé, c'est-à-dire à une capacité passive universelle ?

On peut, dans un premier temps, étudier les progrès de cette capacité devant les tribunaux pénaux internationaux, de Nuremberg à la Haye (I). En outre, depuis l'adoption du statut de la CPI, qui n'a pas encore fait ses preuves, l'ordre juridique international semble dessiner une troisième voie pour la sanction internationale de l'individu criminel. Ainsi, des tribunaux hybrides, mêlant justice interne et justice internationale, voient le jour. Ce phénomène d'internationalisation de la justice pénale interne permet également de mettre en œuvre, avec un succès relatif, la capacité passive de l'individu (II).

### **I. L'extension de la capacité passive de l'individu, de Nuremberg à La Haye**

Depuis le TMI de 1945, les projets de création d'une véritable juridiction internationale, à vocation universelle, se sont multipliés. Ce n'est qu'au début des années 1990 que la physionomie de cette nouvelle Cour a pu être véritablement acceptée par des Etats conscients de la réalité d'une communauté internationale. Le déblocage du Conseil de sécurité depuis 1990, l'internationalisation des menaces locales contre la paix et la sécurité, ont conduit à la création des deux TPI pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, puis, enfin, à l'avènement de la CPI. Portée par les ONG, elle vient enfin compléter le tableau de la justice pénale internationale. Au cours de chaque nouvelle étape, les compétences *ratione materiae* et *ratione personae* des tribunaux se sont accrues (A). Cependant, on sait que la création de la CPI ne fut permise qu'au prix de nombreux compromis. Ainsi, la vocation universelle de la Cour est nettement amoindrie par les limites de sa compétence *ratione fori* (B).

#### ***A. Du TMI à la CPI : évolution des compétences matérielle et personnelle des tribunaux pénaux***

Entre 1945 et 1998, les crimes internationaux ont vu leur définition se préciser et s'élargir, s'adaptant au contexte de l'imaginaire sans limites des criminels. Dès lors, davantage de crimes sont qualifiés et réprimés : la compétence matérielle des juridictions s'étend (1). En outre, si le TMI n'a jugé que les principaux responsables des

crimes odieux commis pendant la seconde guerre mondiale, les criminels sont davantage inquiétés aujourd'hui. La juxtaposition des compétences respectives des juridictions pénales accompagne l'élargissement de l'incrimination : la compétence personnelle s'étend également, dans une moindre mesure (2).

### 1. Extension des compétences *ratione materiae* des juridictions pénales internationales

On ne peut que souligner à nouveau que l'évolution est nette depuis le statut du TMI établi à Londres en 1945. Ainsi, son article 6 encadrait la compétence du tribunal pour trois crimes graves, dont la physionomie n'est plus la même aujourd'hui. Il s'agissait, d'une part, de juger les responsables de crimes contre la paix<sup>1543</sup>. D'autre part, la définition des crimes de guerre, en l'absence des Convention de Genève, condamnait les faits commis en violation des lois et coutumes de la guerre. Le crime contre l'humanité, dont la définition était adaptée aux circonstances de la guerre mondiale, était enfin réprimé. En revanche, le génocide n'était encore qu'un "crime sans nom", défini peu après par la Convention de 1948<sup>1544</sup>.

Nécessairement, la rédaction du statut des deux tribunaux *ad hoc* instaurés par le Conseil de sécurité en 1993 et 1994 apporte précision et extension à la répression des crimes les plus graves du droit international, que le droit coutumier définit. Ainsi, les TPI sont compétents pour les infractions graves au droit humanitaire, pour le génocide ainsi que pour le crime contre l'humanité. Les Statuts des TPI comportent également l'incrimination pour violations des lois ou coutumes de la guerre.

Le génocide est ainsi visé, dans les mêmes termes pour les deux tribunaux ; sa définition est calquée sur celle de la Convention de 1948<sup>1545</sup>. Celle du crime contre l'humanité est également sensiblement commune aux deux tribunaux. Inspirée largement du Statut de Nuremberg, c'est la jurisprudence du TPIY qui a permis de le préciser en l'étendant : ainsi, l'exigence du caractère massif des actes a été rejetée. L'attribution de la politique criminelle à un Etat n'est pas non plus obligatoire. En revanche, le Statut du TPIR est plus exigeant que celui du TPIY, car il exige l'intention discriminatoire, alors que la chambre d'appel, par l'arrêt *Tadic* du 15 juillet 1999, a rejeté ce critère. Enfin, la condition relative à l'existence d'un conflit armé a également été exclue<sup>1546</sup>. En revanche, les compétences des TPI pour les crimes de guerre varient,

<sup>1543</sup> Incluant la guerre d'agression, la guerre de "violation des traités, assurances ou accords internationaux", ainsi que la participation à un plan concerté ou à un complot. Voir le Statut du TMI in E. David, *Code de droit international pénal, op.cit.*, p. 999 s.

<sup>1544</sup> L'expression est de W. Churchill. Voir W. Schabas, "Le génocide", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 319 s.

<sup>1545</sup> Voir H. Ascensio, "Les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, pp. 715-734.

<sup>1546</sup> *Ibid.*, pp. 722-724.

compte tenu des contextes différents de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda : le premier conflit comporte des éléments d'internationalité, tandis que le second était un conflit interne. Dès lors, l'article 2 du Statut du TPIY vise les violations des Conventions de Genève, pendant que celui du TPIR ne fait référence qu'à leur article 3 commun, qui constitue le régime applicable aux conflits armés internes. Ici encore, la jurisprudence du TPIY a développé la distinction difficile entre conflit interne et conflit international<sup>1547</sup>.

Le Statut de la CPI a bénéficié des avancées produites par les deux tribunaux. Ainsi, sa compétence *ratione materiae* est, en théorie, destinée à s'étendre aux quatre crimes universellement reconnus et désormais tous imprescriptibles. La conférence de Rome a ainsi retenu le "noyau dur" des crimes, et exclu les propositions de la CDI relatives aux autres infractions conventionnellement définies<sup>1548</sup>. Le crime d'agression a fait son entrée dans la compétence de la juridiction internationale permanente. Cependant, sur ce point, l'absence de définition satisfaisante du crime empêche, pour l'heure, l'exercice de cette compétence. Le Code des crimes n'est guère utile, puisqu'il se contente de prévoir une incrimination individuelle dont on peut souligner le caractère quelque peu tautologique ; il renvoie, tout comme le Statut de Rome, à une définition ultérieure<sup>1549</sup>. Par ailleurs, le génocide reste désormais admis sous la définition déjà choisie en 1948.

En revanche, crime contre l'humanité et crime de guerre ont été encore élargis, par rapport aux statuts des TPI. Ainsi, malgré une "lisibilité parfois difficile", le crime contre l'humanité s'inscrit désormais dans le cadre d'une attaque "généralisée **ou** systématique", alors que la définition retenue par le TPIR exigeait une attaque "généralisée **et** systématique". En outre, la définition est également élargie par rapport au statut du TPIY, qui limitait les crimes contre l'humanité aux faits commis pendant un conflit armé. Désormais, ce crime peut également être condamné lorsqu'il intervient en temps de paix<sup>1550</sup>. Le crime de guerre, quant à lui, fait l'objet d'un article 8 extrêmement détaillé, qui comporte une longue liste de faits constitutifs. On a déjà souligné qu'il étend notamment le champ d'application de cette infraction aux crimes

<sup>1547</sup> H. Ascensio, "Les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, pp. 724-727.

<sup>1548</sup> En effet, la CDI proposait de retenir également les "crimes définis ou visés par les dispositions de traités énumérées à l'annexe qui, eu égard au comportement incriminé, constituent des crimes de portée internationale qui sont d'une exceptionnelle gravité". Voir M. Bennouna, "La Cour pénale internationale", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 741.

<sup>1549</sup> Ainsi, l'article 5 du Statut de Rome, présentant les crimes relevant de la compétence de la Cour, précise que "la Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime..." ; on peut douter que cette définition puisse jamais être, sinon trouvée, du moins adoptée.

<sup>1550</sup> Voir R. Kherad, "La compétence de la C.P.I", *Dalloz* 2000, no. 39, Chronique p. 588. L'auteur souligne, en outre, qu'"un autre apport positif de la Cour pénale internationale consiste dans le fait que les actes de grave violence sexuelle entrent désormais explicitement dans la catégorie des crimes contre l'humanité".

commis tant dans le cadre d'un conflit armé international que non international. Cependant, la compétence de la CPI pour juger des crimes de guerre a fait l'objet d'une restriction que l'on ne nommera pas réserve, puisqu'elles sont interdites en vertu de l'article 120. Ainsi, l'article 124, adopté pour satisfaire la France, permet aux Etats de suspendre unilatéralement ce titre de compétence pendant sept ans à compter de l'entrée en vigueur du Statut à son égard. Cette limite fort critiquable pourrait donc cantonner la compétence de la Cour pénale aux deux crimes de génocide et de crime contre l'humanité. Cependant, seule la France et la Colombie ont utilisé l'article 124 ; en outre, on peut espérer que la Conférence de révision prévue pour 2009 (sept ans après l'entrée en vigueur du Statut, le 1<sup>er</sup> juillet 2002) mettra un terme à cette dérogation.

Enfin, on peut souligner que l'Assemblée des Etats parties a adopté lors de sa première session, en septembre 2002, un texte relatif aux "éléments de crimes" destinés à préciser les définitions et faciliter le travail de la Cour pour interpréter les articles 6, 7 et 8 <sup>1551</sup>.

## 2. Les compétences *ratione personae* des juridictions pénales internationales

Quelle que soit la juridiction considérée, sa compétence ne s'applique qu'aux personnes physiques, qu'elles aient commis un crime de façon isolée ou en tant que membre d'un groupe. La compétence du TMI de Nuremberg était d'emblée volontairement large : l'article 6 de son Statut indique une compétence "*pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membre d'organisations, l'un des quelconques crimes suivants...*" <sup>1552</sup>. Pour délimiter les catégories de personnes physiques pouvant être jugées internationalement, le droit de Nuremberg a établi des lignes que les juridictions actuelles ont conservées.

Ainsi, l'article 6 du TPIY et l'article 5 du TPIR disposent que les tribunaux ont "*compétence à l'égard des personnes physiques conformément aux dispositions du présent Statut*". H. Ascensio explique que "*pour le reste, la compétence *ratione personae* est définie par renvoi aux autres titres de compétence*" <sup>1553</sup>. Cependant, il faut d'abord souligner que la compétence du TPIR est plus limitée que celle du TPIY. Au-delà du fait que *ratione temporis*, elle ne s'exerce qu'au titre de l'année 1994, le préambule du Statut opère une restriction tenant

<sup>1551</sup> Voir le texte in E. David, *Code de droit international pénal*, *op.cit.*, pp. 1340-1376. L'adoption de ces précisions est prévue par l'article 9 du statut de la CPI.

<sup>1552</sup> *Ibid.*, p. 999.

<sup>1553</sup> H. Ascensio, "Les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda", *op.cit.*, p. 719.

à la nationalité des responsables d'actes commis hors du territoire rwandais<sup>1554</sup>. On peut également remarquer qu'aucune catégorie de personnes physiques n'échappe à la responsabilité pénale, si ce n'est les mineurs de moins de 18 ans<sup>1555</sup>. Conformément aux principes établis à Nuremberg et consacrés définitivement par le statut de la CPI, la qualité officielle des responsables ne les exonère pas de leur responsabilité. La répression internationale atteint ainsi les dirigeants, en exercice ou non, qu'ils soient chefs d'Etats, chefs de gouvernement, parlementaires ou "simple" élu local<sup>1556</sup>. Les tribunaux pénaux n'ont ainsi pas hésité à poursuivre, par exemple, l'ancien Premier ministre du gouvernement intérimaire du Rwanda, J. Kambanda, ou le Président en exercice de la Serbie, S. Milosevic.

En outre, l'individu est passible de sanction pénale, qu'il soit supérieur hiérarchique ou exécutant. Au premier, le droit international impose une obligation de prévenir la commission d'un crime ou d'empêcher la consommation totale de l'infraction<sup>1557</sup>. Pour le second, si l'article 6 du statut du TMI affirmait la responsabilité des dirigeants pour les actes commis sous leurs ordres, l'article 8 précisait que l'exécutant agissant sous les ordres d'un supérieur ne serait pas dégagé de sa responsabilité<sup>1558</sup>. En revanche, l'article 33 du statut de la CPI semble assouplir quelque peu cette responsabilité, en prévoyant plusieurs causes d'exonération de responsabilité<sup>1559</sup>. Cela confirme la vocation d'une justice internationale réservée au châtement des crimes les plus graves commis par les plus hauts responsables. Ainsi, on peut certainement considérer que la compétence *ratione personae* de la CPI est trop

<sup>1554</sup> Le TPIR juge ainsi les responsables "d'actes de génocide ou d'autres violations grave du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les **citoyens rwandais** présumés responsables de tels actes ou violences commis sur le territoire d'Etats voisins". E. David, *Code de droit international pénal, op.cit.*, p. 1087. C'est nous qui soulignons.

<sup>1555</sup> Article 26 du Statut de la CPI. Cette disposition mérite d'être signalée, notamment au regard de l'implication des "enfants-soldats" dans des conflits tels que celui de la Sierra Leone. Voir *infra*, II.

<sup>1556</sup> L'article 7 du TMI visait chefs d'Etats et hauts fonctionnaires, dont la situation officielle ne pouvait ni les exonérer, ni même diminuer leur peine (alors que le tribunal de Tokyo reconnaissait la possibilité d'une diminution de peine). Cette règle a été précisée dès 1948 par la Convention sur le génocide, dont l'article 4 dispose que "les personnes...seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers". En outre, l'article 7 du TPIY (article 6 TPIR) vise chefs d'Etat, de gouvernement, et hauts fonctionnaires. C'est enfin le Statut de la CPI qui élargit cette compétence, y compris aux parlementaires, aux élus et aux agents de l'Etat, en vertu de l'article 27, "défaut de pertinence de la qualité officielle".

<sup>1557</sup> Voir A. De Andrade, "les supérieurs hiérarchiques", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 201 s.

<sup>1558</sup> E. David, *Code de droit international pénal, op.cit.*, p. 999 : cependant, c'est une cause de diminution de peine reconnue par le Statut. En pratique, les exécutants n'ont pas été jugés par le TMI, mais par les tribunaux militaires alliés installés dans les différentes zones d'occupation.

<sup>1559</sup> L'article 33, "Ordre hiérarchique et ordre de la loi", prévoit ainsi la responsabilité, à moins que : "a) Cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ; b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et c) L'ordre n'ait pas été manifestement illégal". Cependant, les causes d'exonération prévues aux paragraphes b) et c) sont aussitôt contrebalancées par l'affirmation selon laquelle, pour le crime contre l'humanité et le génocide, l'ordre de les commettre est manifestement illégal.

limitée. Cela est d'autant plus vrai qu'au regard des conditions de saisine de la Cour, on constate que l'exigence d'un lien de rattachement avec un Etat partie est toujours présente. En effet, l'article 12 du traité, relatif aux "conditions préalables à l'exercice de la compétence", la Cour ne peut, en principe, juger un individu que si son Etat de nationalité et/ou l'Etat de territorialité du crime est/sont partie(s) au Statut. Cela conduit alors L. Condorelli à déplorer le fait qu'"*aucun futur Pol Pot ou Pinochet ayant exterminé ses concitoyens en territoire national ne pourra être traîné devant la Cour, ... si son propre pays a eu la "prudence" de ne pas ratifier le Statut de Rome*"<sup>1560</sup>. Cependant, cette affirmation doit largement être nuancée car d'autres conditions de compétence *ratione fori* viennent contrebalancer ce fait.

Dans l'ensemble, la compétence *ratione personae* est élargie concomitamment à l'élargissement des incriminations. En outre, bien que chaque juridiction existant actuellement ne dispose que d'une compétence qui peut paraître limitée, on ne peut s'empêcher de penser que leur juxtaposition restreint l'impunité de davantage de personnes. Pourtant, il est vrai que la compétence de la Cour pénale internationale est loin d'être aussi large que ne l'auraient souhaité les ONG à Rome.

***B. les limites de la compétence ratione fori de la CPI : une vocation universelle mais subsidiaire***

Le résultat des compromis effectués à Rome est celui d'une compétence de la Cour fortement soumise au consentement des Etats (1). En outre, elle ne pourra intervenir que de façon "complémentaire", selon le terme employé par le Statut. On peut cependant également la qualifier de subsidiaire (2).

1. Une compétence soumise au consentement des Etats : conditions de saisine de la CPI

Créés par des résolutions du Conseil de sécurité, la compétence des TPI s'impose à tous les Etats. En revanche, la CPI, créée par traité, voit son rôle nécessairement limité par le consentement des Etats à devenir partie à son Statut. En outre, elle n'a compétence que pour les crimes commis après son entrée en vigueur.

Les conditions de saisine de la Cour accordent une place importante au consentement des Etats. En effet, en principe, tout Etat partie peut demander l'ouverture d'une enquête (article 14). Cependant, les articles 12 et 13 encadrent la juridiction de la Cour. Ainsi, l'article 12 du Statut précise que la Cour ne peut exercer sa compétence que si l'Etat sur le territoire duquel le comportement a eu lieu, ou l'Etat dont la personne accusée du crime est ressortissant, est Partie à la Cour. Dès lors, la

---

<sup>1560</sup> L. Condorelli, "La Cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)", *RGDIP* 1991, p. 16.

limite déjà soulignée par L. Condorelli constitue un handicap certain. P. Weckel, quant à lui, déclare que *“certes, ces exigences reviendront à solliciter le consentement du principal responsable des crimes lorsque les faits reprochés sont imputables à l'appareil de l'Etat”*, mais qu'il s'agit là d'un équilibre institutionnel réaliste<sup>1561</sup>. Ainsi, *“justiciable de la cour, un individu accède certes à la qualité de sujet passif du droit international, mais cette qualité procède de la volonté de l'Etat auquel il est assujéti”*<sup>1562</sup>. L'absence de compétence universelle de la Cour doit donc être perçue au regard de la "qualité" des Etats opposés au Statut : à Rome, ont voté contre le Bahrein, le Qatar, le Vietnam, Israël, ainsi que les deux membres permanents du Conseil de sécurité que sont les Etats-Unis et la Chine.

Néanmoins, l'exercice de la compétence de la Cour, prévu à l'article 13, prévoit d'autres possibilités, faisant intervenir le Procureur et Conseil de sécurité. L'article 15, détaillant le pouvoir du Procureur, fut une disposition arrachée à Rome par les ONG. Ainsi, le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative et saisir la Cour, ce qui lui confère un large pouvoir que les Etats auraient préféré restreindre. Pour A. Pellet, *“il résulte implicitement de cette disposition que les Etats non parties, les ONG et, surtout, les victimes elles-mêmes et leurs ayant-droits peuvent s'adresser au Procureur”*<sup>1563</sup>. Le pouvoir du Procureur est ici quelque peu limité par rapport à celui du TPI : ce dernier possède seul cette compétence, en toute indépendance, alors que l'ouverture d'une enquête par celui de la CPI est subordonnée à l'autorisation d'une chambre préliminaire, ce qui *“met fin à l'action incontrôlée du Procureur”*<sup>1564</sup>.

Le rôle du Conseil de sécurité dans l'exercice des fonctions de la CPI a fait l'objet de nombreux commentaires, soulignant un mélange de genres peu adéquat entre la compétence répressive d'une juridiction et l'intervention d'un organe politique chargé du maintien de la paix. La conciliation entre l'indépendance de la Cour et le pouvoir de fait des cinq membres permanents, dont deux sont fermement opposés au Statut, fera nécessairement l'objet de compromis politiques délicats. Deux dispositions essentielles dessinent les contours de ce pouvoir du Conseil de sécurité : ainsi, l'article 13 lui confère le pouvoir le plus important de saisine de la Cour. En effet, par dérogation au principe du consentement des Etats, il peut déclencher une procédure indépendamment de toute question de nationalité ou de territorialité : la qualité d'Etat partie ne joue pas ici. A l'opposé de cette faculté qui étend la compétence de la CPI, le Conseil de sécurité peut également empêcher enquêtes et poursuites de la Cour, ce pendant un an renouvelable indéfiniment (article 16). Pour A. Pellet, *“cette irruption de la realpolitik dans le fonctionnement d'une juridiction pénale n'est pas acceptable et jette le discrédit sur*

<sup>1561</sup> P. Weckel, “La CPI, présentation générale”, *RGDIP* 1998-4, p. 986.

<sup>1562</sup> *Ibid.*, p. 988.

<sup>1563</sup> A. Pellet, “Pour la CPI quand même ! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine”, *op.cit.*, p. 160.

<sup>1564</sup> *Ibid.* : l'auteur souligne que cette disposition est issue d'une initiative française.

*l'indépendance de la Cour*"<sup>1565</sup>. Toutefois, les conditions de vote d'une décision au sein du Conseil rendent peu probable cette décision, car elle nécessite l'accord de neuf de ses membres.

Ainsi, *“le paradoxe est ainsi que les deux TPI, quoiqu'organes subsidiaires du Conseil de sécurité lui-même, sont en fait plus indépendants à son égard qu'une Cour pourtant constituée de façon autonome”*<sup>1566</sup>. Pourtant, comme on l'a souligné, le Conseil de sécurité est seul doté du pouvoir d'atteindre une situation qui se déroule dans un Etat non partie au Statut. La récente première saisine de la CPI est ainsi fondée sur ce pouvoir : par la résolution 1593 du 31 mars 2005, obtenue avec l'abstention des Etats-Unis, le Conseil a décidé de déférer au Procureur de la CPI la situation au Darfour depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2002. Bien que la résolution ne le précise pas, il s'agit d'une saisine sur le fondement de l'article 13 b) du Statut : en effet, le Soudan n'étant pas partie au Statut, c'est le seul moyen de compétence de la Cour<sup>1567</sup>. Cette compétence du Conseil de sécurité a ainsi pour effet de relativiser l'importance du consentement des Etats. En effet, le Statut peut ici produire des effets plus importants pour les Etats tiers que pour les Etats parties : par exemple, la compétence de la CPI peut s'étendre aux crimes de guerre, tandis que si l'Etat soudanais était partie au Statut, l'article 124 lui aurait permis de décliner cette compétence.

Il est également parfois souligné qu'aucune autre personne ne peut déclencher directement la répression pénale internationale. Selon R. Kherad, *“il aurait été tout à fait logique que l'individu puisse la saisir. Or, paradoxalement, le statut de la CPI, considérant l'individu comme un sujet passif, lui dénie tout droit de saisine. Celle-ci reste l'apanage des Etats parties, du Conseil de sécurité et du procureur sous le contrôle d'une chambre préliminaire. Alors que, dans le cas des tribunaux pénaux ad hoc, n'importe qui peut adresser une plainte ou des informations sur des infractions prévues par leur statut”*<sup>1568</sup>. Cependant, on peut considérer que cette absence de saisine est logique dans une problématique pénale internationale, et qu'elle ne contribue nullement à diminuer le rôle des victimes. En effet, si le procès pénal, dans les pays de droit romain, permet aux victimes de déclencher l'action publique par le mécanisme de

<sup>1565</sup> A. Pellet, “Pour la CPI quand même ! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine”, *op.cit.*, p.162.

<sup>1566</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public*, *op.cit.*, 2004, p. 537.

<sup>1567</sup> La résolution 1395 ne cite que l'article 16 du Statut et rappelle ainsi le pouvoir du Conseil de sécurité d'empêcher toute enquête pendant une période de douze mois. On peut en outre s'interroger sur la légitimité, si ce n'est sur la licéité, du paragraphe 6 de la résolution, clairement destiné à exclure les ressortissants américains du champ de l'enquête. Il dispose ainsi que le Conseil de sécurité *“décide que les ressortissants, responsables ou personnels en activité ou anciens responsables ou personnels d'un Etat contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome de la CPI sont soumis à la compétence exclusive dudit Etat pour toute allégation d'actes ou d'omissions découlant des opérations au Soudan établies ou autorisées par le Conseil ou l'Union africaine ou s'y rattachant, à moins d'une dérogation formelle de l'Etat contributeur”*. Cependant, rien dans le Statut ni dans le règlement de procédure et de preuve de la CPI n'interdit ni n'autorise le Conseil à limiter expressément l'enquête du Procureur.

<sup>1568</sup> R. Kherad, “La compétence de la C.P.I.”, *op.cit.*, 592.

constitution de partie civile et de citation directe, ce système est largement ignoré par la *common law*. Le statut de la CPI opère ainsi un compromis entre ces deux familles juridiques, en prévoyant un rôle accru des victimes, sans aller jusqu'à leur octroyer la possibilité d'être partie<sup>1569</sup>. Ainsi, le Statut de la Cour, ainsi que son règlement de procédure et de preuve (RPP), comportent tous deux de nombreuses dispositions nettement plus favorables aux victimes que ne le sont les TPI. Au-delà des nombreuses mesures de protection des victimes et témoins, le droit à réparation des premières est largement renforcé. En effet, l'article 106 du RPP des tribunaux pénaux *ad hoc* précise que la réparation doit être recherchée devant les juridictions internes, après la décision de culpabilité rendue par le tribunal international<sup>1570</sup>. En revanche, la Cour pénale possède une compétence directe pour accorder réparation aux victimes : l'article 75 du Statut dispose qu'elle peut rendre une ordonnance contre le condamné indiquant la forme de réparation qui doit être accordée, et qu'elle peut prononcer la restitution, l'indemnisation, ou la réhabilitation<sup>1571</sup>. Enfin, le Règlement de la Cour, tout comme l'article 74 des deux règlements des TPI, autorise les *amici curiae*<sup>1572</sup>. Bien qu'il ne s'agisse pas de saisine, cela contribue donc au renforcement du statut des victimes.

Par conséquent, il semble qu'on puisse conclure que les individus sont non seulement destinataires des obligations posées dans le Statut, mais que celui-ci leur confère des droits. Ainsi, C. Blengino affirme l'existence d'un "*véritable droit subjectif à la punition des coupables au moment où le même individu devient victime de ces crimes*"<sup>1573</sup>. Le préambule du Statut reconnaît un "intérêt général" des individus à la prévention et répression des crimes. L'auteur insiste sur le fait qu'il s'agit d'un "*détail important pour remarquer que le droit à la réparation relève de l'individu uti singulus, c'est-à-dire en tant que victime du crime plutôt qu'en tant que bénéficiaire indirect d'un droit dû à son Etat d'appartenance*"<sup>1574</sup>.

<sup>1569</sup> Voir aussi R. Maison, "La place de la victime", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, *op.cit.*, pp. 779-784.

<sup>1570</sup> Voir E. David, *Code de droit international pénal*, *op.cit.*, p. 1079.

<sup>1571</sup> *Ibid.*, p. 1241. En outre, le règlement de la CPI contient des dispositions très détaillées sur la participation des victimes aux articles 85 à 99. Il présente également une définition large des victimes, qui peuvent être des personnes physiques ou "toute organisation ou institution" dont des biens (dont une liste est présentée) ont subi des dommages directs (règle 85, p. 1293). De plus, les représentants des victimes ont le droit de participer à toute la procédure (règle 91 1296).

<sup>1572</sup> *Ibid.*, règle 103 du RPP, p. 1301. Pour l'analyse de l'*amicus curiae*, voir *infra*, chapitre II, section II, II.

<sup>1573</sup> C. Blengino, "La position juridique de l'individu dans le Statut de la CPI", in M. Chiavaro (ss la dir de), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003, p. 161. L'auteur considère d'abord la position de l'accusé, soulignant que "*le Statut de la CPI considère non seulement l'individu destinataire d'obligations, mais lui confère aussi quelques droits subjectifs. A l'individu accusé..., est non seulement reconnue la capacité de résister en justice aux accusations qu'on lui porte, mais on lui garantit aussi une série de droits destinés à lui assurer un procès équitable*" (p. 161).

<sup>1574</sup> *Ibid.*, p. 165. Après avoir passé en revue les différents droits et obligations des individus au regard du Statut, l'auteur conclut de façon étonnamment réservée : considérant la matière pénale comme un "*secteur délimité et circonscrit du droit international*" (p. 166), elle affirme qu'on ne peut envisager une personnalité internationale de l'individu : selon elle, la "position juridique" de l'individu est simplement renforcée.

## 2. Une compétence complémentaire ou subsidiaire

La saisine de la Cour est largement conditionnée par le consentement des Etats : cette limite est également renforcée par une règle d'une autre nature. Ainsi, le préambule du Statut rappelle “*qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux*”. Cette déclaration est accompagnée de plusieurs dispositions au sein du Statut, qui accordent ainsi une nette priorité à la mise en œuvre interne de la responsabilité pénale de l'individu. L'article 1<sup>er</sup> du Statut dispose notamment que la Cour “*est complémentaire des juridictions nationales*”. En outre, l'article 17, intitulé “questions relatives à la recevabilité”, en tire des conséquences précises : la Cour ne peut agir que lorsque l'Etat normalement compétent pour juger le responsable d'un crime grave n'a pas la volonté de le faire, ou en est incapable. Ici, la Cour devra évaluer le fonctionnement de l'ordre juridictionnel étatique pour déterminer l'absence de volonté ou l'incapacité. En effet, l'article 17 précise également que “*pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'Etat dans un cas d'espèce, la Cour considèrera, en égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou plusieurs des circonstances suivantes*” : si l'Etat a engagé une procédure pénale en vue de soustraire l'individu à sa responsabilité, ou si la procédure subit un retard injustifié, ou encore en cas de manque d'indépendance et d'impartialité de la justice interne, alors seulement la Cour internationale pourra intervenir. L'Etat doit avoir l'intention et les moyens d'exercer véritablement la justice pénale. En outre, la Cour doit évaluer l'incapacité de l'Etat, en cas d'effondrement partiel ou total de l'appareil judiciaire étatique, ou de son indisponibilité. On retrouve ainsi les notions familières impliquées dans l'exigence d'épuisement des recours internes.

Le traité de Rome a préféré l'usage du terme de “complémentarité” à celui de “subsidiarité”. Pourtant, comme le souligne justement R. Kherad, “*le principe de complémentarité n'a pas pour finalité, comme il peut sembler à première vue, le partage équilibré de compétences entre les juridictions criminelles des Etats et la Cour. Bien au contraire, il consacre la primauté des unes et la subsidiarité de l'autre*”<sup>1575</sup>. En effet, les conditions de répartition des compétences entre tribunaux internes et cour internationale ne prévoient nullement un exercice concurrent, qui conduirait, par exemple, la Cour internationale à juger les plus hauts responsables, laissant aux juridictions internes le soin de juger les “simples” exécutants, dans le cadre d'un même crime. Il s'agit d'accorder la priorité à la compétence de l'Etat ; ce n'est que dans un second temps et de façon subsidiaire que la CPI peut intervenir. Tout comme on a pu le constater avec l'étude des manifestations de l'écran étatique (à travers la protection diplomatique, notamment), l'exercice de la justice internationale est subsidiaire.

<sup>1575</sup> R. Kherad, “La compétence de la C.P.I”, *op.cit.*, p. 593.

Cette subsidiarité de la CPI tranche nettement sur la fonction des TPI, et s'explique par la nécessité d'équilibrer la vocation universelle de la Cour. La compétence des tribunaux pénaux, à l'inverse, prime sur celle des juridictions nationales. En effet, les deux Statuts des TPI contiennent un article relatif aux "compétences concurrentes" qui dispose d'une part que "*le Tribunal international et les juridictions nationales sont concurremment compétentes*", et surtout que "*le Tribunal international a la primauté sur les juridictions nationales*" : cette primauté se traduit par la possibilité pour un TPI de demander à un tribunal interne de se dessaisir à son profit <sup>1576</sup>.

Par conséquent, il est vrai que la compétence *ratione fori* de la CPI est limitée à plus d'un titre. Cela conduit même certains à contester vigoureusement ces restrictions, "*ayant amené à concevoir la CPI comme rien de plus qu'un bouche-trou...*" <sup>1577</sup>. On considèrera pourtant que si "*ces limitations sont très regrettables...Il n'en reste pas moins que la naissance, balbutiante et passablement incohérente, d'un droit international pénal, sanctionné au plan international, constitue une nouvelle et très éclatante manifestation à la fois de l'apparition, encore timide, d'un sentiment "communautaire" au plan universel et de la personnalité juridique internationale aujourd'hui reconnue aux individus*" <sup>1578</sup>.

En outre, ce sentiment communautaire connaît d'autres développements institutionnels, qui se placent en parallèle de la CPI. On semble ainsi assister à la naissance d'une nouvelle forme de justice pénale internationale, à l'avènement de ce que l'on surnomme parfois la "troisième génération" de tribunaux pénaux <sup>1579</sup>.

## II. La capacité passive de l'individu devant les tribunaux internationalisés

"Née de l'imagination débridée des apprentis sorciers, la chimère désignait jadis un monstre, dont le corps participait à la fois de la chèvre, du lion et du dragon. Mais, au sens figuré, la chimère est aussi une idée fausse ou vaine, dont les chances de se réaliser sont, par définition, vouées à l'échec. Pourtant, certaines chimères, comme les utopies, servent parfois d'intervention à des prototypes, par définition novateurs ; loin d'être, alors péjorativement "chimériques", elles permettent au contraire de créer des formes nouvelles ou d'explorer des voies inconnues" <sup>1580</sup>. Ces paroles prononcées par P.M. Dupuy pour un autre sujet, pas si éloigné du nôtre, peuvent illustrer cette étrange nouvelle voie qu'emprunte la justice pénale. Ni totalement internationales, ni totalement internes, de nouvelles juridictions naissent pour mettre en œuvre la

<sup>1576</sup> Article 9 du Statut du TPIY, article 8 du Statut du TPIR.

<sup>1577</sup> L. Condorelli, "La Cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)", *op.cit.*, p. 20.

<sup>1578</sup> A. Pellet, "Présentation de la première partie", in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 85.

<sup>1579</sup> C. Laucci, "Projet de Tribunal spécial pour la Sierra Leone : vers une troisième génération de juridictions pénales internationales ?", *L'observateur des Nations unies*, 2000, No. 9, pp. 195-217.

<sup>1580</sup> P.M. Dupuy, Préface à l'ouvrage de A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, vol. 114, 2001, p. ix.

responsabilité pénale de l'individu pour des crimes particulièrement graves. Cette catégorie non homogène concerne ainsi des formations juridictionnelles instaurées au Timor, au Kosovo, en Bosnie, et surtout, de façon particulièrement récente, en Sierra Leone et au Cambodge <sup>1581</sup>.

Face aux principales critiques adressées à la justice interne (manque d'indépendance et d'impartialité) en matière de répression des crimes internationaux, et à celles adressées à la justice internationale (lenteur et éloignement), la communauté internationale a trouvé, semble-t-il un nouvel équilibre. Ainsi, “*opérant la synthèse des avantages respectifs de la justice internationale et de la justice nationale, la pratique contemporaine pourrait avoir ouvert une troisième voie de la justice pénale : ...celle d'une justice pénale internationale de proximité*” <sup>1582</sup>. Il convient alors d'étudier les caractéristiques particulières de cette justice de proximité et de compromis (A). Cependant, la mise en œuvre de la responsabilité pénale internationale de l'individu fait désormais l'objet de la compétence d'une Cour à vocation universelle. Peut-on alors considérer que cette troisième voie constitue un renforcement durable de la responsabilité pénale de l'individu ? (B).

#### ***A. Une justice de proximité et de compromis***

Des nouveaux tribunaux, hybrides, internationalisés, sont chargés de rendre une justice pénale au sein même des Etats directement concernés par les crimes. Après avoir étudié leurs compétences (1), on peut s'interroger sur "l'internationalité" de ces chimères ou "zèbres" juridiques (2). Pour ce faire, on s'appuiera sur les exemples récents les plus significatifs, c'est-à-dire ceux de la Sierra Leone et du Cambodge <sup>1583</sup>.

##### 1. Les compétences des tribunaux internationalisés

Avant tout, le mode de création de ces formes originales de juridiction procède d'une association entre l'ONU (et non le Conseil de sécurité seul), représentant la

<sup>1581</sup> Voir ainsi P. Pazartzis, “Tribunaux pénaux internationalisés : une nouvelle approche de la justice (inter)nationale ?”, *AFDI* 2003, p. 654 s : l'auteur classe dans cette catégorie “*sui generis*”, aux côtés des exemples sierra-léonais et cambodgien, les panels de crimes graves des tribunaux du Timor Oriental, et la chambre spéciale des crimes de guerre de la Cour d'Etat de Bosnie-Herzégovine. Voir également C. Romano, T. Boutruche, “Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice hybride”, *RGDIP* 2003-1, p. 111 : les auteurs synthétisent les systèmes instaurés au Timor, au Kosovo, en Sierra Leone et au Cambodge.

<sup>1582</sup> Y. Kerbrat, “Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées : les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone”, in P. Tavernier (ss la dir. de), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 263.

<sup>1583</sup> Pour le Cambodge, voir surtout les articles de D. Boyle, notamment “Quelle justice pour les khmers rouges ?”, *RTDH* 1999, vol. 40, pp. 773-826. Pour la Sierra Leone, voir notamment Ana Peyro Llopis, “La sierra Leone ou le renouveau des opérations de paix”, février 2001, [www.ridi.org/adi](http://www.ridi.org/adi). L'auteur traite de l'articulation entre organisations régionales et ONU pour la mise en place et le fonctionnement de l'opération de maintien de la paix.

communauté internationale, et l'Etat considéré. Aucun n'a été créé par la voie des résolutions fondées sur le Chapitre VII, comme ce fut le cas des TPI. En outre, sans le consentement, voire la volonté, de l'Etat, la juridiction n'aurait pas vu le jour. Ainsi, des "Chambres extraordinaires" ont été établies au Cambodge par une loi nationale du 10 août 2001, puis par un accord entre l'ONU et l'Etat du 6 juin 2003<sup>1584</sup>. Elles sont chargées de juger les crimes graves commis entre 1975 et 1979 par les khmers rouges. Suspendues pendant plus d'un an à la volonté de l'Assemblée nationale, elles vont enfin pouvoir être mises en place : l'Assemblée a en effet ratifié l'accord passé entre l'ONU et l'Etat le 4 octobre 2004. En Sierra Leone, c'est un "Tribunal spécial" qui est chargé de la répression des crimes les plus graves commis lors de la guerre civile après 1996. Il a été établi par un accord entre l'ONU et l'Etat du 16 janvier 2002, puis ratifié par une loi nationale en mars de la même année<sup>1585</sup>.

Le principe de ces tribunaux est fondé sur la mixité, tant de la composition de la juridiction, que de sa compétence *ratione materiae*. En effet, cette dernière s'étend principalement sur des faits incriminés par le droit international, ainsi qu'à d'autres crimes prévus spécifiquement par le droit interne, et qui ont autant traumatisés la population que les autres.

Ainsi, au Cambodge, les "chambres extraordinaires" s'insèrent au sein de l'ordre juridictionnel interne déjà existant. Les juges internationaux y figurent en minorité, que ce soit en première instance ou au sein de la Cour suprême : en effet, pour chaque chambre, deux juges internationaux y prennent place, aux côtés de trois juges nationaux, en vertu de l'article 3 de l'accord. *Ratione materiae*, les chambres seront compétentes pour juger le génocide tel que défini par la Convention de 1948, ainsi que pour les crimes contre l'humanité tels que définis par le statut de la CPI, et des violations graves des Conventions de Genève (Article 9 du statut). En outre, l'adaptation à la spécificité du conflit cambodgien se révèle par la prise en compte d'incriminations de droit interne : les "*autres crimes définis par la loi cambodgienne...meurtre, torture, persécution pour des motifs religieux, la destruction de biens culturels dans le cadre d'un conflit armé, ainsi que les infractions aux Conventions de Vienne protégeant les diplomates*", peuvent également être sanctionnés<sup>1586</sup>. *Ratione personae*, seront jugés les principaux dirigeants

<sup>1584</sup> Voir la résolution AG 57/228B du 13 mai 2003. Le processus de négociation entre l'Etat cambodgien et l'organisation internationale a subi de nombreux aléas, tenant essentiellement à la volonté du Cambodge de limiter l'emprise internationale sur sa justice interne. Voir D. Boyle, "Une juridiction hybride chargée de juger les khmers rouges", *Droits fondamentaux*, note d'actualité 2001-1, [www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org).

<sup>1585</sup> Le texte des accords et des statuts figure dans E. David, *Code de droit international pénal*, *op.cit.*, pp. 1053 s et 1168 s.

<sup>1586</sup> En vertu de la loi portant création de chambres extraordinaires, promulguée le 10 août 2001.

du Kampuchéa démocratique, et les principaux responsables des crimes commis entre 1975 et 1979 <sup>1587</sup>.

En Sierra Leone, le tribunal est également composé de formations de cinq juges : les juges nationaux sont majoritaires à la Chambre de première instance, mais minoritaires au sein de la Chambre d'appel, qui comprend trois juges internationaux nommés par le Secrétaire général de l'ONU (article 2). Selon l'article 1<sup>er</sup> du Statut, le tribunal poursuit "*les personnes qui portent responsabilité la plus lourde des violations grave du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996*". Cependant, une restriction fut imposée : le Statut du tribunal exclut ainsi les personnels des opérations de maintien de la paix, qui relèvent "en premier lieu" de leur Etat d'origine (article 1.2). Matériellement, il possède une compétence pour juger les crimes contre l'humanité, les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ainsi que les autres violations du droit international humanitaire. En vertu de l'article 5 du Statut, les crimes internes relevant de la juridiction internationalisés concernent les abus sexuel sur des mineurs de moins de 14 ans, et incendies volontaires de maisons ou de divers édifices. Ceux-là posent quelques difficultés : en effet, un problème de compétence se pose pour ce dernier titre, en raison d'un accord d'amnistie de juillet 1999. Par conséquent, le tribunal serait compétent sur ce fondement seulement pour des faits intervenus après 1999 <sup>1588</sup>. Par ailleurs, un problème éthique délicat se pose, au regard de la particularité de ce conflit. Ainsi, le tribunal pourrait être amené à juger des mineurs de plus de quinze ans : les "enfants-soldats", à la fois coupables et victimes, ne sont en effet pas exclus du Statut <sup>1589</sup>. S. Szurek rappelle alors la conception restrictive volontairement retenue d'une compétence *ratione personae* réservée aux plus lourdement responsables. Par conséquent, elle soulève le paradoxe impliqué par la possibilité de juger des mineurs : "*certes, aucune règle de droit international positif ne s'oppose à la traduction des enfants devant une juridiction pénale internationale*" <sup>1590</sup>. Cependant, les conventions récentes (la CIDE de 1989 et son protocole de 2000) tendent à accroître la protection des mineurs et

---

<sup>1587</sup> Cela soulève des inquiétudes quant à la date d'entrée en fonctionnement réel des Chambres. En effet, intervenant plus de 30 ans après les faits, elles risquent fort d'être dépourvues d'accusés, compte tenu de leur âge.

<sup>1588</sup> Voir Y. Kerbrat, "Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées : les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone", *op.cit.*, p. 267.

<sup>1589</sup> L'article 7 du Statut tente d'assouplir les conditions de jugement. Il dispose notamment que si le tribunal est amené à juger un mineur entre 15 et 18 ans, "*cette personne doit être traitée avec dignité et respect, en tenant compte de son jeune âge et de la nécessité de faciliter sa réinsertion et son reclassement...conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, en particulier les droits de l'enfant*".

<sup>1590</sup> S. Szurek, "Sierra Leone : un Etat en attente de "paix durable". La communauté internationale dans l'engrenage de la paix en Afrique de l'Ouest", *AFDI* 2000, p. 192.

renforcer leur statut, “*que l'article 7 du projet de Statut contribue au contraire à fragiliser en introduisant une contradiction dans la situation de l'enfant au combat*”<sup>1591</sup>.

## 2. Des tribunaux internationaux ?

Qu'il s'agisse du Timor, du Kosovo, de la Sierra Leone ou du Cambodge, il est certain que la catégorie des juridictions internationalisées n'est pas homogène. Cependant, leurs points communs semblent permettre aux auteurs de présenter une définition large de ce nouveau genre. Ainsi, “*ces juridictions exercent toutes une fonction judiciaire et sont ainsi soumises aux principes fondamentaux qui gouvernent tout tribunal pénal international (par exemple, les principes de non-rétroactivité, ne bis in idem, du procès équitable ou encore ceux d'impartialité et d'indépendance*”<sup>1592</sup>. Elles partagent également les circonstances factuelles ayant conduit à leur naissance : la volonté de rétablissement de l'état de droit et de répression de crimes internationaux a permis une mise en œuvre associant l'ONU, qui a présidé à leur naissance. D'un point de vue plus juridique et plus nuancé, “*ces institutions revêtent toute une dimension internationale, bien que ce degré d'internationalité puisse varier considérablement*”<sup>1593</sup>.

Tout dépend des critères que l'on veut bien accepter pour reconnaître une juridiction internationale<sup>1594</sup>. Ainsi, Y. Kerbrat se réfère au critère de l'acte fondateur du tribunal. Il considère que ni le droit applicable, ni sa composition ne suffit à le qualifier, en raison justement de leur mixité. Il en déduit que le tribunal sierra-léonais

<sup>1591</sup> S. Szurek, “Sierra Leone : un Etat en attente de “paix durable”. La communauté internationale dans l'engrenage de la paix en Afrique de l'Ouest”, *op.cit.*, p. 192. Voir également A. Ayissi, C. Maia, “La lutte contre le drame des enfants soldats ou le Conseil de sécurité contre le terrorisme à venir”, *RTDH* 2004, vol. 58, pp. 341-352.

<sup>1592</sup> C. Romano, T. Boutruche, “Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice hybride”, *RGDIP* 2003-1, p. 111.

<sup>1593</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>1594</sup> Voir L. Cavaré, “La notion de juridiction internationale”, *AFDI* 1956, p. 507. Voir surtout C. Santulli, “Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD”, *AFDI* 2000, pp. 58-81. Après avoir défini classiquement la juridiction comme l'organe qui met fin à un différend par une décision obligatoire fondée sur l'application du droit (pp. 61-63), il développe l'idée selon laquelle les “organes” répressifs internationaux ne sont pas des juridictions. Ainsi, tout en admettant que “*l'argument peut paraître excessivement formel*” (p. 64), il considère que le TPI ne dit pas le droit, car les peines qu'il prononce sont celles du droit pénal yougoslave. Quant à la CPI, elle n'est pas non plus une juridiction, mais un “organe administratif d'assistance à l'exécution” (p. 69) qui ne tranche pas de différend. La suite de l'article nous apprend que l'organe de règlement des différends de l'OMC n'est pas non plus une juridiction, “*car il n'exerce pas une fonction juridictionnelle*” (79). Il est, lui aussi, un organe administratif doté d'une fonction exécutive destinée à assister les Etats. Voir également C. Santulli, “Les juridictions de droit international : essai d'identification”, *AFDI* 2001, pp. 45-61. Si l'essai ne s'applique pas aux juridictions internationalisées, l'auteur expose néanmoins une théorie générale. Selon lui, les caractéristiques de l'organe sont indifférentes. Ainsi, “*en pratique, la nature de ses justiciables, les caractéristiques de son organisation, et la qualité de la personne dont le tribunal est l'organe ne permettent pas d'établir qu'une juridiction donnée relève de l'ordre international*”. En revanche, il soutient la pertinence des caractéristiques de l'acte juridictionnel : ce n'est pas le droit applicable par les juridictions qui importe, mais uniquement l'acte qui fonde le caractère obligatoire de la décision juridictionnelle.

serait alors le plus internationalisé, car fondé exclusivement par un accord international entre une organisation internationale et un Etat <sup>1595</sup>. Son indépendance par rapport aux juridictions nationales est d'ailleurs clairement affirmé dans son statut, qui contient une disposition familière : tout comme les TPI, il possède une compétence concurrente avec les tribunaux internes, sur lesquels il a primauté, et à qui il peut demander de se dessaisir d'une affaire <sup>1596</sup>. A l'opposé, les chambres cambodgiennes sont établies au sein d'une juridiction interne et fonctionnent selon le droit cambodgien ; les juges y sont en majorité nationaux. On peut y voir le résultat de la résistance farouche du Cambodge à l'emprise du droit international. Ayant un besoin certain d'établir un tel tribunal, et d'une aide financière importante, l'Etat a cependant gardé la main-mise sur le déroulement du procès. Cependant, l'article 12 de l'accord entre l'ONU et le Cambodge limite ce contrôle procédural : il dispose que *“la procédure est régie par le droit cambodgien. Toutefois, si celui-ci est muet sur un point particulier ou si se pose la question de la compatibilité d'une règle du droit cambodgien avec les normes internationales, les règles de procédure établies au niveau international pourront aussi servir de référence”* <sup>1597</sup>.

Les auteurs s'accordent ainsi à établir une échelle d'internationalité de ces tribunaux, qui varie des juridictions internationales par leur mode de création mais nationalisées par certains éléments, aux juridictions créées nationalement mais internationalisées. Dans la première catégorie entrent le Tribunal pour la Sierra Leone, les autres appartenant à seconde catégorie. En bref, *“les juridictions internationalisées partagent les caractéristiques principales des juridictions pénales internationales : instituées pour la répression des crimes internationaux commis par des individus, elles exercent une fonction judiciaire et sont soumises aux principes fondamentaux qui gouvernent tout tribunal pénal international”* <sup>1598</sup>.

### **B. Un renforcement durable de la responsabilité pénale individuelle ?**

Si l'on peut considérer que ces tribunaux internationalisés renforcent la personnalité passive de l'individu (1), on peut néanmoins s'interroger sur leur viabilité (2).

---

<sup>1595</sup> Il penche donc pour une distinction entre la juridiction hybride internationale de la Sierra Leone et la juridiction hybride interne du Cambodge. Il affirme que *“la circonstance qu'un accord a été conclu à leur propos entre le gouvernement cambodgien et l'ONU postérieurement à la promulgation de la loi n'a pas d'incidence sur leur nature juridique : l'objet de l'accord est de fixer les règles régissant la coopération entre l'ONU et le gouvernement royal cambodgien...il n'est pas d'instituer la juridiction en cause”*. Y. Kerbrat, “Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées : les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone”, *op.cit.*, p. 270. Cependant, on ne peut nier, au regard de ce seul critère restrictif, l'internationalisation véritable de la juridiction.

<sup>1596</sup> Article 8 du Statut relatif à la "compétence concurrente" : E. David, *Code de droit international pénal*, *op.cit.*, p. 1162.

<sup>1597</sup> *Ibid.*, p. 1174.

<sup>1598</sup> P. Pazartzis, “Tribunaux pénaux internationalisés : une nouvelle approche de la justice (inter)nationale ?”, *op.cit.*, pp. 642-643.

## 1. Un renforcement de la personnalité passive de l'individu

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un exercice totalement international de la capacité passive de l'individu, la justice pénale exercée par ces tribunaux vient surtout renforcer considérablement le premier aspect de la personnalité de l'individu. En effet, par la reconnaissance de l'applicabilité directe des normes incriminant le génocide, le crime contre l'humanité et les violations du droit humanitaire, c'est la titularité des obligations internationales de l'individu qui est prouvée. Les auteurs soulignent de façon unanime le renforcement de l'applicabilité directe du droit international produit par la mise en place de ces mécanismes originaux.

Le principe de l'applicabilité directe, non seulement des obligations primaires définissant les crimes, mais aussi des normes secondaires répressives, est nettement respecté par le Statut du Tribunal sierra-léonais. En effet, on a souligné que sa compétence pour les crimes internationaux était fondée sur les conventions internationales les codifiant. En revanche, on peut craindre que la pratique dualiste du Cambodge ne vienne dénaturer quelque peu la définition de ces crimes. En effet, l'accord conclu entre l'Etat et l'ONU précise bien que la compétence s'exerce, pour ces crimes, selon les Conventions auxquelles le Cambodge est partie. Cela ne signifie pas que la définition retenue par leur transposition en droit interne soit exactement similaire <sup>1599</sup>.

Ainsi, *“les crimes internationaux rentrant dans la compétence des chambres sont définis par la loi cambodgienne : donc il s'agit en quelque sorte d'une application "filtrée" du droit international (...) il n'en demeure pas moins qu'on peut entrevoir une pénétration de normes internationales tant substantielles que procédurales dans les systèmes nationaux, qui pourrait à long terme servir à une meilleure diffusion du droit international pénal dans les ordres juridiques internes”* <sup>1600</sup>. Ainsi, P. Pazartzis assure que les tribunaux hybrides peuvent surtout *“contribuer à la diffusion du modèle international au sein des ordres juridiques internes”*, tout en soulignant les risques engendrés pour l'articulation de leurs compétences avec celles des juridictions internes comme internationales <sup>1601</sup>. C. Romano et T. Boutruche remarquent également que *“cette juxtaposition d'éléments internationaux et interne propose, par une approche originale, une solution au problème de l'application du droit international en droit interne”* ; ils insistent, eux aussi, sur la nature d'un compromis qui ne doit pas être effectué au détriment du droit international <sup>1602</sup>.

<sup>1599</sup> Cette inquiétude est notamment exprimée par D. Boyle, in *“Une juridiction hybride chargée de juger les khmers rouges”*, *op.cit.*, 2001.

<sup>1600</sup> P. Pazartzis, *“Tribunaux pénaux internationalisés : une nouvelle approche de la justice (inter)nationale ?”*, *AFDI* 2003, p. 654.

<sup>1601</sup> *Ibid.*, p. 652.

<sup>1602</sup> C. Romano, T. Boutruche, *“Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice hybride”*, *op.cit.*, p. 124.

## 2. Quel avenir pour cette troisième génération ?

Comme le souligne Y. Kerbrat, cette nouvelle forme de justice pénale est destinée à pallier les inconvénients de l'éloignement des juridictions internationales. Ainsi, la composition mixte des tribunaux hybrides permettra une meilleure acceptation de la population : le sentiment d'être face à une "justice des vainqueurs" peut être largement atténué<sup>1603</sup>. On peut remarquer, en outre, qu'il s'agit là d'une voie pragmatique opérant une synthèse entre deux conceptions de la justice, l'une occidentale, l'autre africaine ou asiatique.

L'intérêt de cette forme de justice est indéniable, au regard des autres tribunaux internationaux. On a ainsi souligné les diverses finalités que l'on attribue à la responsabilité pénale individuelle : elle peut servir de sanction. Elle peut aussi faire office de prévention d'autres crimes. Dans le cadre de cette troisième voie, la responsabilité pénale de l'individu sert avant tout un objectif de rétablissement de la paix. Ainsi, que cela soit au Timor, au Kosovo, en Bosnie-Herzégovine, en Sierra Leone, au Cambodge, c'est l'administration internationale de l'ONU qui a permis la mise en place de ces juridictions, étroitement liées à des opérations de maintien de la paix. On peut se situer dans un processus de réconciliation nationale, comme en Sierra Leone. Dans ce cas, le Tribunal vient appuyer l'établissement d'une "Commission vérité-conciliation". On peut également se situer dans un processus de reconstruction nationale, comme au Cambodge. Ici, la reconstruction (permise par l'une des premières opérations de la paix incluant la notion de rétablissement de l'Etat sur un modèle démocratique), avait notamment débuté par la rédaction d'une nouvelle Constitution. Cependant, la réconciliation nationale n'est pas un objectif déterminant : le gouvernement cambodgien a ainsi refusé l'établissement d'une "commission vérité", proposée par les rapports d'experts.

Par conséquent, on peut souligner que ces nouvelles juridictions ont une finalité relativement différente de celle des TPI. Elles ne sont pas aussi répressives. Chargées de lutter contre l'impunité des grands criminels, elles doivent aussi "*soutenir une processus de réconciliation nationale*". Ainsi, "*à la logique de sanction est ainsi substituée une logique de réconciliation*"<sup>1604</sup>. Cela explique notamment la plus faible place accordée aux victimes et au droit à réparation. Le Statut du tribunal sierra-léonais est muet sur la question. Quant à l'accord cambodgien, il comporte un article 23 relatif à la protection des victimes et témoins, mais rien sur le droit à réparation.

L'institution de la CPI annonce-t-elle la fin de cette troisième voie ? Certains l'affirment : "*l'entrée en vigueur de la Cour pénale internationale semble devoir sonner le glas de ces*

<sup>1603</sup> Y. Kerbrat, "Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées : les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone", *op.cit.*, p. 268.

<sup>1604</sup> *Ibid.*, p. 266.

*tribunaux pénaux internationalisés, nés dans des contextes politiques particuliers*"<sup>1605</sup>. On ne le croit pas. Au-delà des considérations relatives à la compétence non rétroactive de la CPI, on peut légitimement estimer que certains Etats, non membres de la CPI, se laisseraient plus facilement convaincre d'établir une juridiction sur leur territoire, aux compétences plus restreintes, circonscrites à ce qui leur paraît nécessaire. Le compromis à trouver réside alors dans l'équilibre entre la volonté de l'Etat de participer au déroulement de la justice et celle de le contrôler, ainsi qu'entre compétence limitée et amnistie.

Cependant, on ne peut éluder les différents inconvénients de cette justice dont l'avenir est incertain. Ainsi, deux problèmes pratiques majeurs font obstacles au bon fonctionnement des tribunaux internationalisés. D'une part, si la communauté internationale est impliquée dans leur fonctionnement, on attend également d'elle un financement des tribunaux. Ainsi, les tribunaux mis en place seront soumis aux aléas de contributions volontaires des Etats, à la générosité des ONG, etc. Par ailleurs, leur fonctionnement ne saurait être efficace sans la coopération des Etats ainsi que des autres juridictions internationales. Or, si l'obligation de coopérer pesant sur les Etats tiers existe dans le cas des tribunaux créés par résolution du Conseil de sécurité, tel n'est pas le cas pour ceux institués par un accord. Certains auteurs soulignent en outre que l'expérience du Kosovo a montré les limites en la matière, car même le TPIY n'a guère coopéré<sup>1606</sup>. Au Timor, un grave problème est causé par l'absence de coopération de l'Indonésie, où se réfugient les inculpés.

Enfin, bien qu'il soit dommage d'achever ces perspectives par une note si négative, on ne peut que souligner le danger présenté par les volontés d'exercice d'une justice quasiment unilatérale. Ainsi, le Code de droit international pénal contient un autre texte, classé parmi les juridictions hybrides, bien qu'il ne soit véritablement ni une juridiction, ni hybride. Il s'agit du "Statute of the Iraqi Special Tribunal" du 10 décembre 2003<sup>1607</sup>. Il est créé par les américains, dans le cadre de leur administration provisoire de l'Etat, dans des circonstances qui ne se prêtent pas à une véritable justice. En outre, le statut de ce tribunal rend applicable le droit pénal interne, et notamment la peine de mort, à travers un article 24 très confus et imprécis. Le respect du droit international pénal y est ainsi fort relatif. Au demeurant, le rejet américain du Statut de

<sup>1605</sup> C. Romano, T. Boutruche, "Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice hybride", *op.cit.*, p.123.

<sup>1606</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>1607</sup> E. David, *Code de droit international pénal, op.cit.*, pp. 1180 s. L'article 10, relatif à la juridiction du tribunal, prévoit sa compétence pour des crimes commis à partir de 1968 jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2003, par des nationaux ou résidents irakiens accusés de génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre et crimes au regard du droit interne. Ces derniers sont précisés à l'article 14 : "a) *The attempt to manipulate the judiciary or involvement in the functions of the judiciary...* b) *The wastage of national resources and the squandering of public assets and funds...* c) *the abuse of position and the pursuit of policies that may lead to the threat of war or the use of the armed forces of Iraq against an Arab country*" (p. 1190).

la CPI influence le Statut de ce "tribunal". Ainsi, alors que les articles définissant les crimes de guerre et le génocide font référence aux conventions existantes, la définition du crime contre l'humanité ne renvoie nullement au statut de la CPI, ce qui est là encore significatif.

Quoiqu'il en soit, la communauté internationale doit poursuivre son travail et permettre l'établissement de juridictions internationales ou internationalisées. Comme le souligne S. Szurek, ces dernières représentent un nouveau laboratoire pour la plus grande mission de l'ONU : sauver l'Etat <sup>1608</sup>.

---

<sup>1608</sup> S. Szurek, "Sierra Leone : un Etat en attente de "paix durable". La communauté internationale dans l'engrenage de la paix en Afrique de l'Ouest", *op.cit.*, pp. 198-200.

## Conclusion chapitre I

La responsabilité pénale internationale de l'individu est indéniablement l'une des manifestations les plus éclatantes d'une capacité passive de l'individu. Elle conforte alors l'idée que, non seulement l'individu est bien titulaire d'obligations internationales, mais qu'il a également l'obligation de les assumer internationalement. Dès lors, on peut le considérer comme un sujet passif de droit international. Cependant, sa capacité est loin d'être parfaite. En effet, de la définition de l'obligation jusqu'à la mise en œuvre de la responsabilité pour le crime commis, l'articulation des ordres juridiques (international et internes) empêche toute affirmation catégorique et absolue.

Ainsi, lorsque l'obligation est définie par une norme primaire internationale, cela ne signifie pas nécessairement qu'on exige de l'individu la réparation d'une violation au niveau international : les conséquences sur "l'internationalité" de sa capacité ne sont pas systématiques. Dans de nombreux cas, cette responsabilité n'est mise en œuvre que devant des juridictions internes, ce qui entraîne des doutes quant à la nature internationale de la responsabilité. Tout dépend ici, de la question de savoir si cette responsabilité est effectivement imposée par une norme internationale secondaire, habilitative et procédurale. Si l'applicabilité directe dans l'ordre interne des normes primaires se développe, celle des normes secondaires est rare, surtout lorsqu'elles sont coutumières. En outre, les Etats ne remplissent pas toujours leurs obligations internationales en la matière, car le droit pénal est un domaine dans lequel la souveraineté de chacun est particulièrement sensible.

Dès lors, ce n'est qu'en assumant sa responsabilité devant une juridiction internationale que l'individu prouve réellement sa capacité internationale, non seulement au délit, mais à subir la sanction qui s'y rattache. Or, la distinction entre un noyau dur des crimes les plus graves touchant la communauté internationale dans son ensemble, et d'autres infractions internationales d'une gravité moindre, détermine la physionomie de cette capacité. En effet, seuls sont véritablement assumés, en tant que crimes autonomes, les crimes contre l'humanité, génocide et crimes de guerre. Leur nature coutumière, ainsi que l'association entre obligations individuelles et obligations étatiques qu'ils impliquent, permet de réunir les conditions satisfaisant les "besoins de la communauté internationale". On peut cependant constater que bien d'autres infractions sont indirectement condamnées par les juridictions internationales, en ce qu'elles constituent des éléments qui participent à la commission d'un crime grave.

L'on avait constaté que la protection diplomatique évoluait dans le sens d'une association entre droits étatiques et individuels, pour faire davantage de place à l'individu. Pour protéger l'Etat, on met encore en avant le droit étatique. Le droit international pénal, quant à lui, met en exergue les obligations individuelles plus que les obligations étatiques, en l'absence de consécration d'un crime d'Etat autonome.

*In fine*, la fonction de cette capacité individuelle passive est alors de faire valoir les “*droits de chacun à voir respecter en lui-même la part d'humanité dont il est à la fois titulaire et dépositaire*”<sup>1609</sup>. Alors que l'étude de la protection diplomatique a prouvé une interactivité certaine entre droit international traditionnel et droits de l'homme, le droit international pénal rapproche les fondements des droits de l'homme et du droit humanitaire traditionnellement interétatique.

---

<sup>1609</sup> P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, p. 538.



## Chapitre II. Capacité processuelle active : l'individu, victime internationale

On a vu que la doctrine était largement réticente à reconnaître une capacité active à l'individu, qui compléterait sa personnalité internationale. Arguant du caractère trop exceptionnel des procédures internationales existantes, les auteurs constatent généralement qu'elles dépendent du bon vouloir des Etats : il s'agirait de droits procéduraux ponctuels et précaires, conférés par quelques conventions internationales limitées à des domaines particuliers<sup>1610</sup>. Pour la plupart, les droits de l'individu appartiennent à des systèmes de contrôle plus politiques et diplomatiques que juridictionnels. Dès lors, la capacité processuelle de l'individu paraît limitée. Cependant, il peut sembler nécessaire de réévaluer ce constat, à plus d'un titre. En effet, les années 1990 ont apporté bien des changements en matière d'institutionnalisation et de juridictionnalisation de la société internationale. D'autre part, on a pu constater que la conception contentieuse de la capacité processuelle n'est pas nécessairement seule pertinente. Faire valoir un droit ne signifie pas toujours s'adresser à un juge. On peut rappeler ici le constat effectué, d'un non-choix de la doctrine, quant aux procédures "appropriées" : il s'agit souvent simplement de hiérarchiser la pertinence des moyens de recours, pour éventuellement reconnaître la personnalité internationale de l'individu.

Etudier la capacité individuelle en termes exclusivement quantitatifs ne paraît guère pertinent. En effet, en l'absence d'une norme générale de droit international conférant une capacité d'agir à l'individu, on pourrait toujours arguer du caractère fragmenté de cette capacité. Par conséquent, s'il est utile de présenter les différents recours offerts à l'individu en droit international, il paraît avant tout nécessaire d'effectuer une délimitation théorique des critères de la capacité d'agir, tenant à la fois à la personne et à son recours : comment reconnaît-on une action processuelle ? (Section I). Ce n'est que dans un second temps que l'on peut constater, au regard de la multiplication des formes d'actions internationales de l'individu, l'essor de sa capacité active (Section II).

---

<sup>1610</sup> Voir *supra*, partie I, notamment p. 184 et 209.

### ***Section I. Délimitation des critères de la capacité processuelle***

En droit interne, la capacité est une question de qualification légale : nul besoin d'aller chercher ailleurs que dans la loi. En droit international, la logique est différente, en tout cas pour l'individu <sup>1611</sup>. En l'absence de qualification par une norme de droit international général, conférant capacité à l'individu, il faut rechercher ailleurs les raisons pour lesquelles son action processuelle peut être acceptée. Il est donc nécessaire d'analyser les conditions théoriques dans lesquelles il peut effectuer une action contre un autre sujet.

Il est tout à fait insuffisant de n'envisager l'action processuelle que sous l'angle de la capacité pour agir, même en droit interne <sup>1612</sup>. Ainsi, *“la distinction de l'action et de la demande conduit à écarter des conditions de l'action la capacité de l'auteur de la prétention à laquelle l'action se rapporte. La capacité du demandeur, sa capacité d'exercice, s'inscrit dans les conditions de validité de l'acte introductif d'instance, par lequel l'action s'exerce. Ce n'est pas une condition de l'action”* <sup>1613</sup>. En droit international, si l'action de l'individu existe, pourquoi lui dénier la capacité ? Il s'agit donc d'étudier les conditions de reconnaissance d'une action processuelle internationale, en passant du droit (conféré par une norme primaire) à l'action (portée par une norme secondaire) (II). Auparavant, il convient d'identifier l'action processuelle telle qu'elle est généralement conçue (I).

#### **I. Identification générale de l'action processuelle**

Le rapport logique entre action et droit substantiel est une question très connue en procédure civile ou administrative, mais est apprécié de façon diverse. La nature juridique de l'action, qui se distingue du droit substantiel (il existe des droits sans action, des actions sans droit), fait l'objet de deux interprétations opposées : *“les uns voient dans l'action un vrai droit subjectif, un droit autonome par rapport à celui (substantiel) qu'il permet de faire valoir en justice, mais un droit. Les autres y voient une liberté ou un pouvoir, un*

<sup>1611</sup> Parfois, le statut des juridictions internationales comporte une disposition générale, telle que l'article 34 du Statut de la CIJ, qui énonce que “seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour”. Il ne fait que consacrer le principe général de la capacité de l'Etat. Cependant, pour les individus, ces dispositions sont beaucoup plus rares. Il est plutôt précisé que “la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques” (article 25 du Statut de la CPI) ; en général, les recours individuels sont envisagés sous l'angle des conditions de recevabilité de chaque recours. Cela fait donc appel à d'autres considérations.

<sup>1612</sup> Voir R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 11<sup>ème</sup> édition, 2004, Domat, Montchrestien, p. 419. L'auteur ne consacre ainsi que quelques lignes à la capacité d'agir. Elle est détenue par principe, par les personnes physiques, avec certaines exceptions pour les incapables. Les personnes morales ne l'ont pas toujours, car leur faculté d'action dépend de l'intérêt : c'est donc dans les cas problématiques que, pour savoir si telle personne doit se voir reconnaître une capacité d'agir, on fait appel aux notions de qualité et d'intérêt pour agir.

<sup>1613</sup> S. Guinchard (et autres), *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 1139. Il est précisé immédiatement après que *“les conditions de l'action se réduisent donc, finalement, aux seules conditions d'intérêt et de qualité”*.

*avantage pour le sujet de droit, mais autre chose qu'un droit subjectif*<sup>1614</sup>. Quelle que soit la position choisie par l'auteur, la différence de nature entre le droit et l'action est visible. H. Motulsky, par exemple, considère que l'action est un droit subjectif à part : pour lui, *“l'action est un droit subjectif, indépendant, ... Du droit subjectif susceptible de s'affirmer à l'égard d'un adversaire, se détache donc le droit subjectif à l'intervention de la contrainte sociale”*<sup>1615</sup>.

S'il est établi que l'individu peut être destinataire des normes internationales, titulaire de droits subjectifs internationaux, en revanche son "droit" à agir pose problème. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur les différentes conceptions de l'articulation entre titularité de droits et capacité<sup>1616</sup>, il faudra néanmoins tenter de comprendre la distinction qui existe entre le droit protégé et le droit à l'action, et le rapport qu'entretiennent les deux "droits". Il existe en effet un lien entre l'intérêt, en tant que condition d'existence de l'action, et l'intérêt juridique ou droit subjectif qui est en cause au fond. On peut ainsi étudier, dans un premier temps, la logique du droit à l'action : quelles sont les conditions de recevabilité d'une action processuelle ? (A). Dans un second temps, il est possible d'envisager le droit en cause dans l'action : quelles sont les exigences de fond ? (B).

#### **A. Du droit à l'action : la recevabilité**

Quel que soit le cadre dans lequel on se trouve, *“...les notions d'intérêt et de qualité, qui sont la source même du droit d'action, ou du pouvoir d'agir...”* sont prises en compte<sup>1617</sup>. Cependant, la question de leur définition et des rapports qu'elles entretiennent est complexe. Cependant, si la distinction entre les deux conditions est délicate, elle est pourtant pratiquée dans tout système juridique, en droit interne (1), comme en droit communautaire ou en droit international (2).

##### 1. Intérêt pour agir et qualité pour agir

De façon générale, le Dictionnaire de culture juridique expose que *“règle de procédure, l'intérêt est, avec la qualité pour agir, une des conditions de recevabilité de la requête. Proches au point parfois de se confondre, intérêt et qualité se distinguent en ce que la qualité tient à la capacité du requérant, considéré en lui-même, à ester en justice ou à représenter une autre personne au nom de laquelle il agit, tandis que l'intérêt concerne la possibilité d'introduire un recours déterminé. La qualité touche à la personne du requérant, l'intérêt à l'action qu'il engage”*<sup>1618</sup>. La présentation

<sup>1614</sup> S. Guinchard (et autres), *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, *op.cit.*, p. 1130.

<sup>1615</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002 (réédition de Sirey, 1948), p. 35.

<sup>1616</sup> Voir *supra*, p. 65, partie I, l'analyse de R. Kolb.

<sup>1617</sup> S. Guinchard (et autres), *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, *op.cit.*, p. 1140. Les conditions de l'intérêt et de la qualité pour agir sont présentées comme les deux conditions d'**existence** de l'action, et non pas seulement sous l'angle de la recevabilité.

<sup>1618</sup> D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de culture juridique*, *“intérêt pour agir”*, *op.cit.*, p. 837 s.

mérite d'être précisée. En effet, l'assimilation entre qualité et capacité peut être contestée : comme on l'a vu, la capacité est question de qualification légale. En revanche, la qualité pour agir est une condition interprétée par le juge, qui tient plutôt à l'appartenance du requérant à une catégorie de personnes : le juge doit considérer, de façon générale, que l'individu possède un lien suffisant avec la norme invoquée. En outre, présenter l'intérêt comme possibilité d'introduire un recours, même déterminé, ne renseigne guère sur ce qui est exigé par cette condition de recevabilité de l'action.

Le contentieux administratif français permet de mieux cerner la question. Le plus souvent, la personne qui réclame fait simplement état de sa qualité : elle appartient à une catégorie particulière de personnes concernées par l'acte contesté. La situation du tiers par rapport à l'instance peut ainsi être évoquée : parce que la norme en cause vise une certaine catégorie de personnes à laquelle il n'appartient pas, il peut certes avoir un intérêt à son annulation, mais il n'a pas nécessairement qualité pour agir. Cette condition peut ainsi être liée à un concept familier : celui du destinataire de la norme. Le refus du juge administratif de considérer en tant que catégorie juridique les "usagers" ou le "consommateur" est ainsi souvent pris en exemple. Il semble considérer que les normes ne les concernent pas en tant que tels, ne les prend pas comme destinataires, mais n'a qu'une vocation à protéger un intérêt collectif <sup>1619</sup>.

Si la qualité de la personne tient à son rapport (de droit) avec l'acte et la norme qu'il applique, son intérêt à agir dépend plutôt de sa situation de fait. L'intérêt, dans le sens de "ce qu'on cherche à obtenir", est lié au préjudice invoqué : le requérant est-il lésé par l'acte contesté ? Obtiendrait-il un bénéfice matériel à sa disparition ? Lorsqu'il doit être prouvé, il s'apprécie par rapport aux conclusions du requérant (a-t-il intérêt à obtenir ce qu'il demande ?) et non par rapport aux moyens de droit qu'il développe. Cependant, la négation de l'intérêt à agir ne signifie pas qu'il n'y a pas de préjudice, mais que le juge refuse d'étudier s'il existe et peut donner droit à réparation ; autrement dit, on nie qu'une règle de droit existe, qui protège juridiquement la personne. Dès lors, fait et droit sont étroitement associés, et la présentation qui distingue qualité et intérêt est quelque peu caricaturale. Ainsi, *"l'intérêt et la qualité pour agir font parfois l'objet de présentation distinctes, qui n'arrivent d'ailleurs pas toujours à les différencier. Leur dissociation n'est*

---

<sup>1619</sup> Voir notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 11<sup>ème</sup> édition, 2004, Domat, Montchrestien, pp. 419 s. R. Chapus s'appuie sur cette distinction entre qualité et intérêt, et cite plusieurs catégories de personnes ayant qualité pour agir selon la jurisprudence. Ainsi, face à une norme d'urbanisme qui oblige un propriétaire à ne pas construire devant chez son voisin, les deux personnes sont directement concernées. C'est ici que l'intérêt intervient, dans le raisonnement de R. Chapus : en effet, il considère que l'acte accorde donc un intérêt juridique à ce voisin, comme le droit à une vue dégagée, etc. Plus loin, il affirme que usager et consommateur ne sont pas des catégories, car les normes les concernant ne leur confère pas "d'intérêt" personnel (pp. 445-446). On perçoit ainsi que distinguer qualité et intérêt n'est pas toujours pertinent.

*en effet pas possible. Ils se rapportent tous les deux à la justification de la démarche du requérant. Ils se commandent l'un l'autre, comme en témoignent les formules de la jurisprudence*"<sup>1620</sup>.

Deux formules coexistent : d'un côté, "l'intérêt donnant qualité pour agir" ; de l'autre côté, "la qualité donnant intérêt à agir". Le rapport entre les deux expressions est ainsi présenté en termes chronologiques d'antériorité et de postériorité. Lorsque l'intérêt à agir est le premier qui détermine la recevabilité de l'action, l'accent sera logiquement placé sur ses caractéristiques : on considère qu'il peut être matériel ou moral (tout comme le préjudice), qu'il doit être réel et certain, enfin qu'il doit être personnel<sup>1621</sup>. Or, selon MM. Vedel et Delvolvé, "*l'intérêt personnel est caractérisé par la relation qui existe entre l'acte contesté et la situation de celui qui le conteste*" : on retrouve ici la notion de rapport juridique entre l'acte et son destinataire, mais également la situation de fait du requérant : a-t-il subi un préjudice ? A l'inverse, la prédominance peut être accordée à la qualité du requérant. Comme le soulignent les deux auteurs, "*certaines personnes tiennent de la situation particulière dans laquelle elles se trouvent un titre suffisant pour avoir intérêt à attaquer les actes s'y rapportant. Il n'est pas nécessaire d'examiner plus particulièrement si les conditions relatives à l'intérêt que l'on vient d'étudier sont remplies : elles le sont à raison même de la qualité dont se prévaut le requérant. Cette qualité est l'appartenance à une catégorie juridique déterminée*"<sup>1622</sup>. C'est donc en tant que membre d'un groupe que l'on obtient le droit d'agir ; la présente formule fait ainsi davantage penser au principe de l'*actio popularis*, puisque dans ce cas, l'intérêt pour agir est présumé<sup>1623</sup>.

Il semble que le droit administratif français mette aujourd'hui davantage l'accent sur l'intérêt à agir que sur la qualité. En effet, les catégories de personnes recevables à exercer une action ont été progressivement élargies : si le juge ne tenait compte que de ce critère, toute action d'une personne physique serait recevable (mais pas les personnes morales). Comme le remarque J.C. Venezia, "*au résultat de cette évolution, il est permis de se demander si la qualité est encore une condition de recevabilité des recours et si les*

<sup>1620</sup> G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, T. 2, Collection Thémis, Paris, PUF, 1992, 12<sup>ème</sup> édition, p. 265 s. Outre le fait que la distinction n'est pas nécessairement faisable, la doctrine administrativiste semble être encore à sa recherche, et n'est pas toujours claire. La distinction entre qualité et capacité, notamment, qui semble aujourd'hui être admise, n'était pas toujours opérée, et les conditions de recevabilité de l'action inextricablement mêlées. P. Cassia résume ainsi que "*pour Maurice Haurion, la qualité du requérant pour intenter un recours était constituée lorsque deux conditions étaient réunies : la capacité d'ester en justice et l'intérêt à l'annulation de l'acte. (...) Dans une distinction plus fine, Edouard Laferrrière estimait que la notion de qualité pouvait être envisagée sous deux aspects : sous l'angle des conditions générales, la qualité comprend en réalité la question de la capacité ou de l'aptitude juridique du requérant à agir en justice ; sous l'angle des conditions spéciales au recours pour excès de pouvoir, la qualité naît de l'intérêt direct et personnel que le requérant peut avoir à l'annulation de l'acte*". P. Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2002, p. 98.

<sup>1621</sup> Telle est la présentation de MM. Vedel et Delvolvé : le premier critère est relatif à la nature de l'intérêt, le second tient à son degré d'existence, le dernier enfin tient à son objet : *ibid.*, pp. 270 à 274.

<sup>1622</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>1623</sup> S'il est présumé, il n'est pas pour autant inexistant. On peut simplement considérer ici que l'existence des deux formules pourra servir à illustrer la différence de nature entre contentieux objectif (dont l'*actio popularis* est le symbole par excellence) et contentieux subjectif. Voir *infra*, B.

*irrecevabilités ne s'expliquent pas par le fait qu'il n'est pas satisfait aux conditions générales relatives à l'intérêt pour agir plutôt que par le fait que certaines qualités ne donneraient pas intérêt*"<sup>1624</sup>. Ainsi, le raisonnement axé sur la personne laisse davantage place à un raisonnement sur l'action.

## 2. Intérêt et qualité pour agir en droit international

En droit communautaire comme en droit international, les conditions de l'action révèlent également l'exigence de la qualité et de l'intérêt pour agir. Les deux notions sont tout aussi difficiles à distinguer pour les juges communautaires et pour les juges internationaux.

Si les conditions d'un recours individuel en droit administratif sont essentiellement délimitées par le juge, en droit communautaire le traité de l'Union les définit, pour le recours en annulation<sup>1625</sup>. Cependant, il n'utilise ni le terme de qualité, ni celui d'intérêt. La personne physique "peut former un recours" contre les décisions "qui la concernent directement et individuellement". Ce sont donc juges et doctrine qui effectuent l'analyse, démontrant que les deux conditions de qualité et d'intérêt existent bel et bien. Ainsi, P. Cassia rappelle que "*l'on sait que le droit français distingue la qualité et l'intérêt à agir, c'est-à-dire le titre en vertu duquel le requérant agit et la réalité de l'affectation du requérant par l'acte attaqué*"<sup>1626</sup>. Il explique que la notion d'intérêt à agir, au début, semblait étrangère au juge communautaire, qui était concentré sur celle de qualité pour agir : "*...en droit communautaire, l'exigence d'un intérêt à agir en annulation a fréquemment été confondue avec celle d'individualisation contenue dans le traité... : la notion d'intérêt à agir a longtemps pu sembler inexistante, sublimée par la question plus âprement discutée de la qualité à agir*"<sup>1627</sup>. Pourtant, selon l'auteur, "*ce faisant, le traité, tel qu'il a été interprété par la Cour, pose en réalité non pas deux conditions de recevabilité ("directement et individuellement"), mais trois conditions, la troisième consistant en la nécessité pour le requérant d'être "concerné" par l'acte attaqué, c'est-à-dire en réalité d'avoir un intérêt à agir*"<sup>1628</sup>. Dès lors, on retrouve, en contentieux communautaire, la distinction schématiquement présentée, entre la qualité en tant qu'exigence d'un lien juridique, et l'intérêt en tant qu'appréciation de la situation de fait. En effet, P. Cassia souligne que "*la qualité pour agir en droit communautaire peut ainsi être définie comme étant le rapport direct et individuel, au sens de l'article 230..., c'est-à-dire le lien de*

<sup>1624</sup> J.C. Venezia, "Intérêt pour agir", in *Encyclopédie Dalloz*, Contentieux administratif, p. 6.

<sup>1625</sup> La disposition de l'article 230 TCE relative au recours individuel est la suivante : "Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement" : ce recours sera développé *infra*, Section II.

<sup>1626</sup> P. Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, *op.cit.*, p. 419, § 522.

<sup>1627</sup> *Ibid.*, pp. 408-409.

<sup>1628</sup> *Ibid.*, p. 410, § 508.

*droit entre le requérant et l'acte, alors que l'intérêt à agir recouvre à la fois l'effet utile ou l'avantage qui résulterait de l'annulation de l'acte attaqué pour le requérant et l'incidence qu'a cet acte sur la situation matérielle de ce requérant*"<sup>1629</sup>.

Une distinction supplémentaire peut cependant être effectuée, selon que le recours porte sur une norme individualisée ou sur une norme plus générale, sans destinataire particulier. En effet, *“il a pu sembler, un temps, que l'exigence d'un intérêt à agir était cantonnée aux recours en annulation mettant en cause des décisions dont les requérants étaient destinataires, alors que celle tenant à la qualité pour agir servirait à examiner la recevabilité des recours dirigés contre les actes ne s'adressant pas formellement aux requérants”*<sup>1630</sup>. Cela correspond à la dichotomie logique des deux "formules" présentées par les auteurs administrativistes. Dans le premier cas, la norme est individualisée : son destinataire doit donc prouver son intérêt. C'est donc l'intérêt qui confère la qualité pour agir. En revanche, dans le second cas, la norme n'est pas individualisée. L'individu doit donc prouver sa qualité, qui emportera l'intérêt à agir. Dans les deux cas, intérêt et qualité se réunissent ainsi pour déterminer le "droit à agir".

En droit international, la question des conditions de recevabilité d'une action, non pas en légalité, mais en responsabilité, a également soulevé la distinction entre qualité et intérêt à agir. L'affaire du Sud-Ouest africain a ainsi mis en exergue la difficulté d'identifier les concepts de qualité et d'intérêt : de nombreux problèmes d'interprétation du raisonnement de la Cour, quant à la recevabilité en 1962, et au fond

---

<sup>1629</sup> P. Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, op.cit, p. 421, § 523.

<sup>1630</sup> *Ibid.*, p. 416, § 516. Au paragraphe suivant, l'auteur affirme que, *“en réalité, la coexistence de conditions relatives à l'intérêt et à la qualité pour agir des justiciables qui ne sont pas les destinataires formels de l'acte attaqué apparaît dès la jurisprudence originelle de la Cour”* : § 517.

en 1966, ont été soulevés <sup>1631</sup>. De façon générale, on peut souligner, là encore, que “*les notions d'intérêt et de qualité sont si proches l'une de l'autre que l'on n'est pas sûr de savoir celle qui recouvre l'autre*” <sup>1632</sup>. En l'espèce, la requête de deux Etats africains (Ethiopie et Libéria) contre l'Afrique du Sud, en raison de sa politique de discrimination raciale, fut acceptée en 1962 puis rejetée en 1966 <sup>1633</sup>. En 1962, la CIJ a ainsi reçu la demande en considérant que les deux Etats en question avaient qualité à agir, dans le sens que l'on a présenté jusqu'ici <sup>1634</sup>. Elle a ainsi raisonné, en 1962, en termes d'appartenance à une catégorie. Par conséquent, elle a implicitement adopté le raisonnement selon lequel la qualité donne intérêt à agir, sans pour autant distinguer les deux termes, au stade de la procédure. L'omission du terme intérêt permet en effet de ne pas entraîner une confusion entre l'intérêt à la procédure et l'intérêt au fond. Ainsi, comme l'explique L. favoreu, la Cour “*a distingué, d'une part, le fait d'appartenir au cercle des personnes habilitées à agir ("c'est une chose de dire que les parties à une affaire donnée appartiennent à la catégorie des Etats mentionnés...") et d'autre part, ce qui motive et justifie l'action ("...c'est autre chose de constater*

<sup>1631</sup> La question a également été posée, non plus pour la réclamation du requérant, mais pour la demande d'intervention d'Etats tiers au différend. Deux formes d'interventions sont est en effet prévues aux articles 62 et 63 du Statut de la CIJ. Ainsi, selon K. M'Baye, “*l'intervention est sans doute le terrain privilégié du débat sur l'intérêt pour agir devant la CIJ...*” : K. M'Baye, “L'intérêt pour agir devant la CIJ”, *op.cit.*, p. 289. L'article 62 dispose que “lorsqu'un Etat estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention”. L'article 63, quant à lui, prévoit le droit d'intervenir dans un différend lorsqu'il s'agit d'interpréter une Convention à laquelle l'intervenant est partie. Bien que l'article aménageant cette requête à fin d'interprétation n'exige pas expressément un intérêt juridique, celui-ci doit néanmoins exister. Ainsi, “*dans un cas comme dans l'autre, l'Etat qui souhaite intervenir dans un procès entre deux autres Etats doit démontrer qu'il a un intérêt au déroulement du procès. Toutefois, il ne suffit pas qu'il affirme l'existence d'un intérêt simple : il faut qu'il s'agisse d'un intérêt juridique, d'un intérêt défini par référence à une règle de droit*” : E. Doussis, “Intérêt juridique et intervention devant la CIJ”, *RGDIP* 2001-1, p. 56. La différence entre les deux types d'intervention consiste dans le fait que, pour la seconde, l'intérêt est présumé : la qualité de partie à la Convention, c'est-à-dire l'appartenance à la catégorie d'Etats directement concernés, suffit. On peut alors considérer que dans l'intervention de l'article 62, c'est l'intérêt qui donne qualité, tandis que dans celle de l'article 63, c'est la qualité qui donne intérêt à agir. On peut ainsi évoquer l'exemple de la demande d'intervention de Malte dans l'affaire du Plateau Continental (Tunisie c. Libye) de 1981. Fondée sur l'article 62, elle fut rejetée car Malte ne prouvait pas d'intérêt individuel, direct et concret. “*Malte n'avait fait état que d'un intérêt purement académique grâce auquel elle prétendait à l'autorisation de dire le droit à sa manière dans l'affaire qui opposait la Tunisie et la Libye*” : K. M'Baye, “L'intérêt pour agir devant la CIJ”, *op.cit.*, p. 292. Il eût ainsi été plus facile pour Malte de s'appuyer sur l'article 63. Ce fut ainsi le cas de l'intervention de la Pologne dans l'affaire vapeur Wimbledon, introduite sur le fondement de l'article 62 puis déplacée et admise sur fondement article 63. Pour les jurisprudences plus récentes, voir E. Doussis, “Intérêt juridique et intervention devant la CIJ”, *RGDIP* 2001-1, pp. 55-91.

<sup>1632</sup> K. M'Baye, “L'intérêt pour agir devant la CIJ”, *RCADI* 1988-2, vol. 209, p. 260.

<sup>1633</sup> CIJ, Arrêts du 21 décembre 1962, *Exceptions préliminaires*, et du 18 juillet 1966, *Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud*. Si l'arrêt de 1966 fut très critiqué, c'est essentiellement en raison de la difficulté de distinguer les motifs tenant à la recevabilité et ceux impliqués au fond : pour le rapport entre le droit et l'action, voir *infra*, B.

<sup>1634</sup> K. M'Baye, qui s'est insurgé contre la décision de 1966, considère la distinction entre intérêt pour agir et qualité en définissant la qualité comme “*aptitude générale à figurer au procès*” : or, selon la définition exposée, cette aptitude, qui est posée à l'article 34 du Statut de la Cour (“seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour”), se réfère plutôt à la capacité générale de déposer une demande. Voir K. M'Baye, “L'intérêt pour agir devant la CIJ”, *op.cit.*, p. 258.

*l'existence d'un droit ou intérêt juridique quant au fond de la demande")*<sup>1635</sup>. En 1962, la Cour a ainsi considéré que les deux Etats en question appartenaient à un cercle d'Etat concernés directement par les normes interdisant la politique de discrimination raciale. Leur intérêt de voir cesser cette politique était donc implicitement retenu par la Cour, qui n'a pas étudié de façon approfondie dans quelle mesure la situation matérielle des deux Etats était réellement touchée.

Si L. Favoreu présente le raisonnement de la Cour, en 1962, en termes de qualité à agir, K. M'Baye présente les conditions de recevabilité d'un recours en terme d'intérêt à agir. Ainsi, *“il suffit que d'un examen préliminaire de l'acte d'instance il résulte que quelques éléments de preuve, même partiels, existent pour admettre la conclusion provisoire que a) le demandeur peut être le titulaire du droit subjectif qu'il fait valoir ; b) que ce droit peut avoir été violé ou devenir l'objet d'une probable violation”*<sup>1636</sup>. Dans la première exigence, on pourrait déceler le critère relatif à la qualité : mais il n'est pas question de destinataire ni de catégorie, mais de possession d'un droit subjectif : n'est-ce pas alors empiéter sur le raisonnement auquel la Cour procède en jugeant le fond ? Cela signifie peut-être que, bien davantage qu'en contentieux interne, la distinction entre la procédure et le fond n'est pas aisée. Dans la seconde exigence, on peut reconnaître la condition de l'intérêt. L'auteur précise que l'intérêt pour agir doit être *“direct et personnel”*, c'est-à-dire que l'objectif n'est pas d'assurer le respect de la légalité internationale mais de défendre un intérêt propre<sup>1637</sup>. La preuve d'un préjudice n'est donc pas étrangère à l'exigence.

La notion de qualité pour agir, qui appréhende le demandeur en termes d'appartenance à une catégorie, fait aussi penser à la démarche la plus récente de la CDI, dans la codification de la responsabilité internationale de l'Etat. Elle a ainsi distingué entre deux catégories d'Etats pouvant agir pour mettre en cause la responsabilité internationale : les Etat lésés et les Etats "autres" que lésés. Les premiers, dont la qualité est présumée puisqu'ils sont directement liés à la norme violée, doivent prouver leur intérêt à agir : il réside dans leur situation matérielle, en terme de préjudice (direct, certain etc). Pour les seconds, leur qualité de destinataire direct de la norme violée n'est pas établie. Ici, la distinction entre normes individuelles (intersubjective), et normes générales (multilatérales) entre en scène. En effet, on considère que la norme dont ils invoquent la violation est une norme de nature générale, par nature difficile à "rebilatéraliser". P.M. Dupuy souligne ainsi le "hiatus doctrinal" de ceux qui ont tenté *“de cerner les conditions auxquelles un droit trouvant son origine dans une règle multilatérale pouvait être "rebilatéralisé", si l'on peut dire, afin de faire naître l'intérêt de son titulaire à l'action en*

<sup>1635</sup> L. Favoreu, “Les affaires du Sud-Ouest africain”, *AFDI* 1966, p. 132.

<sup>1636</sup> K. M'Baye, “L'intérêt pour agir devant la CIJ”, *op.cit.*, p. 261.

<sup>1637</sup> *Ibid.*, pp. 270-271.

*responsabilité*<sup>1638</sup>. Pour cette seconde catégorie d'Etats, c'est donc leur "qualité", leur appartenance à un groupe d'Etats plus intéressés que lésés, qui doit être prouvée. C'est la qualité qui emportera l'intérêt à agir, ou plutôt le droit à agir. Que l'on distingue par catégorie de normes (bilatérales ou multilatérales) ou par catégorie d'Etats (directement lésés et "intéressés)", les conditions de recevabilité de l'action ne sont pas perçues de la même façon. Cela explique également la différence de nature du contentieux, que l'on considérera plutôt subjectif dans un cas, ou plutôt objectif dans l'autre<sup>1639</sup>. Cette dernière distinction dépend ainsi largement de l'identification du droit en cause dans l'action.

### **B. Du droit dans l'action : le fond**

Il y a ainsi, dans une action processuelle, deux sortes de droits : on l'a déjà évoqué lors de l'étude de la protection diplomatique, avec la distinction entre le droit au fond que l'action vise à protéger, et le droit secondaire ou processuel à l'action, entre droit primaire substantiel et droit secondaire procédural<sup>1640</sup>. La norme, en tant que droit objectif, tisse une toile en s'arrimant à des sujets de droit, qui vont, en quelque sorte, se l'approprier par l'action processuelle effectuée sur son fondement. Dès lors, le lien entre l'intérêt qui justifie la recevabilité d'une requête (c'est-à-dire l'intérêt à agir), et l'intérêt juridiquement détenu en vertu de la norme en cause (c'est-à-dire l'intérêt juridiquement protégé), est très étroit (1). Pour agir, la possession d'un droit ou d'un intérêt juridique est généralement exigée : faut-il alors faire une différence entre la notion d'intérêt juridiquement protégé et de droit subjectif ? (2).

#### 1. Intérêt pour agir et intérêt juridiquement protégé

De façon superficielle, on a considéré que l'intérêt pour agir était plus une question de fait que de droit, au stade de la procédure. Il ne s'agit que d'apporter la preuve d'une affectation matérielle de la situation du requérant. En réalité, la situation est beaucoup plus complexe, surtout en droit international. En effet, tout préjudice n'est pas forcément réparable. Comme l'a indiqué la CIJ dans l'affaire de la Barcelona Traction, l'atteinte à un "simple" intérêt ne suffit pas. Il faut prouver que l'on détient un intérêt juridique, qui est *celui qui peut se justifier par référence à un règle de droit*<sup>1641</sup>. C'est ainsi également ainsi que le dictionnaire de culture juridique, définissant l'intérêt à agir, précise que "*l'intérêt est celui dont le requérant se prévaut et non un autre intérêt qui pourrait lui*

<sup>1638</sup> P.M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *RCADI* 2002, vol. 297, p. 379.

<sup>1639</sup> Cet aspect fondamental de l'action processuelle est développé *infra*, B.

<sup>1640</sup> Voir *supra*, pp. 488-505.

<sup>1641</sup> K. M'Baye, "L'intérêt pour agir devant la CIJ", *op.cit.*, p. 263.

*être reconnu. Il doit être légitime, c'est-à-dire juridiquement reconnu, voire protégé*<sup>1642</sup>. On parle alors "d'intérêt légitime juridiquement protégé". Même en droit interne, la dissociation entre fait et droit, entre recevabilité et fond, est loin d'être évidente. Cependant, s'il faut posséder un intérêt juridique pour obtenir la reconnaissance, devant le juge, d'un intérêt à agir, on peut préciser que, *“les intérêts qui fondent la demande ne doivent pas être confondus avec l'intérêt exigé pour agir. Leur démonstration se situe à des moments différents du procès”*<sup>1643</sup>.

La définition de l'intérêt pour agir présentée par le Dictionnaire Salmon est significative : il *“fonde l'action en justice d'un sujet de droit et en commande la recevabilité. Pour faire la preuve de cet intérêt, le demandeur doit montrer que l'action ou l'abstention du défendeur a eu pour effet de porter atteinte à un droit ou à un intérêt juridiquement protégé dont le demandeur était titulaire”*<sup>1644</sup>. Présentée ainsi, la situation implique que l'intérêt au fond doit exister (et être prouvé) avant l'intérêt à agir : le droit intervient avant l'action. Cependant, ce rapport chronologique faisant intervenir le droit avant l'action peut ainsi être inversé. Si, dans la logique présentée, c'est le droit substantiel que l'on veut défendre (le droit dans l'action) qui entraîne le droit à l'action, tel n'était pas le cas en droit romain. Ainsi, *“tout incite à penser, en effet, que l'action a historiquement précédé le droit substantiel. Le droit romain est, à cet égard, particulièrement éloquent, il n'a aperçu le droit qu'à travers l'action...”*<sup>1645</sup>. Telle était la logique de l'*actio popularis*, souvent considérée comme une action sans droit substantiel détenu par le requérant. Par la reconnaissance de la faculté d'agir "contre", on reconnaît peu à peu que l'action est effectuée "pour" défendre un intérêt juridique. Ainsi, de façon générale, cette logique a, au cours de l'histoire, rapidement été inversée : pour agir, il faut (souvent) prouver que l'on est titulaire d'un droit, cette preuve devenant une condition d'existence de l'action<sup>1646</sup>. Ainsi, on peut considérer que *“seul l'intérêt juridique donne au sujet de droit qui peut s'en prévaloir un intérêt à agir en justice pour en assurer la protection”*<sup>1647</sup>. Il existe donc un lien étroit entre l'intérêt conféré par la norme primaire et celui de la norme secondaire, le premier entraînant le second.

Si l'affaire de la Barcelona Traction a permis de distinguer l'intérêt non juridique de l'intérêt juridique, les affaires du Sud Ouest africain permettent (difficilement) de distinguer intérêt pour agir et intérêt juridique. C'est en cela que le second arrêt de la

<sup>1642</sup> D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de culture juridique*, *op.cit.*, p. 837.

<sup>1643</sup> K. M'Baye, “L'intérêt pour agir devant la CIJ”, *op.cit.*, p. 257.

<sup>1644</sup> J. Salmon (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit international*, “intérêt pour agir”, *op.cit.*, p. 596.

<sup>1645</sup> H. Motulsky, “Le droit subjectif et l'action en justice”, in *Le droit subjectif en question*, APD 1964, volume IX, p. 215.

<sup>1646</sup> “Au début du 20<sup>ème</sup> siècle, cette confusion entre l'action et le droit protégé fut mise en cause par certains publicistes, tels Hauriou et Jèze, qui la jugeaient inapte à rendre compte de la nature du recours pour excès de pouvoir dont l'objectif n'est pas de trancher un litige portant sur des droits concurrents, mais de faire vérifier par le juge administratif la conformité d'un acte par rapport aux normes du droit objectif (contentieux de légalité) : A.J. Arnaud, “Action”, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op.cit.*, p. 8. On perçoit, ici encore, que le rapport logique entre droit et action est étroitement lié à la distinction entre contentieux subjectif et objectif.

<sup>1647</sup> J. Salmon (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit international*, *op.cit.*, p. 596.

CIJ dans l'affaire du Sud-Ouest africain fut vivement contesté. En effet, l'acceptation de la requête, en 1962, avait laissé penser que la Cour reconnaissait au Libéria et à l'Ethiopie un véritable intérêt juridiquement protégé. En effet, certains soutenaient, comme K.M'Baye, que dès le stade de la recevabilité, le requérant doit prouver non seulement qu'il est destinataire de la norme, mais qu'il est titulaire d'un droit et donc lésé par sa violation. Dès lors, la reconnaissance de l'intérêt à agir des deux Etats africains permettait d'espérer la reconnaissance d'un droit au fond. Or, si l'on considère que c'est la qualité qui a donné intérêt à agir à ces Etats, en 1962, le raisonnement de la Cour, à ce moment-là, a donc été fondé sur l'appartenance à une catégorie et non sur l'intérêt juridique. L'intérêt à agir n'était que présumé, mais l'intérêt juridique fut considéré comme inexistant en 1966. Le lien que l'on croyait indissociable entre les deux notions était rompu. Selon K. M'baye, *“on a pu soutenir qu'il n'y avait pas là un revirement. S'il n'y a pas eu revirement, ce mot véritablement n'a plus aucun sens. Les efforts de la Cour pour essayer de distinguer le droit d'agir en justice, c'est-à-dire le locus standi, et le droit subjectif qui correspondrait à l'existence d'un droit ou d'un intérêt juridique au fond sont véritablement une performance difficile que la Cour n'a assurément pas réussie...”*<sup>1648</sup>. En 1962, la Cour aurait ainsi presque raisonné comme devant une *actio popularis*, revenant à une conception beaucoup plus stricte et intersubjective de la situation en 1966<sup>1649</sup>. Elle a ainsi conclu que *“les demandeurs ne sauraient être considérés comme ayant établi l'existence à leur profit d'un droit ou d'un intérêt juridique au regard de l'objet des présentes demandes”*<sup>1650</sup>. L. Favoreu, en dehors de toute considération morale, considère qu'il n'y a pas lieu de critiquer outre mesure l'évolution, qui n'est pas un revirement. *“En 1962, elle a statué sur le problème de la qualité pour agir (question de procédure) et non sur celui du droit ou intérêt juridique (question de fond)”*<sup>1651</sup>.

Ainsi, selon les affaires, le rapport entre l'intérêt à la procédure et l'intérêt au fond est inégal. En outre, si les deux expressions "intérêt juridique" et "droit subjectif" sont utilisées pour caractériser le droit en cause dans l'action, ainsi que parfois le droit à l'action, on ne les distingue pas toujours. Or, l'explication de ces différents rapports réside, en fin de compte, dans la nature de l'action, selon qu'il s'agit d'un recours objectif ou subjectif. En effet, comme l'exprime H. Motulsky, le droit à l'action *“peut-il vivre sans avoir pour support un autre droit qu'il protège et enveloppe ? Ce sont surtout les publicistes*

<sup>1648</sup> K. M'Baye, “L'intérêt pour agir devant la CIJ”, *op.cit.*, p. 331. L. Favoreu, quant à lui, considère qu'il n'y a pas revirement, mais application (stricte, il est vrai) de la distinction entre qualité pour agir, intérêt pour agir et intérêt juridiquement protégé.

<sup>1649</sup> Le vote du juge Morelli est significatif et possède plus qu'un caractère anecdotique : ainsi, en 1962, il vote contre la recevabilité de la requête, pour voter en faveur du rejet en 1966. Dans les deux cas, l'arrêt fut adopté à une voix près. La conception trop large de l'action en 1962, qui en eût presque fait un contentieux objectif, fut ainsi restreinte en 1966, ramenée à une logique volontariste beaucoup plus classique.

<sup>1650</sup> CIJ, arrêt du 18 juillet 1966, *Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud*, Recueil 1966, p. 51.

<sup>1651</sup> L. Favoreu, “Les affaires du Sud-Ouest africain”, *op.cit.*, p. 125.

*qui se sont préoccupés du problème, à propos de la distinction entre les contentieux "subjectif" et "objectif". Les uns, subjectivistes à outrance, nient la possibilité même d'une action n'ayant pas pour objet la protection d'un (autre) droit subjectif; les autres voient aisément la porte ouverte au contentieux objectif*<sup>1652</sup>.

## 2. Intérêt juridiquement protégé et droit subjectif : contentieux objectif et contentieux subjectif

Comme on le sait, la notion de droit subjectif individualise le rapport entre la norme et le sujet à qui elle s'adresse. Cependant, la norme à portée générale peut difficilement être "rebiatéralisée", car elle ne vise pas un destinataire précis investi d'un droit qui lui appartiendrait en propre. Cela n'empêche pourtant pas de la contester ou de l'invoquer à l'appui d'un recours contentieux. On peut ainsi rappeler que le droit objectif peut être défini de plusieurs façons, comme le présente le Dictionnaire Salmon : parmi les quatre définitions qu'il propose, on peut retenir que "B...le droit objectif est aussi celui qui s'oppose à tous les sujets" ; ...D. *Caractère des règles dont la violation lèse toutes les personnes qui en sont bénéficiaires*<sup>1653</sup>. De cette dernière approche, qui évoque le préjudice, on peut tirer des conséquences contentieuses importantes : rien ne s'oppose donc vraiment à ce que l'intérêt pour agir soit reconnu, non seulement pour le requérant qui fait valoir un droit subjectif, mais aussi pour celui qui demande le respect du droit objectif, autrement dit le respect par le défendeur de ses obligations juridiques. Deux remarques peuvent alors être effectuées, l'une quant au rapport entre procédure et fond, l'autre quant à la nature distincte des droits défendus dans les contentieux subjectif et objectif.

D'une part, comme le souligne L. Favoreu, "*on peut concevoir en effet que puisse être exigé seulement un intérêt pour agir non directement rattaché à un droit subjectif*"<sup>1654</sup>. L'intérêt pour agir est ainsi justifié, "légitimé", soit par la possession d'un droit subjectif, soit par l'invocation d'un intérêt juridique de nature objective. Dans le premier cas, la recevabilité de l'action peut être reconnue sur le fondement de la possession (exigée) d'un véritable droit subjectif : l'on se situe ainsi dans le cadre d'un contentieux subjectif. Dans le second cas, la recevabilité est fondée par la possession (présumée) d'un intérêt juridique. Cela explique la différence d'approche des deux formules "intérêt donnant qualité" et "qualité donnant intérêt". En effet, dans le cadre du contentieux subjectif, ce n'est pas l'appartenance à une catégorie de personnes qui doit être prouvée, mais bien un lien personnel (et donc intersubjectif) avec la norme. C'est l'intérêt qui donne qualité pour agir. A l'inverse, l'intérêt juridique est présumé, dans un contentieux

<sup>1652</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, *op.cit.*, p. 36.

<sup>1653</sup> J. Salmon (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, p. 390.

<sup>1654</sup> L. Favoreu, "Les affaires du Sud-Ouest africain", *op.cit.*, p. 133.

objectif, puisque c'est l'appartenance à un cercle de personnes (la qualité, donc) qui doit être prouvée.

D'autre part, pour ce qui est du droit défendu au fond, la distinction entre les deux expressions d'intérêt juridique (objectif) et de droit (subjectif) est ainsi justifiée par la différence de nature de l'action. Ce que l'on possède dans un contentieux subjectif est un droit subjectif. La conception intersubjective du contentieux de la responsabilité le démontre. En revanche, on fait valoir un intérêt juridiquement protégé dans le cadre d'un contentieux objectif. La construction du recours en légalité est donc objective. Les conséquences de cette distinction peuvent également être perçues quant au résultat attendu de l'action. Ainsi, dans un contentieux engageant une responsabilité, le requérant possède un droit à réparation parce qu'il détient personnellement un droit auquel il a été porté atteinte. En revanche, le contrôle de légalité ne peut entraîner qu'une restauration de la légalité : l'atteinte à un intérêt juridique que l'on ne possède pas à titre personnel (mais dont on bénéficie) est aussi "réparée" (mais le terme est impropre).

En résumé, on peut considérer que l'intérêt juridiquement protégé est invoqué dans le cadre d'un contentieux objectif, tandis que le droit subjectif implique, nécessairement et tautologiquement, la qualification du contentieux subjectif. Cependant, la présentation ainsi effectuée est quelque peu caricaturale. En droit international, il n'existe pas de distinction entre deux types de recours bien différents, l'un destiné à mettre en œuvre une responsabilité, l'autre à restaurer la légalité : la distinction entre droit subjectif et intérêt juridique est-elle, dans ces conditions, véritablement nécessaire ? En outre, en droit interne, l'opposition entre contentieux subjectif et objectif ne va pas de soi, d'un point de vue théorique : le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir a ainsi toujours fait l'objet de controverses doctrinales. Deux thèses récentes se sont à nouveau penchées sur la question. Elles soulignent toutes deux la différence d'approche, entre la conception objective du recours pour excès de pouvoir français, et la conception subjective de son équivalent allemand<sup>1655</sup>. Or, la thèse de N. Foulquier conteste le caractère objectif du contentieux de la légalité français. Il défend fermement l'existence d'un "droit subjectif à la

<sup>1655</sup> Il s'agit d'une part de la thèse de P. Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2002. L'ouvrage commence notamment par rappeler la distinction théorique entre contentieux objectif et subjectif (pp. 92-110), puis effectue une synthèse (d'une clarté impressionnante) des systèmes nationaux européens en matière "d'intérêt et/ou de qualité pour agir" (pp. 110-144). De façon synthétique, l'auteur constate la généralisation commune de "la libéralisation des conditions d'accès au prétoire tenant au requérant", dans les ordres nationaux européens (notamment p. 140). D'autre part, la thèse de N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du 19<sup>ème</sup> au 20<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2003.

Le premier se réfère au contentieux allemand, pour illustrer les rapports chronologiques entre intérêt et qualité pour agir, tandis que le second l'évoque pour démontrer qu'une conception subjective du recours pour excès de pouvoir français peut être soutenue.

légalité" <sup>1656</sup>. Selon lui, l'intérêt juridiquement consacré est le "substrat", c'est-à-dire la base, le support, du droit subjectif <sup>1657</sup>. Il critique donc la dissociation entre intérêt individuel et intérêt général, ainsi que le fait que "selon la doctrine, il n'y avait de droit subjectif que si l'intérêt en cause était propre à son titulaire" <sup>1658</sup>. Par conséquent, il présente une définition extrêmement large de la notion de droit subjectif, qui peut recouvrir tout intérêt juridique dont les personnes bénéficient., définition du droit subjectif, "un administré est titulaire d'un droit subjectif quand il remplit les conditions lui permettant d'être considéré comme bénéficiaire du pouvoir d'exiger – reconnu par une norme générale ou individuelle, ce sans être obligé d'utiliser ce pouvoir, dans un but personnel socialement légitime – un certain comportement de la part des personnes publiques – ce qui constitue l'objet de leur obligation – afin de se procurer un avantage moral ou matériel que l'ordre juridique a, expressément ou implicitement, considéré comme licite" <sup>1659</sup>.

En fin de compte, il est possible de reconnaître une action processuelle dans deux situations, au fond : l'action qui est directement liée à la possession de droits subjectifs, et celle qui est liée au bénéfice d'un intérêt juridiquement protégé, qu'ils soient distingués ou, au contraire, confondus. Cependant, il semble que le droit international soit beaucoup plus exigeant que le droit interne en la matière. L'intérêt à agir a longtemps été conçu de manière beaucoup plus restrictive, compte tenu de la nature intersubjective des rapports internationaux et, par conséquent, du contentieux international. Seuls les droits subjectifs entraînaient un intérêt à agir, à travers l'institution de la responsabilité internationale, modèle unique du contentieux international. Aujourd'hui, ce contentieux se diversifie, impliquant une certaine part de contrôle de légalité. Cela incite donc à une nouvelle lecture des normes internationales

---

<sup>1656</sup> Il considère que "la crainte que le droit subjectif à la légalité des actes administratifs permettant d'exiger de l'administration le respect du principe de légalité, sous peine de sanction, soit la cause d'un affaiblissement de l'autorité de l'Etat et de la remise en cause du recours pour excès de pouvoir, a aussi disparu sous le poids de l'exigence de l'idéal de l'Etat de droit" (p. 691). L'auteur affirme donc que le progrès du droit public est d'évoluer du droit objectif au droit subjectif. Selon lui, la reconnaissance des droits subjectifs des administrés est possible car le droit administratif est "libéré de l'obstacle de la souveraineté de l'Etat, la pierre d'achoppement de la garantie des droits des particuliers". N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du 19<sup>ème</sup> au 20<sup>ème</sup> siècle, op.cit.*, p. 693. L'auteur ajoute qu'il ne faut pas y voir une révolution, qui aurait vu le droit administratif français "succomber au droit allemand, au droit de l'hommisme et aux diketats du droit international", mais une "révélation". Ainsi, l'idée qu'au pouvoir discrétionnaire de l'administration correspond une absence de droits individuels est fautive. De la même façon, le pouvoir souverain des Etats n'empêche pas de reconnaître des droits et intérêts juridiques aux individus. La souveraineté de l'Etat, limitée par le concept d'état de droit, s'accommode très bien des droits individuels. Il n'y a donc pas d'opposition à ce qu'un contentieux dit "objectif" implique des droits individuels. Ces derniers peuvent être subjectifs si la norme s'adresse directement aux individus ; ils peuvent aussi être des droits objectifs opposables à tous, source d'intérêts juridiques légitimement invocables à l'appui d'une action recherchant un avantage tant pour la collectivité (respect **du** droit) que pour l'individu (respect de **son** droit).

<sup>1657</sup> *Ibid.*, p. 279 s, chapitre intitulé "le substrat du droit subjectif, l'intérêt personnel juridiquement consacré".

<sup>1658</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>1659</sup> *Ibid.*, p. 405.

et des rapports qu'elles instaurent. L'implication des individus peut y être perçue de façon différente, ce qui expliquerait le développement de sa capacité processuelle.

Ainsi, malgré la forte spécificité du contentieux international, les rapports entre le droit et l'action doivent également être envisagés.

## II. Identification de l'action processuelle internationale

En droit international, malgré la conception subjective de l'action processuelle internationale, destinée avant tout à mettre en cause la responsabilité, rien n'empêche d'invoquer, dans la même action, le respect du droit objectif. Ainsi, “*l'exigence d'un intérêt direct et personnel n'empêche pas que l'on puisse admettre, en théorie, en droit international, l'existence d'un contrôle largement ouvert de la légalité*”<sup>1660</sup>. L'évolution du droit international de la responsabilité le confirme. Le contentieux international semble impliquer, bien que de façon inégale, un contentieux subjectif et un contentieux objectif (A). Les conséquences de ce phénomène général sur l'action processuelle de l'individu sont réelles. Bien qu'il n'ait pas forcément une "qualité" pour agir, son intérêt à l'action et dans l'action peut être mieux reconnu. L'action processuelle de l'individu serait ainsi essentiellement fondée par l'intérêt donnant qualité pour agir (B).

### A. Le contentieux international, entre contentieux subjectif et objectif

La CIJ avait nié, en 1966, l'existence d'un contentieux purement objectif en droit international : l'*actio popularis* n'existe pas en droit international, affirme-t-on (1). Cependant, responsabilité et légalité sont aujourd'hui associées dans une même action (2).

#### 1. De l'*actio popularis* en droit international

L'*actio popularis* est définie, en droit international, comme une “*action en justice appartenant à tous les sujets de droit pour défendre les intérêts publics*” : telle est la conception soutenue par la CIJ dans l'affaire du Sud Ouest africain en 1966<sup>1661</sup>. C'est le contentieux objectif par excellence, dédié au maintien de la légalité. Nul besoin d'avoir subi un préjudice ni, par conséquent, de prouver un intérêt à agir fondé par ce préjudice. Or, tous les ordres juridiques, internes comme international, ont cherché à éviter l'action populaire : “*la maxime "pas d'intérêt, pas d'action", existe dans tous les systèmes juridiques*”<sup>1662</sup>. Ainsi, la CIJ, en 1966, a fermement réfuté son existence en droit international. Cependant, d'un autre côté, l'avis de la CIJ sur le génocide avait

---

<sup>1660</sup> K. M'Baye, “L'intérêt pour agir devant la CIJ”, *op.cit.*, p. 271.

<sup>1661</sup> La définition donnée par la Cour est reprise par le *Dictionnaire de Droit international public*, *op.cit.*, p. 37.

<sup>1662</sup> P. Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, *op.cit.*, p. 138.

considéré, en 1951, que la Convention ne confère pas de droits individuels ni d'intérêts propres, mais un intérêt commun à tous : pour le garantir, il faut bien reconnaître la possibilité d'une action destinée à le faire respecter. Le spectre d'un contrôle de légalité ouvert à tous, indépendamment de tout préjudice, a longtemps fait peur. Or, c'est la conception même de l'*actio popularis* qui peut sembler quelque peu inexacte. Ainsi, F. Voeffray développe une thèse qui contredit l'opinion habituelle. Il considère, quant à lui, que *“la seule définition de l'actio popularis faite jusqu'à présent est donnée dans l'arrêt du Sud-Ouest africain où la CIJ parle d'un "droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public". Cette définition nous paraît insuffisante et peut conduire à une conception erronée de la problématique”*<sup>1663</sup>. En effet, à Rome, il n'était pas question de défendre de façon désintéressée des intérêts collectifs, ceux-ci étant toujours associés à un intérêt personnel. L'action était ainsi assez loin d'être ouverte à tous et à chacun. Encore aujourd'hui, l'auteur souligne que *“c'est cependant faire preuve de candeur dans l'analyse des relations internationales que de croire qu'une action désintéressée peut être entreprise autrement que dans des cas exceptionnels”*, et que *“l'idéalisation de l'actio popularis est surtout le produit d'un malentendu”*<sup>1664</sup>. Par conséquent, la méconnaissance de l'action romaine entraînerait des erreurs quant à l'essence et l'existence de l'action en droit international.

La fermeté de la CIJ en 1966 s'explique. Encore aujourd'hui, *“de fait, le spectre de l'actio popularis est évoqué régulièrement par la partie défenderesse dans l'espoir d'effrayer une juridiction qui serait tentée d'être trop généreuse dans son appréciation de la qualité pour agir”*<sup>1665</sup>. L'auteur relève alors trois sortes de confusion dont l'action est fréquemment victime. Ainsi, *“la première forme de confusion consiste à identifier dans l'actio popularis un recours dirigé contre des actes législatifs, en dehors des cas d'application concrète”*<sup>1666</sup>. Une seconde forme réside dans l'*“assimilation de l'actio popularis à un contrôle préventif de légalité”* : cela entraîne, de la part des juges, un rejet des requêtes au motif d'absence d'intérêt à agir. Or, l'action objective implique que le demandeur n'a pas à fournir, au stade de la recevabilité, la preuve d'un intérêt personnel. L'action est bien *“fondée sur un intérêt "objectif" similaire pour tous les membres d'une communauté”*. Cependant, et c'est la troisième confusion relevée par l'auteur, *“ l'idée est fréquemment véhiculée en doctrine, qu'une actio popularis devrait viser à la défense exclusive d'intérêts communs...Evidemment, en plaçant la barre si haut, on ne peut qu'être déçu par la réalité des relations internationales où les actions judiciaires complètement "désintéressées" sont très rares. Il s'agit cependant d'une méprise sur la nature de l'actio popularis. Comme cela a été souligné dans la partie de cette étude qui leur est consacrée, les actio popularis romaines visaient non*

<sup>1663</sup> F. Voeffray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, PUF, 2004, p. 38.

<sup>1664</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>1665</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>1666</sup> *Ibid.*, p. 222.

*seulement à protéger des intérêts collectifs, mais aussi des intérêts individuels concomitants*”<sup>1667</sup>. Ainsi, selon l'auteur, un recours tel que la requête étatique présentée devant la Cour européenne des droits de l'homme peut être qualifiée d'*actio popularis*<sup>1668</sup>. L'Etat n'y fait pas valoir un droit propre, il "représente" un individu, tout en contribuant à la défense d'un système de garantie collective d'un ordre public régional.

L'auteur propose donc une autre définition de l'action populaire, et présente ses conditions de recevabilité. La définition n'est guère différente, mais présente l'avantage de mettre l'accent sur la notion d'intérêt. Il s'agirait ainsi d'une "*action en justice, qui peut être intentée par chaque membre d'une communauté, en vue de la protection d'un intérêt totalement ou partiellement commun*". Quant à ses conditions de recevabilité, on peut y reconnaître la principale condition soulignée dans tout cadre contentieux objectif<sup>1669</sup>. Il s'agit de la "*possession par le demandeur d'une qualité pour agir dans l'intérêt commun*"<sup>1670</sup>. En résumé, on peut estimer que F. Voefray considère que toute action dont la recevabilité est commandée par la formule "qualité donnant intérêt à agir", dans laquelle l'intérêt est présumé et la qualité prouvée, peut être qualifiée d'*actio popularis*. Même si l'affirmation peut sembler excessive, toutefois le contentieux international a beaucoup évolué depuis 1966.

## 2. Le contentieux international actuel, entre responsabilité et légalité

Malgré l'audace de la CIJ en 1962, reconnaissant que la simple qualité pour agir de deux Etats avait entraîné la recevabilité de la requête, la tendance à "objectiver" le contentieux avait rapidement trouvé ses limites. Ainsi, "*telles qu'elles étaient présentées, en effet, les requêtes avaient en l'état actuel du droit international, un propos trop ambitieux : faire reconnaître l'existence en droit positif de "normes ou standards" prohibant toute discrimination raciale*"<sup>1671</sup>. Trop ambitieuse aussi était la volonté de reconnaître aux Etats un droit d'action indépendant de tout préjudice substantiel. Aujourd'hui, avec la codification, leur qualité d'Etat intéressé, et leur intérêt juridique au fond, pourraient être reconnus,

<sup>1667</sup> F. Voefray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op.cit.*, p. 222.

<sup>1668</sup> La thèse analyse les procédures contentieuses internationales et la qualité pour agir des requérants. L'auteur étudie ainsi l'OIT, les conventions régionales droits de l'homme, le TIDM, l'OMC, la CSCE, le droit humanitaire, la CPI.

<sup>1669</sup> F. Voefray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op.cit.*, p. 319 s. Il présente trois conditions procédurales d'exercice de l'*actio popularis*. D'abord, le droit d'accès formel du demandeur, c'est-à-dire sa "capacité" telle qu'elle est légalement qualifiée (l'exemple de l'article 34 du Statut de la CIJ réapparaît, p. 320). La seconde condition est la compétence de la juridiction par rapport au litige en question (p. 321). Or, on a pu constater que généralement, en droit commun du procès, ce ne sont pas strictement des conditions de recevabilité d'une action mais des conditions préalables régissant la demande.

<sup>1670</sup> *Ibid.*, p. 322. On peut remarquer, au passage, que l'auteur souligne que la CIJ utilise alternativement et indifféremment les termes "qualité", "intérêt juridique", et "droit" : il explique donc que la qualité pour agir est une notion de procédure par nature liée à l'obligation invoquée au fond.

<sup>1671</sup> L. Favoreu, "Les affaires du Sud-Ouest africain", *op.cit.*, p. 143.

sous une condition : que la norme soit *erga omnes*, c'est-à-dire qu'elle établisse non pas des rapports intersubjectifs mais multilatéraux. Cela introduirait donc un contrôle de légalité dans ce recours, alors plus objectif que subjectif.

Ainsi, les normes *erga omnes* et de *jus cogens* sont étroitement liées à l'*actio popularis*, telle que présentée par F. Voefray. On peut ainsi souligner que la Convention sur le génocide, en ce qu'elle comporte de telles normes, permet à tout Etat "intéressé" d'exiger d'un autre qu'il ne perpète pas d'acte de génocide. Comme le souligne S. Maljean-Dubois, "*il ne s'agit plus alors de faire valoir un droit subjectif, mais un intérêt objectif au respect de la légalité. Cela conduit directement à une actio popularis, même limitée, et la prévention et la répression du crime de génocide semblent faire partie des domaines spécifiques dans lesquels un tel droit d'action est reconnu*"<sup>1672</sup>.

La multilatéralisation de la responsabilité permet d'introduire l'*actio popularis* dans le contentieux international. Celui-ci se trouve donc pris entre deux tendances contradictoires. Il est tirillé entre, d'un côté intersubjectivité, dommage et réparation, et de l'autre côté multilatéralisation et légalité. On a déjà souligné l'évolution considérable du droit de la responsabilité étatique, d'une conception intersubjective vers une conception plus objective : la cause en est la disparition du dommage des conditions d'engagement de la responsabilité. Ainsi, cette nouvelle figure de la responsabilité ouvre aussi un droit à "réparation" (bien que là encore, le terme soit quelque peu impropre) à une catégorie d'Etats "autres" que l'Etat lésé par la violation de son droit subjectif : on peut préférer considérer ces Etats "autres" comme étant les Etats lésés par un préjudice juridique ou par la violation du Droit objectif<sup>1673</sup>.

Les conséquences en termes de "réparation" sont importantes. Bien que cela ne soit guère comparable, on peut rappeler la particularité du contentieux objectif, en droit interne, qui est de ne pas pouvoir offrir de réparation sous forme de dommages-intérêts. Transposé en droit international, le principe reste identique, même si, quelle que soit la situation, on parle toujours de "responsabilité". Ainsi, selon la codification effectuée par la CDI, seuls les Etats lésés (c'est-à-dire directement victimes d'un préjudice) pourraient invoquer l'ensemble des conséquences de la responsabilité, c'est-

<sup>1672</sup> S. Maljean-Dubois, "L'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires", *op.cit.*, pp. 378-379. Cependant, en l'espèce, on ne peut considérer qu'il s'agit d'une *actio popularis* dans laquelle l'intérêt objectif est mis en avant. En effet, la Bosnie réclame en tant qu'Etat directement (bien que médiatement) lésé, invoquant un préjudice.

<sup>1673</sup> Dès 1984, P.M. Dupuy avait proposé de distinguer deux catégories d'Etats lésés : ceux lésés dans leurs droits subjectifs, et ceux lésés dans leurs intérêts objectifs : P.M. Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale", *RCADI* 1984, vol. 188. Voir A. Pellet, "Remarques sur une révolution inachevée – Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats", *AFDI* 1996, pp. 7 s. B. Stern, "Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats", *AFDI* 2001, pp. 3 s. P.M. Dupuy, "Quarante ans de codification du droit de la responsabilité, un bilan", *RGDIP* 2003-2, p. 305 s.

à-dire la cessation du fait, la réparation ainsi que la faculté de prendre des contre-mesures. Quant aux Etats bénéficiant d'un intérêt juridique au respect de l'obligation internationale violée, ils disposent du droit de réclamer la cessation du fait illicite, ainsi que des assurances et garanties de non-répétition<sup>1674</sup>. La CDI a ainsi interprété ces deux obligations secondaires pesant sur l'Etat responsable comme “*deux aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte*”<sup>1675</sup>. Il est ainsi question de relation juridique, et pas uniquement de réparation. Auparavant, le contenu de la responsabilité (ou sa conséquence, selon les interprétations) était l'obligation de réparer. Aujourd'hui, la responsabilité implique toute une série de relations juridiques secondaires, qui dissocient (quelque peu délicatement) cessation et réparation. Ainsi, “*la cessation a pour fonction de mettre fin à une violation du droit international et de préserver la validité et l'efficacité de la règle primaire sous-jacente. L'obligation de cessation qui incombe à l'Etat responsable sert ainsi à protéger aussi bien l'intérêt de l'Etat ou des Etats lésés que l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à préserver l'état de droit et à s'appuyer sur lui*”<sup>1676</sup>. Si on les distingue, l'obligation de cessation du fait illicite appartient donc davantage à la partie objective du contentieux, tandis que la réparation reste dans le champ traditionnel d'un contentieux subjectif<sup>1677</sup>.

Ainsi, avec l'objectivation relative du contentieux international, par la prise en compte d'un contrôle de légalité internationale, l'exigence du caractère personnel et direct de l'intérêt à agir est assouplie. Si l'évolution est sensible dans le domaine de la responsabilité interétatique, le contentieux impliquant les individus n'y est pas indifférent. En effet, la codification ne fait que refléter une tendance très générale à la

<sup>1674</sup> L'article 30 de la Déclaration sur la responsabilité internationale de l'Etat, "Cessation et non répétition", dispose ainsi que, “*l'Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation : a) d'y mettre fin si ce fait continue [ou se répète, en fait, dit le commentaire] ; b) d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent*” : Déclaration sur la responsabilité des Etats, in Rapport annuel de la CDI, A/56/10, 2001, p. 233 s. Selon le commentaire de la CDI, “*ce sont deux aspects [distincts mais liés] du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte*”.

<sup>1675</sup> *Ibid.*

<sup>1676</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>1677</sup> Toutefois, comme le dit la CDI, “*le résultat de la cessation est parfois impossible à distinguer de la réparation, par exemple dans des cas impliquant la libération d'otages ou la restitution d'objets ou de locaux confisqués. Il convient toutefois de les distinguer. A la différence de la restitution, la cessation n'est pas soumise aux limitations imposées par le critère de proportionnalité*” : *ibid.*, p. 235.

Le raisonnement de la CDI est le même pour l'obligation d'offrir des garanties que pour l'obligation de cessation. Le commentaire indique qu'il est préférable de les séparer de la réparation : “*un Etat peut chercher à obtenir des assurances ou garanties de non-répétition par voie de satisfaction (par exemple abrogation d'une loi qui a permis à la violation de se reproduire) et les deux formes de réparation [sic!] se recouvrent donc dans la pratique. Il vaut mieux toutefois considérer les assurances ou garanties de non-répétition comme un aspect du maintien de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte*” : *ibid.*, p. 238.

Certains tendent à inclure la cessation dans la réparation. Comme le souligne B. Stern, “*si la cessation est bien une forme de réparation, que répare-t-elle, sinon ce que j'appelle le préjudice juridique ?*” : B. Stern, “Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats”, *op.cit.*, pp. 32-33.

"judiciarisation" du droit international. Elle implique également que l'action processuelle de l'individu soit mieux acceptée.

### ***B. L'individu : l'intérêt sans qualité ?***

L'individu ne possède pas, semble-t-il, de qualité générale à agir. L'action processuelle qu'il peut engager doit surtout démontrer un intérêt personnel et direct. Au stade de la procédure, c'est son intérêt à agir qui, justifié par la possession d'un droit subjectif, entraîne sa qualité à agir. Par conséquent, pour l'individu, il semble possible de considérer qu'en général, c'est bien la titularité d'un droit subjectif qui va entraîner la recevabilité de sa requête devant les organes internationaux compétents. Cependant, la logique du rapport entre action et intérêt semble pouvoir, dans certains cas, être inversée (1). L'existence de recours individuels, en droit international, est indéniable. Cependant, il ne bénéficie pas d'un *locus standi* universel, ce qui semble limiter sa capacité processuelle. L'absence de recours individuel auprès de la CIJ constitue-t-elle réellement un obstacle ? Il semble que la réponse puisse être négative (2).

#### 1. La création de l'intérêt par l'action : pour une relecture des normes internationales

Dans la logique de l'articulation entre les normes primaires et les normes secondaires, pour l'individu, les premières entraînent un droit secondaire à réparation. L'ordre juridique international, considérant l'individu, a d'abord vu les normes primaires se développer, pour lui conférer des droits subjectifs. Ce n'est que dans un second temps qu'un droit d'action peut lui être ouvert. On peut ainsi prendre l'exemple du recours individuel à la juridiction communautaire. Les institutions communautaires ne sont pas tenues de prouver un intérêt direct à agir, leur qualité suffisant à rendre le recours recevable. A l'inverse, les individus doivent prouver leur intérêt. Pour eux, le contentieux est alors essentiellement de nature subjective<sup>1678</sup>. Cependant, l'affirmation peut être relativisée.

F. Voeffray, pour sa part, considère que l'*actio popularis* des individus existe en droit international, même de façon très limitée. Il se fonde pour cela sur certains mécanismes de réclamations collectives, par lesquels le requérant participe à la défense d'un intérêt collectif<sup>1679</sup>. Dans ce cas, c'est la qualité de membre du groupe qui

<sup>1678</sup> Voir *infra*, Section II, l'accès de l'individu à la juridiction de l'Union européenne, p. 663.

<sup>1679</sup> Se posant la question de l'*actio popularis*, il place dans la même "catégorie" individus et ONG. Il constate donc que l'action existe déjà sous forme très limitée, par le biais du nouveau mécanisme de contrôle de la Charte sociale européenne établi en 95, et par la procédure de plainte existant à l'OIT. Il s'agit cependant de mécanismes de réclamations collectives, et non d'un véritable recours individuel. L'auteur affirme par ailleurs qu'il est souhaitable que le phénomène, trop rare, se développe et que la crainte d'encombrement des tribunaux n'est pas justifiée. F. Voeffray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op.cit.*, p. 380.

implique le droit à l'action. Pour lui, *“force est donc d'admettre que l'individu est un sujet à part entière du droit international et qu'il peut légitimement agir en défense d'intérêts communs”*<sup>1680</sup>. Sa conclusion peut paraître un peu rapide, voire excessive. Cependant, un autre auteur développe une logique qui incite à une relecture du rapport entre norme primaire et secondaire.

Le développement institutionnel de la société internationale autorise deux considérations. Soit il permet la constitution de nouveaux droits substantiels pour l'individu, à travers la création de nouvelles normes. Soit, plus simplement, il entraîne la reconnaissance de droits par une seconde lecture de la norme primaire internationale déjà existante. Celle-ci fait l'objet d'une relecture, lorsqu'une voie d'action internationale est ouverte au particulier : s'adressant aux Etats, la norme internationale ne produit pas moins des effets juridiques constitutifs, pour l'individu, d'un intérêt dont la violation peut aussi être invoquée. L'interprétation des normes primaires qui, jusqu'alors, n'autorisait pas à affirmer l'existence de droits individuels, évolue dans un sens opposé. C'est la question que pose A. Kolliopoulos, lorsqu'il étudie le fonctionnement de la Commission d'indemnisation des Nations unies (CINU) : *“la Commission en ouvrant les portes du prétoire à certaines catégories d'individus tels que les apatrides ou les doubles nationaux, leur attribue uniquement une voie d'action pour la défense de leurs droits établis ou en même temps fait-elle implicitement œuvre de consécration de droits de novo ?”*<sup>1681</sup>. En investissant les individus d'un droit à réparation, ne leur reconnaît-on pas, à cette occasion, de nouveaux droits substantiels ? On pourrait presque penser que l'intérêt juridiquement protégé ne naît, ou en tout cas n'est découvert, que par le juge lorsqu'il examine la recevabilité d'une prétention. Si une nouvelle voie d'action est créée, elle entraîne la constitution d'un intérêt juridique. Ainsi, A. Kolliopoulos affirme que *“si, en principe, une voie d'action ne peut être exercée qu'en présence d'un intérêt juridiquement protégé par les normes primaires, l'édifice des normes d'adjudication peut influencer la légalité primaire et inverser cette relation”*<sup>1682</sup>.

Traditionnellement, on considère que l'intérêt à l'action est un accessoire du droit substantiel, la finalité des règles secondaires étant le rétablissement du droit substantiel violé. Néanmoins, comme le montre l'auteur, *“il se peut que les normes secondaires ouvrent une voie d'action qui tend à la protection d'un intérêt, ce qui oblige la légalité primaire à suivre le mouvement et à consacrer cet intérêt comme juridique, comme un droit substantiel dont un ou plusieurs sujets du droit deviennent les titulaires”*<sup>1683</sup> : Le développement de la légalité internationale est alors induit par l'institutionnalisation du droit à réparation, par la création de nouvelles voies d'action. Ainsi, en 1966, l'opinion dissidente du juge

<sup>1680</sup> F. Voefray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, op.cit., p. 382.

<sup>1681</sup> A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, op.cit., p. 347.

<sup>1682</sup> *Ibid.*, p. 323.

<sup>1683</sup> *Ibid.*, p. 337.

Tanaka, dans l'affaire du Sud-Ouest africain peut être évoquée : “*nous estimons que des intérêts généraux d'ordre humanitaire se concrétisent dans ces traités et ces organisations. Une fois qu'ils revêtent une forme institutionnelle ces intérêts prennent un caractère juridique et doivent être protégés...*”<sup>1684</sup>. On se trouve alors face à un phénomène fréquent en droit international : celui de la circularité du droit.

On peut enfin souligner que le contentieux interne connaît également ce phénomène d'inversion du rapport habituel entre le droit et l'action. Ainsi, on a souligné la conception très large du droit subjectif qui existe en droit allemand, tendant à reconnaître aux administrés un droit subjectif à la légalité. Cependant, on peut aussi relever un facteur d'élargissement supplémentaire, qui confirme l'idée d'une relecture contemporaine des normes. Ainsi, “*le juge se reconnaît la liberté de considérer, au regard des évolutions économiques, qu'une règle de droit autrefois édictée dans l'intérêt général peut désormais être considérée comme ayant été prise en vue de la protection de certains intérêts individuels*”<sup>1685</sup>.

Il est ainsi possible d'identifier deux phénomènes complémentaires qui incitent à conférer un droit d'action processuelle à l'individu. D'un côté, les normes primaires sont interprétées comme conférant des droits subjectifs aux individus, ce qui peut ensuite conduire à leur reconnaître la possibilité de les défendre au niveau international. De l'autre côté, l'institutionnalisation de la société, qui implique l'accroissement du champ des normes secondaires, joue également en la faveur d'un recours individuel.

Ainsi, le principe de l'absence de qualité de l'individu n'est plus de mise, puisqu'on retrouve ce dernier devant de nombreux prétoires internationaux. Si le droit à l'action dépend de la faculté d'être destinataire de normes internationales, la condition peut être satisfaite. Si l'on veut séparer théoriquement la nature des contentieux, alors on peut considérer que faire valoir un droit subjectif dans le cadre d'un contentieux subjectif, et faire valoir un intérêt juridique dans le cadre d'un contentieux de légalité, sont deux moyens également pertinents pour la reconnaissance d'une capacité juridique. Dans le premier cas, l'action processuelle confirme l'existence des droits subjectifs : la capacité est donc moyen de prouver la titularité du droit. Elle en est conséquence. Dans le second cas, l'action crée le droit : elle ne prouve pas son existence, elle le constitue. Ce n'est pas (ou pas encore) un droit subjectif, mais c'est un droit substantiel. Ainsi, l'action vient ajouter à la titularité de droits subjectifs une autre sorte de capacité d'agir qui en est dissociée : schématiquement, c'est la capacité qui devient cause de la titularité. L'essentiel est, pour l'individu, de pouvoir faire valoir droit ou intérêt et d'obtenir une réponse individualisée à sa demande. Si le traitement de la prétention de l'individu, quelle qu'en soit la base (droit subjectif ou intérêt

<sup>1684</sup> CIJ, *Affaire du Sud-Ouest africain*, Recueil 1966 p. 252.

<sup>1685</sup> P. Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, op.cit., p. 105, § 111.

juridique), n'entraîne pas une réponse individualisée alors on ne peut parler de capacité processuelle.

La capacité de l'individu en droit international dépendra toujours, dans une large mesure, de l'étendue des compétences que les Etats et organisations, dans l'exercice de leur pouvoir normatif, voudront reconnaître aux organes internationaux qu'ils instituent pour "dire le droit". Or, pour l'heure, la réforme de la juridiction la plus interétatique n'est pas de mise.

## 2. L'absence de *locus standi* universel devant la CIJ : un obstacle incontournable pour la capacité individuelle ?

Le statut international de l'individu comporte une lacune importante, selon de nombreux observateurs : l'absence de recours individuel devant la CIJ doit-il pour autant conduire à nier sa capacité qui, pour ne pas être universelle, peut néanmoins s'exercer au niveau international ? Les Etats eux-mêmes ressentent le besoin de forums spécialisés dans le règlement de leurs différends portant sur un domaine particulier. Si l'action processuelle est incluse dans un "système" conventionnellement établi, cela ne fait que refléter la logique du lien entre les normes primaires et les normes secondaires qui les garantissent.

Le Dictionnaire Salmon présente deux définitions du *locus standi* : il s'agit, soit de la "qualité pour saisir un organe", soit de la "qualité pour agir dans une instance" : à cette seconde définition est apportée la précision selon laquelle "*l'Etat se présentant devant un tribunal international, doit en outre établir qu'il a vis-à-vis du défendeur en l'espèce un droit ou intérêt juridique propre au regard de l'objet de la demande*". Dans le premier cas, le requérant déclenche lui-même l'action contentieuse destinée à faire valoir ses droits. Dans le second, bien qu'il ne saisisse pas lui-même le tribunal, il peut néanmoins être partie prenante à l'instance<sup>1686</sup>. Or, devant la juridiction universelle, l'individu ne dispose d'aucune de ces possibilités.

Au-delà de rares projets ayant vu le jour au début du 20<sup>ème</sup> siècle, l'hypothèse d'un recours individuel devant une juridiction universelle reste largement théorique<sup>1687</sup>. Ainsi, lors de la création de la CPJI, la question a été débattue, certains Etats ayant même proposé d'inclure un recours individuel dans son statut. L'Allemagne,

---

<sup>1686</sup> *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 673.

<sup>1687</sup> Pour des exemples désormais historiques, voir par exemple M. Pilotti, "Le recours des particuliers devant les juridictions internationales", in *Mélanges Spiropoulos, Problèmes fondamentaux du droit international*, Bonn, Schimmelbusch & Co, 1957, p.351-362. L'auteur étudie les deux cours caduques (Cour Internationale des Prises et Cour de justice centraméricaine) citées : la première n'est jamais entrée en vigueur ; devant la seconde, les requêtes individuelles ont été repoussées pour défaut d'épuisement des recours internes. L'auteur estime ensuite que la personnalité internationale individuelle peut être reconnue avec la Convention pour la Haute-Silésie entre Allemagne et Pologne en 1922 : créant des TAM, celle-ci accorde un droit d'action à l'individu, contre un Etat étranger ainsi que contre son propre Etat.

notamment, soutenait la possibilité d'envisager un recours international ouvert aux individus de façon subsidiaire. L'article proposé disposait que "*La CPJI, en dehors des différends entre Etats, connaît des plaintes adressées par les particuliers contre les Etats et les gouvernants de ces Etats, lorsque les tribunaux de ces Etats se sont déclarés incompétents*"<sup>1688</sup>. Il s'agissait alors essentiellement de prendre le relais de la justice interne. Cela conduisait également à accepter qu'un litige interindividuel, entre un particulier et un gouvernant, soit du ressort d'une juridiction internationale. Une seconde proposition, émise par les Pays-Bas, s'attachait davantage au consentement des parties au différend. En effet, la Cour aurait été compétente pour connaître de différends entre un Etat membre de la SdN et ses ressortissants. Jugés bien trop révolutionnaires, ces deux projets n'ont pas été retenus, pour trois raisons essentielles. D'une part, la nature interétatique du droit international, fondée sur le principe de la souveraineté, empêche toute reconnaissance d'une capacité d'action à l'individu. Le projet allemand, notamment, aurait porté atteinte au principe volontariste du respect du consentement étatique au règlement international d'un différend. D'autre part, un argument relatif au droit interne était invoqué : à l'époque, de nombreux Etats déniaient aux individus le droit d'intenter une action contre les autorités publiques. Reconnaître ce droit au niveau international paraissait alors impossible. Enfin, des considérations pratiques d'opportunité entraient en jeu : on estimait généralement que l'institution de la protection diplomatique suffisait à défendre les intérêts individuels. Comme souvent lorsqu'un projet de recours individuel est présenté, la crainte de voir la juridiction submergée par les requêtes individuelles incite donc à la prudence et au maintien de l'écran étatique.

L'article 34 du statut de la CIJ reprend donc le précédent : le contentieux reste dédié aux Etats ayant expressément consenti à la compétence de la Cour ; même les organisations internationales n'ont accès qu'à sa fonction consultative. La question de la révision du Statut dans le sens d'une ouverture aux autres "acteurs" internationaux se heurte encore à une forte résistance des Etats. Si l'hypothèse du recours contentieux des organisations internationales est récurrente, en revanche celle du recours individuel semble définitivement reléguée au rang des utopies fantaisistes. Pourtant, certaines opinions doctrinales soutiennent encore la possibilité d'une évolution. Ainsi, un article récent contient un projet détaillé de réforme du Statut. Considérant que le recours à la CIJ est utilisé de façon parcimonieuse, l'auteur estime que la Cour est actuellement sous-exploitée. Il s'appuie alors sur l'exemple du fonctionnement de la CEDH avant le protocole No. 11, pour affirmer que "*opening the jurisdiction of the ICJ to individuals is*

---

<sup>1688</sup> S. Segal, *L'individu en droit international positif*, Paris, Sirey, 1932, p. 89. L'auteur, détaillant également les nombreuses propositions doctrinales en ce sens, s'interrogeait sur l'opportunité de créer une cour internationale autonome de la CPJI, entièrement consacrée aux différends entre Etats et individus.

*probably the best and perhaps the only means for ensuring its effective utilization*"<sup>1689</sup>. Après avoir décrit le système européen, il propose un amendement au Statut de la CIJ, constituant une réforme très extensive : en effet, un nouvel article 35 du Statut disposerait qu'un recours de tout individu, groupe d'individus, ou ONG, peut être effectué à l'encontre d'un Etat ou d'une organisation internationale, à condition que le défendeur ait accepté la juridiction de la Cour pour ces types de requêtes. L'article suivant proposé, relatif à la compétence *ratione materiae* de la Cour, évoque "tout sujet" prévu par la Charte et les traités en vigueur, et toute violation du droit international général<sup>1690</sup>. Cependant, outre le caractère utopique du projet, aucune analyse, ni théorique ni pratique, des implications d'une éventuelle réforme n'est proposée. L'individu pourrait-il alors invoquer n'importe quelle situation de violation d'une norme internationale ? En l'absence de précision sur les conditions de recevabilité des requêtes, l'idée risquerait alors de conduire à reconnaître à l'individu, non pas un *locus standi*, mais une qualité pour agir absolue. Aucune précision n'est apportée, par exemple, sur le critère de l'épuisement des recours internes.

Malgré tout, la possibilité de modifier les compétences de la CIJ, dans des conditions plus strictement encadrées, reste régulièrement évoquée par la doctrine. R. Higgins, aujourd'hui juge à la CIJ, avait ainsi vigoureusement affirmé défendu cette opinion. En 1978, elle constate que "*over the last twenty years there have been mounting pressures for full access by individuals to international forums...*"<sup>1691</sup>. Tenant compte des différents systèmes régionaux de recours individuel, elle défend alors l'opinion selon laquelle "*there are powerful arguments for giving him access – through a revision of its Statute – to the International Court or perhaps to a special Chamber of that Court*"<sup>1692</sup>. En pratique, les inconvénients induits par ce nouveau recours ne lui paraissent pas fondamentaux. En effet, "*other than the need for an efficient screening service, there seems to be no necessary reason why an international court – be it restricted geographically or to a certain subject matter, or be it universal both at parties and subject matter – cannot deal with parties of varying status*"<sup>1693</sup>. Dès lors, selon l'auteur, à condition d'instaurer un organe chargé, de façon préliminaire, d'évaluer la recevabilité de la requête, aucun obstacle théorique ne se pose.

Pour l'heure, une telle réforme ne semble pas d'actualité, et ne peut être évoquée qu'en tant que *lex ferenda*. Du point de vue du droit positif contentieux, il n'y a guère d'évolution depuis les années 1920. Cependant, on peut souligner deux éléments

<sup>1689</sup> M. Janis, "Individuals and the International Court", in A.S. Muller, D. Raic, J.M. Thuranszky, *The ICJ : its future role after 50 years*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, p. 209.

<sup>1690</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>1691</sup> R. Higgins, "Conceptual Thinking about the Individual in International Law", *British Journal of International Studies*, 1978-4, p. 6.

<sup>1692</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>1693</sup> *Ibid.*, p. 8. L'auteur affirme malgré tout qu'elle est consciente du plus large travail de ce "screening service", en raison de la compétence étendue de la CIJ à l'ensemble du droit international.

factuels qui peuvent participer à une meilleure prise en compte de l'individu. D'une part, les arrêts et avis de la CIJ contribuent davantage qu'auparavant au respect de droits individuels : plusieurs affaires récentes ont impliqué une interprétation du droit international traditionnel conduisant à reconnaître des droits individuels substantiels ; de façon plus générale, la Cour se réfère plus volontiers aux instruments de protection des droits de l'homme<sup>1694</sup>. D'autre part, même si la CIJ fonctionne davantage, d'un point de vue quantitatif, en matière de contentieux interétatique, elle est concurrencée par la naissance d'autres juridictions à vocation universelle : universelles de par la composition du système conventionnel auquel elles appartiennent, elles portent sur des domaines particuliers, tels que le droit de la mer, le droit pénal, ou le droit économique. La Convention de 1982 relative au droit de la mer possède ainsi la particularité

---

<sup>1694</sup> Voir ainsi le commentaire de P. Weckel sur l'avis de la CIJ du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, RGDIP 2004-4, pp. 1017-1036. Bien qu'ils soient dépourvus de caractère obligatoire, on sait que les avis de la CIJ sont loin d'être dénués de portée juridique. Or, la saisine de la CIJ par l'Assemblée générale de l'ONU a ainsi donné lieu à un avis important, impliquant non seulement le droit international général, mais également des droits concernant directement les individus. Ainsi, P. Weckel souligne notamment que *“la reconnaissance du droit humanitaire et du droit international des droits de l'homme en tant que branches du droit international doit notamment être saluée”* (p. 1018). En outre, la CIJ a affirmé le principe d'applicabilité directe de la Convention de Genève IV, des Conventions relatives aux droits de l'homme. Au passage, l'auteur constate que *“Israël, qui dans cette affaire, a aligné les argumentations juridiques les plus archaïques, rejetées depuis longtemps par la doctrine et la pratique, a soutenu que les instruments de protection des droits de l'homme n'étaient pas applicables dans les circonstances de conflit armé”* (p. 1030). Il évoque également une *“avancée spectaculaire de la CIJ”* en matière de droits de l'homme : elle a ainsi utilisé les deux Pactes de 1966, en se référant largement la *“pratique constante”* du Comité des droits de l'homme.

d'aménager un recours individuel, même limité, devant une juridiction à vocation universelle <sup>1695</sup>.

Dans ces conditions, l'individu peut davantage occuper une place dans le contentieux international, devant des juridictions plus appropriées, dont la compétence porte sur un domaine bien défini. La spécialisation du contentieux est alors un phénomène qui facilite la création de nouveaux recours individuels. Il faut donc relativiser la lacune que représente l'absence de *locus standi* de l'individu devant la CIJ. On ne cherche nullement à sous-estimer son rôle dans l'ordre juridique international. Cependant, on peut penser que son champ de compétence est réduit, de fait, par la multiplication des autres juridictions. C'est ainsi le cas de L. Condorelli qui, en 1995, estimait que l'avenir de la CIJ dépendait du succès des systèmes parallèles. Pour l'auteur, la multiplication des juridictions spécialisées implique, en pratique, un moindre usage de la CIJ, dont la procédure serait trop longue, trop chère, trop interétatique <sup>1696</sup>. Or, nombre de ces juridictions internationales reçoivent des requêtes individuelles.

---

<sup>1695</sup> R.J. Dupuy, D. Vignes (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris/Bruxelles, Economica, Bruylant, 1985, p. 606. L'article 156 (partie XI) du traité crée l'Autorité internationale des fonds marins, qui possède le pouvoir de réglementer les activités dans la "Zone", patrimoine commun de l'humanité, et de participer à des entreprises conjointes avec des Etats et d'autres entités publiques et privées. P.M. Dupuy constate le caractère novateur du mécanisme : "*l'autorité du fond des mers s'affirme en effet à plus d'un titre sans précédent notable à l'échelon universel. D'abord, parce qu'en principe investie de pouvoirs directs sur les opérateurs, elle s'adresse directement à des sujets internes, sans l'entremise de leur Etat national*" : P.M. Dupuy, "Humanité, communauté et efficacité du droit", in *Mélanges R.J. Dupuy*, Paris, Pedone, p. 147 (c'est nous qui soulignons). Les derniers articles de la partie XI (186 à 191) aménagent un système original de règlement des différends qui portent exclusivement sur cette partie. Sont réglés les différends relatifs à l'exploration ou l'exploitation de la Zone. Or, "*étant donné les modalités particulières des rapports contractuels liant l'Autorité et les autres sujets, il a fallu prévoir dans le système de règlement des différends l'octroi à ceux-ci de l'accès à la juridiction internationale sur un pied d'égalité avec les Etats parties*" : R.J. Dupuy, D. Vignes (dir.), *Traité du nouveau droit de la mer*, *op.cit.*, p. 663. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a ainsi été établie au sein du TIDM. Cependant, à l'époque, la répugnance des Etats à accepter un *locus standi* de personnes privées était encore très forte. "*aussi est-on convenu de reconnaître aux personnes physiques ou morales la capacité d'engager une procédure devant la Chambre uniquement dans les différends...qui sont relatifs à un contrat*" (*ibid.*, p. 673). Le régime général du règlement des différends, fondé sur la partie XV de la Convention, est classiquement interétatique, malgré des propositions libérales du Président de la Conférence sur le droit de la mer dans les années 1970, très contestées par les Etats. L'accès des personnes privées est donc très réduit, compte tenu du contexte des années 1980 (opposition farouche des Etats socialistes à toute reconnaissance d'une place aux personnes privées dans l'ordre international). Le résultat des négociations fut l'article 190.2 du traité, où "*le trésor d'imagination déployé a abouti à laisser à l'Etat défendeur au litige l'initiative d'exiger la comparution de l'Etat qui patronne la partie demanderesse. En d'autres termes, le défendeur peut exiger la mise en œuvre des mécanismes de la protection diplomatique*" (*ibid.*, p. 1135). Par conséquent, la capacité juridictionnelle des personnes privées est doublement limitée, en ce qu'elle porte seulement sur les litiges relatifs aux fonds marins et doit être "patronnée" par un Etat. Le règlement du tribunal a tenu compte de ce recours. Ainsi, "*le Tribunal s'orientait tout de suite dans le sens de distinguer entre les différends les plus proches des différends internationaux traditionnels, auxquels il parut opportun de réserver la même procédure que celle prévue pour les affaires contentieuses devant le Tribunal plénier, et les différends plus proches de ceux opposant Etats et particuliers souvent soumis à l'arbitrage commercial international. Pour ces derniers une procédure simplifiée paraissait indiquée*" : T. Treves, "Le règlement du Tribunal International du Droit de la Mer", *AFDI* 1997, p. 357.

<sup>1696</sup> L. Condorelli, "La CIJ : 50 ans et (pour l'heure) pas une ride", *JEDI*, 1995, vol. 6, No. 3, 13 p. : [www.ejil.org/journal](http://www.ejil.org/journal)

## ***Section II. L'essor de la capacité processuelle internationale de l'individu***

La capacité d'agir de l'individu, au niveau international, dépend largement de l'existence et des compétences d'organes lui permettant d'exiger le respect de ses droits, au sens large. Or, la physionomie des institutions chargées du règlement juridictionnel des différends est loin d'être homogène. Ces quinze dernières années ont vu la catégorie des juridictions internationales s'élargir et se diversifier, à tel point que nombreux sont ceux qui s'interrogent sur la notion de juridiction internationale. Ce constat, effectué au regard des juridictions pénales hybrides, peut également être porté sur celles qui s'ouvrent à l'individu en tant que victime d'un préjudice. Parallèlement aux organes judiciaires traditionnels, d'autres possibilités de règlement contentieux s'offrent à l'individu, notamment par le biais de l'arbitrage international. D'autres voies, plus originales, lui permettent également d'agir. Dès lors, l'analyse de la capacité processuelle active de l'individu doit être effectuée en tenant compte de ces divers moyens. On peut ainsi constater la diversité des actions juridictionnelles internationales de l'individu (I). En outre, d'autres formes d'action confortent également l'idée qu'il possède une capacité processuelle élargie (II).

### **I. Diversité des actions juridictionnelles internationales de l'individu**

Lorsqu'il est fait référence à une "juridiction internationale", il peut s'agir soit d'un organe dit "judiciaire" (dans le sens d'organe juridictionnel préconstitué), soit d'un organe arbitral. Cependant, le terme de juridiction sera utilisé ici dans ce double sens, qui inclut tant les organes judiciaires que les organes arbitraux. Les juridictions traditionnelles sont relativement peu nombreuses dans l'ordre juridique international. La capacité de l'individu devant ces organes révèle une opposition nette, entre sa position face à la juridiction universelle, et celle qu'il possède au niveau régional. En effet, le constat de l'absence de *locus standi* universel de l'individu ne peut être nié. En revanche, plusieurs juridictions régionales existent, devant lesquels la capacité d'agir de l'individu est non seulement indéniable, mais en progression constante (A). En outre, l'individu possède, depuis longtemps, des voies d'action devant des organes arbitraux. Or, en la matière, on ne peut négliger l'apport considérable du droit économique (qui s'internationalise) à la capacité individuelle (B).

#### ***A. L'individu devant les juridictions régionales : une capacité en progression constante***

On connaît bien les systèmes régionaux relatifs aux droits de l'homme. L'individu y possède une place prépondérante, puisque ce sont ses droits que l'on y

défend. Cela ne signifie pas que sa capacité de les faire valoir lui-même ait été acquise dès l'origine. En effet, une analyse comparée des trois systèmes européen, interaméricain et africain montre que cette capacité est toujours en progrès (1). En outre, malgré son caractère unique, on ne peut omettre d'évoquer le système juridique communautaire. L'accès de l'individu au prétoire de la CJCE participe en effet à sa capacité processuelle internationale (2).

### 1. L'accès de l'individu aux juridictions de protection des droits de l'homme

La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) est le modèle le plus abouti en matière de capacité procédurale de l'individu (a). Outre-atlantique, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) tente d'évoluer dans le sens d'une capacité processuelle accrue de l'individu (b). Enfin, la naissance de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) est trop récente pour que l'on puisse préjuger de son avenir. Quoiqu'il en soit, elle se base partiellement sur le même modèle que ses aînées (c).

#### *a. Un modèle abouti : la Cour européenne des droits de l'homme*

L'individu peut ainsi rarement déclencher directement l'action contentieuse internationale, par une saisine directe d'un organe juridictionnel. La plupart du temps, *“la répugnance des Etats à accepter la saisine directe d'organes juridictionnels ou arbitraux par des personnes privées les a conduit à subordonner celle-ci à une action préalable devant des organes investis d'une mission d'enquête et de conciliation”*<sup>1697</sup>. Dans ce cas, l'individu peut néanmoins être considéré comme partie à l'instance, dès lors que l'organe de règlement applique une procédure contradictoire et l'y fait participer. Ce sont les deux formes de son *locus standi*. Or, tous les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme offrent désormais cette possibilité<sup>1698</sup>. Cependant, le degré de capacité processuelle de l'individu varie d'un système à l'autre. Celui du Conseil de l'Europe est le plus perfectionné, depuis le protocole No. 11 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998.

Dès son institution, le système européen des droits de l'homme avait prévu la possibilité pour un individu de faire valoir les droits qu'il détient en vertu de la Convention devant un organe international. Ainsi, l'article 25 de la Convention permettait à l'individu de saisir la Commission européenne des droits de l'homme, organe non juridictionnel, à condition que l'Etat accepte cette compétence de

<sup>1697</sup> P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 691.

<sup>1698</sup> Tous les textes pertinents qui seront cités sont réunis dans le *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 767 p. (textes réunis par O. De Schutter, F. Tulken, S. Van Drooghenbroeck).

l'organe <sup>1699</sup>. L'hypothèse d'un accès direct à la Cour européenne avait été rejetée, pour deux raisons essentielles : d'une part, on craignait l'utilisation du mécanisme par les individus à des fins politiques, ce qui aurait entraîné le risque d'envenimer les relations internationales. Cependant, l'argument contraire était également valable : l'absence de saisine individuelle pouvait conduire les Etats à endosser la réclamation privée, comme dans l'institution de la protection diplomatique. Transformer une requête privée en différend interétatique comporte également des inconvénients. D'autre part, d'un point de vue technique, les Etats craignaient que la Cour ne soit submergée par les requêtes individuelles et ne puisse y faire face. Dès lors, jusqu'en 1998, la Commission a rempli l'essentiel de la fonction de garantie des droits individuels, décidant de la recevabilité des requêtes. Rapidement, certains ont déploré que le recours individuel de l'article 25 soit facultatif, conditionné par le consentement des Etats <sup>1700</sup>.

En 1990, l'ensemble des Etats parties à la Convention avaient accepté, tant le recours individuel à la Commission de l'article 25, que la juridiction obligatoire de la Cour (article 46 de la Convention). Les conditions étaient alors réunies pour une évolution. En outre, le 40<sup>ème</sup> anniversaire de la CEDH faisait peser sur les Etats une sorte d'obligation morale de perfectionner le mécanisme. Ainsi, le protocole No. 9 modifie l'organe auquel les individus peuvent s'adresser : *“la Cour européenne devient la seule Cour internationale devant laquelle les individus disposeront d'un "droit d'action en justice" les autorisant à mettre en accusation un Etat, et de surcroît leur propre Etat national”* <sup>1701</sup>. Il ne s'agit pas encore d'un droit de saisine direct et automatique de la juridiction, qui *“comportait en effet un risque d'asphyxie de la Cour”* <sup>1702</sup>. Cependant, le requérant peut lui déférer une affaire après que sa requête ait été jugée recevable par un Comité : le protocole élargit ainsi la liste des personnes ayant qualité pour se présenter devant la Cour, en y incluant les personnes privées <sup>1703</sup>. Dès 1990, J.F. Flauss soulignait *“les arrières-pensées tactiques ou stratégiques”* du protocole, qui *“pourrait servir de point de départ à une remise en cause indirecte*

<sup>1699</sup> Voir le commentaire de R. Abraham, in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La CEDH – Commentaire article par article, op.cit.*, pp. 579 s : l'auteur déclare que *“l'individu devient sujet de droit international. Avec l'article 25, la Convention ne se borne pas à créer, au profit des individus, des droits subjectifs... : elle ouvre aux individus le droit de saisir la juridiction internationale aux fins de faire sanctionner le manquement d'un Etat à ses obligations internationales”*(p. 579).

<sup>1700</sup> C. Eustathiades, “Les recours individuels devant la Commission européenne des droits de l'homme”, in *Mélanges Spiropoulos, Problèmes fondamentaux du droit international*, Bonn, Schimmelbusch & Co, 1957, pp. 113-138.

<sup>1701</sup> J.F. Flauss, “Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le protocole No. 9 à la Convention européenne des droits de l'homme”, *AFDI* 1990, p. 507.

<sup>1702</sup> *Ibid.*, p. 511.

<sup>1703</sup> Auparavant, l'article 44 disposait que *“Seules les hautes parties contractantes et la Commission ont qualité pour se présenter devant la Cour”*. Voir le texte du Protocole No. 9, in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La CEDH – Commentaire article par article, op.cit.*, pp. 1139-1141. De même l'article 48 prévoyait que, à condition que l'Etat défendeur ait accepté la juridiction de la Cour, Commission et Etats pouvaient saisir la Cour : le protocole No. 9 étend cette capacité aux personnes physiques, groupe de particuliers et ONG.

(voire insidieuse) de l'actuel "équilibre institutionnel" entre le trois organes de contrôle de la Convention"<sup>1704</sup>. Ce fut en effet le cas, mais la remise en cause fut nettement plus approfondie, avec le Protocole No. 11 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998. Celui-ci achève la juridictionnalisation du système en créant une nouvelle Cour en tant qu'organe unique et permanent. En outre, le recours individuel à la Cour n'est plus soumis au consentement des Etats, la simple ratification du Protocole ayant entraîné cette compétence obligatoire de la Cour<sup>1705</sup>. Les articles cités précédemment disparaissent : le protocole No. 11 insère surtout un article 34 relatif au recours individuel direct de "toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers".

Progressivement, le mécanisme de contrôle des droits de la Convention européenne est ainsi devenu le plus perfectionné : les individus peuvent saisir directement un organe juridictionnel et non plus politique ; cette compétence contentieuse de la Cour est obligatoire pour tous les Etats membres. Ainsi, comme le constate le Président de la Cour interaméricaine, "*the individual is thus endowed, with Protocol n. 11, at last, with direct access to an international tribunal (jus standi), as a true subject – and with full juridical capacity – of the International Law of Human Rights*"<sup>1706</sup>.

#### *b. Un modèle en évolution : la Cour interaméricaine des droits de l'homme*

Le système interaméricain n'est pas aussi perfectionné en matière de recours individuel ; du moins pas encore, car une évolution est tout à fait envisageable. Chronologiquement, l'organe de protection a été institué avant l'élaboration d'une convention régionale. En effet, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a été créée en 1959, par la voie d'une résolution de l'OEA et non d'un traité. La Convention interaméricaine, quant à elle, fut signée dix ans plus tard, et entra en vigueur en 1978. Avant cela, la Commission avait développé une pratique axée sur trois méthodes : "*le système de pétitions (examen de plaintes ou de communications), le système de*

<sup>1704</sup> L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La CEDH – Commentaire article par article, op.cit.*, p. 509.

<sup>1705</sup> Voir *Le protocole No. 11 à la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit et Justice No. 15, 1995, 195 p. Ainsi que *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le protocole No. 11*, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit et Justice, 1999, 193 p.

<sup>1706</sup> A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law : Recents Developments", in *Mélanges K. Vasak*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 535.

*rapports (rapports sur la situation faite aux droits de l'homme dans les différents pays de la région) et le système d'enquêtes (missions d'observations sur les lieux dans différents pays)*<sup>1707</sup>.

Quelle place est faite à l'individu dans ce système ? L'article 44 de la Convention dispose que “*toute personne ou tout groupe de personnes, 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*”. Ainsi, c'est à la Commission et non à la Cour que les particuliers doivent s'adresser, comme tel était le cas dans le système européen avant 1990. Cependant, à la différence de son homologue européen d'origine, la compétence de la Commission n'est pas soumise à une acceptation particulière des Etats, pour les recours individuels : en effet, l'article 45 de la Convention, qui prévoit une clause d'acceptation de la compétence de la Commission, ne vaut que pour les communications étatiques. En revanche, l'article 62 est une clause facultative d'acceptation de la juridiction de la Cour. L'individu n'a donc accès qu'indirectement à la Cour, à qui la Commission transmet les requêtes. Cependant, l'organe juridictionnel, respectant le principe d'une procédure contradictoire, le fait participer à l'instance. Sa capacité processuelle est donc indéniable, bien qu'elle s'exerce avant tout devant la Commission.

Le fonctionnement contentieux du système interaméricain est relativement récent. Ainsi, la Cour n'a rendu son premier arrêt qu'en 1988<sup>1708</sup>. Or, une évolution semble possible. En effet, selon son Président, les conditions sont désormais réunies pour suivre la voie ouverte par la Cour européenne. Par exemple, une fois la compétence de la Cour acceptée par un Etat, celui-ci ne peut revenir en arrière : deux décisions de la CIADH du 24 septembre 1999 ont ainsi refusé au Pérou le droit de retirer sa clause facultative de juridiction obligatoire, car le système met en œuvre une garantie collective des droits de l'homme<sup>1709</sup>. Il faut toutefois signaler que tous les

<sup>1707</sup> A.A. Cançado Trindade, “Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle”, *AFDI* 2000, p. 550. L'auteur souligne les lacunes originelles de la Convention en matière de droits sociaux et économiques (qui se constatent également dans la Convention européenne). Elles ont été comblées avec l'adoption du protocole de San Salvador en 1988 (un second protocole sur la peine de mort fut adopté en 1990). Le protocole de 1988 étend ainsi la capacité processuelle de l'individu, en l'autorisant à invoquer davantage de droits matériels : en effet, il prévoit l'application du système de pétitions et de communications individuelles au droit d'association et à la liberté syndicale, ainsi qu'au droit à l'éducation. *Ibid.*, p. 565.

<sup>1708</sup> CIDH, 29 juillet 1988, arrêt *Velasquez*, commentaire de G. Cohen-Jonathan, *RGDIP* 1990, pp. 455-471. Il faut signaler en outre que la Cour possède une compétence non seulement contentieuse, mais également consultative, qu'elle est fréquemment amenée à exercer (article 41 de la Convention, relatif aux fonctions de la Cour). On a ainsi déjà évoqué notamment l'avis No. 16 relatif au droit à l'assistance consulaire. Voir supra, note 1224. Peuvent ainsi demander des avis à la Cour les Etats ainsi que les organes de l'OEA (article 64.1 de la Convention). La Cour européenne est également dotée d'une compétence consultative, en vertu de l'article 47 de la Convention. Cependant, elle est définie de façon très restrictive et cantonnée aux questions posées par le Comité des Ministres ; elle n'a jamais été utilisée.

<sup>1709</sup> Voir P.M. Dupuy, *Droit international public, op.cit.*, 2004, p. 209.

Etats parties à la CIDH n'ont pas accepté la compétence contentieuse de la Cour<sup>1710</sup>. Cela n'empêche pas A. Cançado Trindade de militer vigoureusement pour une réforme. Outre des propositions portant sur les conditions matérielles de fonctionnement des organes, l'auteur avance la nécessité de reconnaître un véritable *locus standi* aux individus<sup>1711</sup>. Bien que ceux-ci n'aient pas, pour l'instant, le statut de partie devant la Cour, la pratique de celle-ci évolue dans le sens d'une meilleure prise en compte des "requérants" victimes. L'auteur souligne, au demeurant, que "*la Convention, quand elle ordonne des réparations, par exemple, se réfère également à la "partie lésée" (article 63-1), faisant allusion bien évidemment à la victime alléguée et non à la Commission*"<sup>1712</sup>. Par conséquent, il estime que "*l'on devrait surmonter la conception paternaliste et anachronique donnant un rôle d'intermédiaire à la Commission entre ceux-ci (plaignants réels) et la Cour, de manière à leur donner un accès direct à la Cour*"<sup>1713</sup>. Enfin, l'auteur plaide non seulement pour un recours individuel direct à la Cour, mais également pour une remise en cause indirecte de la place de la Commission, afin de considérer "*la Cour en tant que seul organe juridictionnel du système de protection*"<sup>1714</sup>.

*c. Un modèle qui doit faire ses preuves : la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*

La Charte africaine de 1981 de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), entrée en vigueur en 1986, établit un mécanisme similaire aux deux précédents, avec une Commission chargée de promouvoir et protéger les droits de l'homme. Cependant, on souligne fréquemment les particularités de ce système régional. D'une part, sur le fond, la conception africaine des droits diffère, en ce qu'elle ne considère pas l'individu de façon isolée, mais collectivement : le "peuple" possède lui aussi des droits, ainsi que des devoirs, en vertu de la Charte<sup>1715</sup>. D'autre part, la conception africaine de la fonction judiciaire différerait également : la tradition africaine de règlement de

<sup>1710</sup> Sur les 25 Etats, 21 ont reconnu la juridiction obligatoire de la Cour. Manquent ainsi Barbades, Dominique, Grenade et Jamaïque.

<sup>1711</sup> Parmi les propositions concrètes, il exhorte la Commission à mieux préparer les dossiers relatifs à l'établissement des faits, afin que ses compétences et celles de la Cour ne se chevauchent pas, car, à l'heure actuelle, "*cette inutile redondance est préoccupante*" : A.A. Cançado Trindade, "Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle", *op.cit.*, pp. 570-571. Le fonctionnement de la Cour est également handicapé par le fait qu'elle ne siège pas de manière permanente, comme c'était le cas dans le système européen avant le protocole No. 11.

<sup>1712</sup> *Ibid.*, p. 572.

<sup>1713</sup> *Ibid.*, p. 575.

<sup>1714</sup> *Ibid.*, p. 576.

<sup>1715</sup> Cependant, il ne faut pas oublier que cette vision collective n'est pas exclusive : la Charte africaine, comme les deux autres conventions régionales, protège également les droits individuels "traditionnels", civils et politiques. En outre, on peut noter que la Convention interaméricaine contient également des dispositions en matière de devoirs : ainsi, l'article 32, relatif à la "corrélation entre droits et devoirs", dispose notamment que "*toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité*".

différends individuels accorde une place prépondérante à l'intervention d'un tiers qui concilie les intérêts en présence, sans chercher à établir ni violation ni sanction. La primauté du règlement amiable sur le règlement contentieux incitait alors à penser que la mise en place d'un organe juridictionnel de protection des droits de l'homme était impossible. Ainsi, la Commission africaine était, jusque là, seule chargée de protéger ces droits et devoirs au moyen exclusif du règlement amiable. Cependant, *“ce n'est qu'une hypothèse idéale de référence”*, et *“l'activité purement juridictionnelle se présente comme la condition de fiabilité du système de l'arbre à palabre, une sorte de soupape de sécurité”*<sup>1716</sup>. S. Kowouvih réfute ainsi toute explication ontologique à l'absence d'organe juridictionnel régional, considérant que les raisons doivent être recherchées dans les circonstances politiques. Au-delà des considérations sociologiques, M. Mubiala expose que *“en réalité, le refus de la Cour comme mécanisme de contrôle de la Charte procédait de la méfiance longtemps entretenue par les Etats africains à l'endroit des procédés juridictionnels de règlement, pour des raisons d'attachement à la souveraineté fraîchement acquise, et à la préférence donnée aux modes politiques de règlement des différends”*<sup>1717</sup>. Cependant, là encore, les circonstances régionales évoluent, avec l'émergence de l'Etat de droit et la volonté de le consolider. La persistance des conflits ne doit pas masquer cette évolution. De plus, l'attitude de nombreux Etats africains face aux juridictions internationales montre qu'ils n'hésitent plus à y recourir.

Quelle est alors le degré de capacité processuelle de l'individu dans le système de la Convention ? Dans quelle mesure peut-il faire valoir ses droits ? Jusqu'en 1998, son pouvoir de saisir la Commission africaine n'était qu'implicite, et n'impliquait aucun droit à réparation d'une violation. Les dispositions conventionnelles relatives aux fonctions de l'organe n'envisagent pas expressément une capacité individuelle, pas plus qu'un pouvoir de décision de la Commission : elle établit des rapports qu'elle transmet à la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement qui décide. Cependant, en pratique, la Commission reçoit des "communications" individuelles. En effet, l'article 55 de la Charte dispose que *“avant chaque session, la Commission dresse la liste des communications autres que celles des Etats parties...”*, dont la forme et le contenu sont précisés par l'article 56.

<sup>1716</sup> S. Kowouvih, “La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de "spécificité africaine" en matière de droits de l'homme”, *RTDH* 2004, vol. 59, p. 763.

<sup>1717</sup> M. Mubiala, “La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ?”, *RGDIP* 1998-3, p. 768.

La création d'une Cour africaine par le protocole du 9 juin 1998 semble ainsi constituer un grand pas de principe<sup>1718</sup>. Entrée en vigueur le 25 janvier 2004, la Cour n'est pas encore entrée en fonction<sup>1719</sup>. Cependant, on peut constater que ses compétences sont larges, et que la position de l'individu est renforcée. En vertu de l'article 34.6 du protocole, les Etats peuvent déclarer accepter les recours individuels devant la Cour. En outre, l'article 5.3 dispose que "*la Cour peut permettre aux individus et aux ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle conformément à l'article 34.6 de ce protocole*". Le système semble donc se rapprocher de celui qui existait en vertu du Protocole No. 9 de la CEDH<sup>1720</sup>. En pratique, le recours individuel est pourtant loin d'être acquis : jusqu'à présent, seul le Burkina Faso a accepté que ses ressortissants s'adressent directement à la Cour africaine.

En revanche, si le recours individuel était destiné à être davantage reconnu, les droits que l'individu pourrait invoquer sont extrêmement variés. En effet, la nouvelle Cour est dotée d'une compétence *ratione materiae* "dangereusement élargie", pour certains. Ainsi, l'article 3 du Protocole prévoit que la Cour applique, non seulement les dispositions de la Charte, mais également "*tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par l'Etat concerné*", alors que la compétence de la Commission est cantonnée à la Convention. Le débat autour de la spécificité africaine resurgit aussitôt :

---

<sup>1718</sup> Contestant des inexactitudes trop courantes, S. Kowouvih affirme alors, d'une part, que la spécificité africaine n'éluide pas tout recours à une décision juridictionnelle : "*L'option juridictionnelle n'est pas la négation du mécanisme de l'arbre à palabre*" : S. Kowouvih, "La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de "spécificité africaine" en matière de droits de l'homme", *op.cit.*, p. 760. D'autre part, il constate également que l'instauration d'une Cour africaine vient justement rectifier la trop grande particularité du mécanisme africain par rapport aux deux autres systèmes régionaux. En effet, l'institution de la Cour "*met fin à une impasse en même temps qu'elle consacre une prépondérance des fonctions non juridictionnelles de la Cour*" (p. 761).

<sup>1719</sup> 15 ratifications ont permis l'entrée en vigueur : Afrique du Sud, Algérie, Burkina Faso, Burundi, Comores, Côte d'Ivoire, Gambie, Lesotho, Libye, Mali, Maurice, Ouganda, Rwanda, Sénégal, Togo. Cependant, il semble que l'élection des juges à la Cour, qui devait avoir lieu à la session de l'OUA de juillet 2004 à Addis Abeba, ait été reportée... On ignore donc quand la Cour sera effectivement installée.

<sup>1720</sup> Pour une analyse approfondie du mécanisme mis en place, voir F. Quilleré-Majzoub, "L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique", *RTDH* 2000, pp. 729-785. L'une des spécificités de ce protocole, par rapport au système européen, réside dans l'absence de clause facultative de juridiction obligatoire : dès la ratification du protocole, la compétence de la Cour s'impose aux Etats, sauf pour les communications non-étatiques soumises directement à la Cour (p. 755 s). Une autre différence par rapport aux deux autres mécanismes régionaux est l'obligation faite au juge national (malgré son "indépendance" théorique du fait qu'il siège à titre personnel) de se récuser dans une affaire qui implique son Etat (article 22 du protocole). En outre, la Cour possède également, comme les deux autres, une fonction consultative et interprétative.

certains affirment leur volonté de la conserver<sup>1721</sup>. D'autres, à l'inverse, mettent en garde contre les excès auxquels la "tropicalisation" peut mener : *“au nom d'une prétendue spécificité africaine, l'individu africain est ainsi livré à des vagues ininterrompues de violence de tous ordres et de tout acabit, au déni des droits, à la systématisation de la torture, au règne de l'impunité, du mensonge et de la corruption, véritable sport national dans de nombreux pays africains”*<sup>1722</sup>. Dès lors, pour l'individu, l'entrée en vigueur de la Cour africaine est un grand pas... envers lequel le scepticisme est de mise pour l'instant. On ne peut que souhaiter que la Charte soit appliquée, par une Cour qui doit trouver ses marques.

Finalement, l'individu possède une véritable capacité processuelle régionale en matière de droits de l'homme : il peut déclencher une procédure de contrôle du respect de ses droits, qui met en œuvre son droit à réparation. Sa capacité progresse sur deux éléments : d'une part, ses possibilités de saisir un organe juridictionnel évoluent. D'autre part, les droits qu'il peut invoquer s'enrichissent au fur et à mesure que les conventions régionales sont complétées par des protocoles.

## 2. L'accès de l'individu à la juridiction de l'Union européenne<sup>1723</sup>

La capacité individuelle de saisine de la CJCE est relativement diversifiée, bien qu'on en souligne encore les limites. Ainsi, comme on l'a évoqué, l'article 230 du traité communautaire (TCE) lui permet d'effectuer un recours en annulation d'un acte communautaire dont il est destinataire. En revanche, les possibilités de recours à l'encontre d'un acte de portée générale sont restreintes : l'acte doit concerner l'individu requérant "directement et individuellement". Or, *“si la jurisprudence a longtemps été restrictive quant à la recevabilité de ces requêtes, elle a progressivement admis un certain nombre d'atténuations qui pourraient connaître un élargissement brutal”*, du à un arrêt du Tribunal de Première Instance (TPICE) du 3 mai 2002, Jégo-Quéré c. Commission<sup>1724</sup>. En l'espèce, une société de pêche exerçait un recours en annulation contre un règlement communautaire restreignant certaines conditions de pêche et conduisant la société à

<sup>1721</sup> Ainsi, S. Kowouvi estime que cela peut conduire à un enrichissement du droit africain. Cependant, le recours à d'autres normes, pourrait entraîner *“dilution trop précoce du contenu matériel de la Charte. Il faudra éviter par exemple que sous le prétexte d'appliquer un autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme, la Cour n'importe des concepts étrangers qui résultent d'interprétations jurisprudentielles sans exercer sur ces derniers la "tropicalisation" nécessaire...”* : “La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de "spécificité africaine" en matière de droits de l'homme”, *op.cit.* p. 776. Pour un appel à conserver une spécificité africaine dans l'interprétation des textes par les organes africains, voir A.D. Olinga, “Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européens et interaméricain de garantie des droits de l'homme”, *RTDH* 2005-1, pp. 499-537.

<sup>1722</sup> R.M.K. Koudé, “Peut-on, à bon droit, parler d'une conception africaine des droits de l'homme ?”, *RTDH* 2005-1, p. 450.

<sup>1723</sup> Sur l'accès des individus aux recours communautaires, voir surtout P. Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2002, 1045 p.

<sup>1724</sup> P. Daillier, A. Pellet, *op.cit.*, p. 699.

limiter son activité. La jurisprudence traditionnelle exigeant que l'acte attaqué concerne directement et individuellement l'individu, le recours de ce dernier contre un acte de portée générale est difficilement recevable. Or, le Tribunal de Première Instance (TPICE) a jugé que le caractère strict de l'interprétation traditionnelle de l'article 230 TCE ne permet pas de garantir un accès effectif au recours juridictionnel, tel que défini par les articles 6 et 13 de la CEDH. La société avait fait valoir qu'elle était dépourvue de recours internes, puisque le règlement n'avait pas fait l'objet de mesures individuelles d'application en droit interne. Demander l'annulation du règlement était ainsi hors de sa portée. Cependant, le Tribunal élargit les critères : le requérant doit simplement établir que l'acte attaqué affecte sa situation juridique, en lui conférant indirectement des droits ou en lui imposant des obligations. On peut ainsi constater ici que, par la reconnaissance d'un intérêt à agir, l'individu se voit conférer une qualité pour agir. Par la suite, la Commission a effectué un pourvoi contre cette décision. Elle argue notamment du fait que l'interprétation du TPICE est si large qu'elle conduit à confondre le droit à un recours effectif avec un droit général de recours direct des particuliers dans le contentieux de l'annulation des actes à portée générale. Cela constitue, selon elle, un abandon illicite du critère du destinataire. Pourtant, l'avocat général Jacobs reconnaît les difficultés de contester un règlement communautaire ; également avocat général devant le TPICE, c'est lui qui avait incité le tribunal à faire évoluer l'interprétation de l'article 230 du traité pour élargir les conditions de recevabilité. Cependant, ses conclusions devant la CJCE reposent sur le fait que l'article 230 du traité prévoit directement les conditions de recevabilité du recours individuel : il n'est pas du ressort du juge de les modifier, seul le pouvoir constituant disposant de cette faculté.

L'évolution n'aura pas lieu du fait des juridictions communautaires. En effet, par son arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, la CJCE est revenue sur cette interprétation large des conditions de recevabilité du recours en annulation. Après avoir rappelé l'existence de différents recours ouverts aux individus, elle estime qu'il incombe aux Etats membres de prévoir des systèmes de recours permettant d'assurer effectivement le droit individuel. La Cour renvoie ainsi à la possibilité pour le requérant de demander à l'Etat d'édicter un acte individuel qui serait alors contestable devant les juridictions nationales : en cas de refus, la décision implicite de rejet peut être déférée au juge interne. En cas d'accord, le particulier peut exciper de l'illégalité de la mesure au regard du règlement communautaire. Réaffirmant son interprétation restrictive du lien "direct et individuel" exigé par l'article 230, la CJCE considère que le TPICE a commis une erreur de droit. Dès lors, *“un recours en annulation devant le juge communautaire ne saurait être ouvert à un particulier attaquant un acte de portée générale tel qu'un règlement ne l'individualisant*

*pas d'une manière analogue à celle d'un destinataire*"<sup>1725</sup>. En raison du défaut de qualité pour agir, l'intérêt de l'individu n'est pas étudié et le droit à l'action n'est pas constitué.

Le retour à une interprétation restrictive des conditions de recours individuel, par l'arrêt de 2004, n'est pas une surprise. En effet, d'autres arrêts rendus entre-temps l'avaient annoncé. Ainsi, dans un arrêt de la CJCE, UPA c. Conseil, du 25 juillet 2002, la Cour avait réaffirmé sa volonté de restreindre la recevabilité des recours individuels<sup>1726</sup>. Dans cette affaire, le TPICE avait également rejeté la requête, non sans considérer que le recours en annulation avait pour objectif "*notamment d'éviter que, par le simple choix de la forme d'un règlement, les institutions communautaires puissent exclure le recours d'un particulier contre une décision qui le concerne directement et individuellement*"<sup>1727</sup>. Plusieurs raisons sont invoquées pour justifier l'attitude conservatrice de la juridiction communautaire. Sont ainsi avancées la volonté de la Cour d'asseoir son autorité sur le tribunal, et surtout une conception dépassée de la sauvegarde de l'intérêt général de la Communauté, qui exige de protéger les choix de politique économique de l'Union. Selon R. Mehdi, "*cette appréhension des impératifs de l'intégration ne paraît plus adaptée aux réalités des temps présents, aussi bien dans le champ du contentieux de la responsabilité que dans celui de la légalité*"<sup>1728</sup>. Une troisième raison réside dans la "crainte d'une submersion du système juridictionnel", que l'auteur qualifie de "*peur largement fantasmatique*"<sup>1729</sup>. Bien que le commentaire porte sur une affaire différente, il est tout à fait applicable à celle de 2004, qui ne constitue que le prolongement d'un refus de revirement jurisprudentiel.

Dès lors, à l'heure actuelle, l'individu doit plutôt passer par la voie du recours de pleine juridiction (article 229 TCE) pour mettre en œuvre un droit à réparation, ce qui n'est pas totalement satisfaisant : l'acte dommageable, même illicite, reste en place<sup>1730</sup>. Cependant, on ne peut nier que le système juridique communautaire reconnaît une large capacité processuelle à l'individu, qui possède plusieurs moyens de recours. En outre, le texte du traité sur la Constitution européenne signé le 29 octobre 2004 à Rome comporte une disposition qui montre clairement que le "constituant" européen a entendu l'appel des juridictions. En effet, alors que le projet rédigé en 2003 ne le mentionnait pas, le texte final contient un article 365, dont l'alinéa 4 dispose que "*toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux paragraphes 1 et 2, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement,*

<sup>1725</sup> CJCE, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, *Jégo-Quéré*, affaire C-263/02P, texte intégral disponible sur [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)

<sup>1726</sup> R. Mehdi, "La recevabilité des recours formés par les personnes physiques ou morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu...", *RTDE* 2003-1, pp. 23-50.

<sup>1727</sup> TPICE, 23 novembre 1999, *Union de Pequenos Agricultores (UPA) c. Conseil*, affaire T-173/98, § 34.

<sup>1728</sup> R. Mehdi, "La recevabilité des recours formés par les personnes physiques ou morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu...", *op.cit.*, p. 47.

<sup>1729</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>1730</sup> L'article 232 du traité lui autorise aussi un recours en carence lorsqu'une institution communautaire a violé son obligation de notifier une décision individuelle.

*ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution*"<sup>1731</sup>. Le recours en annulation pourrait donc être possible contre un acte de portée générale, dans le respect du principe de subsidiarité : ce n'est qu'en l'absence de mesures d'exécution, qui doivent être attaquées devant les juridictions internes, que l'individu pourra saisir la juridiction communautaire. Or, le règlement communautaire, directement applicable, ne nécessite pas, en principe, de telles mesures.

Ainsi, même au sein des systèmes juridictionnels les plus perfectionnés, la capacité processuelle de l'individu ne cesse de s'accroître. De façon générale, l'extension du domaine des droits matériels conférés à l'individu, la multiplication des juridictions internationales, et l'élargissement de leurs compétences, sont trois facteurs de renforcement de la capacité d'agir de l'individu dans l'ordre juridique international. En outre, droit communautaire et droits de l'homme ne sont pas les seules sources de cette capacité active.

***B. L'individu devant des juridictions arbitrales : l'internationalisation du droit économique.***

Si le droit international des droits de l'homme contribue largement au développement du contentieux international impliquant l'individu, il est loin d'être le seul domaine dans ce cas. En effet, le droit international économique offre des perspectives considérables. Les polémiques sur l'autonomie de ces deux "branches" du droit, par rapport au droit international général, ont été vives. Nombre d'auteurs ont considéré qu'elles devaient en être dissociées, notamment en raison de la place importante reconnue aux particuliers. Or, bien que cela ne soit pas l'objet des présents développements, on peut néanmoins contester cette volonté de mettre à part deux domaines qui appartiennent bien au droit international. A travers l'institution classique de la protection diplomatique, par exemple, on a pu constater les interactions permanentes entre les droits matériels de différents domaines, ainsi qu'entre leurs techniques de mise en œuvre, loin d'être étrangères les unes aux autres. Dès lors, on ne peut plus nier l'intérêt d'étudier le règlement juridictionnel de différends économiques pour analyser le développement global du contentieux international. Le contentieux économique a ceci de particulier qu'il fait intervenir non seulement l'Etat, mais aussi personnes physiques et morales, individus et entreprises, associations, lobbies, et

---

<sup>1731</sup> De façon générale, la compétence de la CJCE est étendue par l'article 365-1 : *“La Cour de Justice de l'Union européenne contrôle la légalité des lois et lois-cadres européennes, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque Centrale Européenne, autres que les recommandations et avis, ainsi que des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union de nature à produire des effets juridiques à l'égard des tiers”* : pour ces derniers, l'alinéa 5 précise que les actes créant ces organes peuvent prévoir des modalités particulières concernant les recours des personnes physiques, sans davantage préciser lesquelles.

ONG<sup>1732</sup>. En outre, il est un domaine privilégié du mode arbitral de règlement des différends<sup>1733</sup>.

Le règlement de différends économiques entre Etats et individus est loin d'être un phénomène récent. Cependant, on réfute souvent le caractère international de la source des droits que l'individu détient et fait valoir. Dès lors, si les droits substantiels de l'individu ne sont pas internationaux, la capacité processuelle de les faire valoir ne peut être rattachée au droit international. On peut pourtant, aujourd'hui, soutenir la position opposée. En effet, le règlement des différends économiques entre Etats et individus peut véritablement être inclus dans l'ordre juridique international (1). L'affirmation se vérifie en outre à travers l'évolution contemporaine des droits individuels en matière économique. Ils ne trouvent plus uniquement leur origine dans un simple contrat passé entre un investisseur et un Etat : les traités, bilatéraux et multilatéraux, se développent, et confèrent des droits à l'individu, qu'il peut faire valoir devant un organe international : la pratique du CIRDI est ici tout à fait illustrative (2).

#### 1. Les différends économiques entre Etats et personnes privées : un règlement appartenant à l'ordre juridique international

L'arbitrage international est le principal moyen de règlement d'un différend économique, qu'il oppose des Etats, ou un Etat et une personne privée. Cependant, on distingue traditionnellement l'arbitrage international interétatique de l'arbitrage transnational : pour le premier, la définition donnée en 1899 dans la Convention de la Haye précise qu'il “*a pour objet le règlement des litiges entre les Etats par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit*”<sup>1734</sup>. Pour le second, on peut considérer que “*le contentieux arbitral transétatique est celui qui, opposant un Etat et un particulier, donne lieu à un règlement sur la base du droit international, par un organe institué par traité mais auquel les deux litigants ont un égal accès en tant que parties*”<sup>1735</sup>. Or, l'appellation d'arbitrage "transnational" révèle parfois une certaine négation du caractère international de la capacité processuelle de la personne privée. En effet, lorsque l'origine du différend porte sur un contrat conclu entre l'Etat et une entreprise étrangère, qui comporte une clause d'arbitrage, on va considérer qu'il ne s'agit pas d'un contentieux international. Ces formes particulières

<sup>1732</sup> Si l'étude de l'action directe de la personne privée dans le contentieux économique est surtout pertinente pour analyser la capacité internationale des personnes morales, elle l'est aussi pour les personnes physiques. S'agissant de réparer des atteintes à la propriété, ou de régler des litiges contractuels, personnes physiques et morales sont concernées : l'actionnaire d'une société, par exemple, est une personne physique, distincte de la personne morale qu'est la société elle-même.

<sup>1733</sup> Cependant, l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de l'OMC occupe désormais une large place dans le contentieux international économique. On a toutefois souligné sa vocation exclusivement interétatique. Il ne sera donc pas évoqué ici, et l'accent sera porté sur le domaine matériel des investissements plutôt que sur celui du commerce.

<sup>1734</sup> Voir P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 868.

<sup>1735</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, 4<sup>ème</sup> édition, p. 603.

d'arbitrage “*ne trouvent pas leur base dans le droit international public mais dans le contrat lui-même*”<sup>1736</sup>. C'est le problème posé par les contrats d'Etats : la question de l'appartenance de ces relations juridiques au droit international public reste controversée, dès lors qu'on entre dans le domaine intermédiaire du droit transnational (tout comme certains crimes individuels peuvent être considérés comme appartenant au droit pénal international). C'est pourquoi certains auteurs préfèrent ainsi l'appellation "arbitrage mixte" à celle d'arbitrage transnational ou transétatique. C'est ainsi le cas de Ch. Leben, qui défend vigoureusement l'appartenance des contrats d'Etats au droit international<sup>1737</sup>. Pour lui, “*...la simple logique est de concevoir le contrat d'Etat comme un contrat situé dans l'ordre juridique international*”<sup>1738</sup>.

Deux phénomènes importants paraissent en effet contribuer à justifier cette affirmation. D'une part, la tendance à l'institutionnalisation est, là encore, favorable à l'établissement d'organes internationaux destinés au règlement des différends<sup>1739</sup>. Ainsi, le système instauré par la Convention CIRDI de 1965 compte aujourd'hui 139 Etats membres, y compris de nombreux pays en développement traditionnellement hostiles à l'arbitrage international. Ainsi, comme le souligne Ch. Leben, “*la jurisprudence des tribunaux CIRDI va confirmer et même banaliser le recours au droit international pour trancher des litiges contractuels...*”<sup>1740</sup>. D'autre part, phénomène plus important encore, les relations économiques, notamment en matière d'investissement, font l'objet d'une conventionnalisation accrue. Dès lors, les relations entre l'Etat et les investisseurs étrangers ne sont plus régies par des contrats, mais par des traités, interétatiques, bilatéraux ou multilatéraux. Or, les tribunaux arbitraux prennent acte de ce phénomène de conventionnalisation, et reconnaissent désormais la capacité d'une personne privée à attirer un Etat devant un tribunal, même en l'absence de contrat les liant. Cette nouvelle forme de capacité est relativement récente. Ainsi, en 1990, des arbitres “*ont admis pour la première fois qu'une personne privée pouvait se fonder sur un traité bilatéral d'investissement pour engager une procédure arbitrale contre un Etat en dehors d'une clause*

<sup>1736</sup> J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op.cit.*, 4<sup>ème</sup> édition, p. 604.

<sup>1737</sup> Ch. Leben, “La théorie des contrats d'Etat et l'évolution du droit international des investissements”, *RCADI* 2003, vol. 302, pp. 197-386, notamment p. 218. L'auteur élabore également une défense vigoureuse du statut de l'individu comme sujet de droit international, pp. 302-308.

<sup>1738</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>1739</sup> On peut évoquer rapidement la Cour Permanente d'Arbitrage, créée par la Convention de La Haye de 1907. Cependant, ce n'est en réalité pas une Cour, ni même un organe permanent, mais une simple liste d'arbitres internationaux choisis par les Etats. Elle n'a qu'un rôle peu important, rarement utilisé. Voir H. Jonkman, “The role of the PCA in International Dispute Resolution”, *RCADI* 1999, vol. 279, pp. 9-50. L'auteur constate que depuis quelques années, l'institution a été réformée pour davantage d'efficacité. Ainsi, depuis 1990, le règlement de la "Cour" a été modifié plusieurs fois, notamment pour moderniser la procédure et contribuer davantage à la participation des personnes privées.

<sup>1740</sup> Ch. Leben, “La théorie des contrats d'Etat et l'évolution du droit international des investissements”, *op.cit.*, p. 278. Il réaffirme plus loin que “*ce qu'il faut retenir, au bout du compte, c'est que l'engagement de l'Etat dans un contrat soumis à un tribunal arbitral du CIRDI est, la plupart du temps, régi en dernière instance par le droit international...*”(p. 294).

*compromissoire ou d'un compromis*"<sup>1741</sup>. Par conséquent, "on est bien dans le cas de figure de l'individu qui se réclame des droits qu'il tire d'un instrument international, ici le traité, qui attrait l'Etat devant une juridiction que l'on peut dire internationale, au moins dans le cadre du CIRDP"<sup>1742</sup>.

Cette conventionnalisation des droits que l'investisseur, personne physique ou morale, fait valoir, entraîne une conséquence fondamentale sur la physionomie de l'arbitrage international "mixte" : le consensualisme traditionnel, qui impose l'accord des parties à l'arbitrage, est battu en brèche. L'individu n'étant pas partie au traité, il peut ainsi obliger l'Etat à se soumettre à l'arbitrage. On pourrait alors considérer que l'Etat, en ratifiant le traité, donne son consentement de manière anticipée aux arbitrages futurs. La personne privée, quant à elle, exprime son consentement lorsqu'elle dépose la requête d'arbitrage (en pratique, aucune affaire, au CIRDI, n'est déclenchée par un Etat). Ainsi, le fondement de cette nouvelle forme d'arbitrage conserve, de manière relative, l'exigence du consentement. En effet, dans l'hypothèse inverse où c'est l'Etat qui tenterait une action contre un investisseur, la jurisprudence semble rejeter l'arbitrage forcé<sup>1743</sup>. La doctrine récente utilise néanmoins l'expression "d'arbitrage transnational unilatéral", car il est déclenché uniquement par la personne privée<sup>1744</sup>.

Ainsi, non seulement les personnes privées se voient reconnaître davantage de droits substantiels par le biais des traités de protection des échanges et des investissements, mais leur capacité processuelle est considérablement accrue. En outre, si les années 1990 ont vu évoluer le droit des investissements de la contractualisation à la conventionnalisation, ce mouvement se renforce encore aujourd'hui. En effet, on passe également d'une bilatéralisation à une multilatéralisation des traités en la

---

<sup>1741</sup> W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat – investisseur : regards sur les traités et projets récents", *JDI* 2004-2, pp. 419-441. Il s'agit d'une sentence CIRDI *AAPL c. Sri Lanka*, 21 juin 1990, *JDI* 1992, p. 217, observ. E. Gaillard.

<sup>1742</sup> Ch. Leben, "La théorie des contrats d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *op.cit.*, p. 309.

<sup>1743</sup> Voir F. Horchani, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", *JDI* 2004-2, p. 407-408. Voir également B. Stern, "Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 2000-3, pp. 403-427. L'arbitrage commercial international, entre deux opérateurs privés, conserve l'exigence d'un consentement des deux parties. Une décision de la Cour d'appel de Paris de 1999 a ainsi sanctionné une sentence arbitrale de 1997 ayant contrevenu à cette règle. Ainsi, qu'il s'agisse d'arbitrage commercial ou d'arbitrage CIRDI, le consentement de la personne privée est toujours requis. Si les traités du domaine confèrent des droits aux personnes privées, et impliquent le consentement étatique à l'arbitrage, ils ne posent aucune obligation individuelle de se soumettre à l'arbitrage.

<sup>1744</sup> Voir W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse Paris II, 2003. L'auteur traduit ainsi l'expression "arbitration without privity", utilisée par J. Paulsson en 1995, in "Arbitration without privity", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232.

matière <sup>1745</sup>. Ainsi, deux conventions multilatérales récentes impliquent un règlement des différends par voie d'arbitrage CIRDI : il s'agit de celle instaurant l'ALENA (Accord de Libre-Echange Nord-Américain) signée le 17 décembre 1992 et entrée en vigueur en 1994, ainsi que le traité relatif à la Charte de l'Energie de 1994 (entré en vigueur en 1998). Or, les demandes d'arbitrages fondées sur ces traités commencent à parvenir devant les tribunaux arbitraux du CIRDI. Dès lors, on peut constater, à travers leur pratique, l'évolution de la capacité processuelle internationale des individus.

## 2. De la contractualisation à la conventionnalisation des droits individuels : la pratique du CIRDI

On a déjà évoqué le fait que, dans le système du CIRDI, les Etats parties à la Convention renoncent à l'exercice de la protection diplomatique <sup>1746</sup>. Parallèlement, la Convention de Washington accorde un droit de recours direct à l'arbitrage aux personnes privées, physiques et morales <sup>1747</sup>. Dès lors, la subsidiarité du règlement international du différend, envisagée dans d'autres domaines, n'a pas cours ici. Le rapport entre personne privée et Etat peut être directement international. En outre, la physionomie de l'arbitrage transnational unilatéral implique que l'arbitrage dépend quasiment de la seule volonté du particulier. La force de cette capacité processuelle est considérable. La pratique du CIRDI confirme la réalité de la conventionnalisation des droits procéduraux individuels. Ainsi, E. Gaillard expose que “*dans l'ensemble des affaires introduites en 2004, les traités de protection des investissements continuent de constituer le principal fondement des demandes*” au détriment des conventions d'arbitrage classiques <sup>1748</sup>. Outre les traités bilatéraux de protection des investissements (TBI), la jurisprudence arbitrale a commencé à connaître des différends relatifs aux deux conventions multilatérales citées.

Le Chapitre XI de l'ALENA, qui porte spécifiquement sur l'investissement, offre ainsi un recours à l'arbitrage aux individus, fondé sur les obligations

---

<sup>1745</sup> Sur cette évolution, voir P. Juillard, “L'évolution des sources du droit des investissements”, *RCADI* 1994, vol. 250, pp. 9-216. Après avoir constaté, dans une première partie, que le droit des investissements a évolué du droit interne vers le droit international, l'auteur analyse en seconde partie le passage du bilatéralisme au multilatéralisme conventionnel.

<sup>1746</sup> Article 27 de la Convention de Washington, cité note 1286, p. 514.

<sup>1747</sup> L'article 25 de la Convention régit la compétence du Centre pour les différends juridiques entre un Etat et le ressortissant d'un autre Etat. Le second paragraphe de l'article dispose que par “ressortissant d'un autre Etat”, il faut entendre toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend, ainsi que toute personne morale étant également considérée comme national d'un Etat.

<sup>1748</sup> E. Gaillard, “Chronique de jurisprudence du CIRDI”, *JDI* 2005-1, p. 135.

conventionnelles imposées par ce chapitre à l'Etat d'accueil de l'investissement<sup>1749</sup>. Le principe dégagé par la jurisprudence quant aux traités bilatéraux est ainsi étendu à l'ALENA : en 1999, la première sentence arbitrale appliquant le Chapitre XI de l'ALENA a été rendue<sup>1750</sup>. *“C'est également la première affaire qui concerne les mécanismes de recours individuels organisés par un traité multilatéral en matière d'échanges et d'investissements”*, signale P. Weckel<sup>1751</sup>. On quitte ainsi le domaine strict de l'arbitrage transnational impliquant des litiges contractuels, pour entrer dans le champ d'un recours fondé sur un traité multilatéral, qui impose des obligations à l'Etat et confère des droits aux particuliers. La doctrine, unanime, remarque que *“le traité ALENA va plus loin dans l'affirmation d'une certaine personnalité internationale de l'investisseur protégé dans la mesure où ce dernier semble détenir seul le droit de déclencher une procédure arbitrale à l'encontre des Etats”*<sup>1752</sup>. Ainsi, E. Gaillard rappelle que l'ALENA aménage une compétence du CIRDI uniquement pour violation du chapitre XI : cela interdit à l'Etat attaqué d'arguer d'une violation d'une obligation contractuelle par la personne privée. Dès lors, *“les traités rédigés sur ce modèle accusent le caractère unilatéral du droit de saisir les arbitres internationaux d'une réclamation. La clause est en effet de nature à faire obstacle à ce que les Etats défendeurs puissent se prévaloir, sous forme de demande reconventionnelle devant les mêmes arbitres, autrement que pour en tirer un effet d'excuse absolutoire, des violations par l'investisseur de ses propres obligations qui résultent généralement d'engagements de nature contractuelle”*<sup>1753</sup>.

Plus récemment encore, c'est le traité relatif à la Charte de l'Energie (traité ECT) qui a donné lieu à un arbitrage CIRDI. Ce traité confère, par son article 26, un droit de

---

<sup>1749</sup> Le Chapitre XI comporte deux sections : la section A (articles 1101 à 1114) contient les normes établissant les obligations substantielles des Etats en matière de protection des investissements. Ainsi, l'article 1102 leur impose d'accorder le bénéfice du traitement national aux investisseurs étrangers ; l'article suivant prévoit l'application de la clause de la nation la plus favorisée (NPF). On trouve également une réglementation des conditions d'expropriation et d'indemnisation (article 1110). La Section B (articles 1115 à 1138), quant à elle, est relative aux normes secondaires régissant le "règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie". Un investisseur peut ainsi déposer une plainte en son nom propre (article 1116) ou au nom d'une entreprise (article 1117). Les conditions du consentement des parties à l'arbitrage sont ensuite détaillées. Les consentements de l'investisseur et de l'entreprise sont exigés par écrit, ainsi que leur renoncement à toute autre procédure (notamment interne) de règlement des différends (article 1121). L'article 1122 précise également que chacune des parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage conformément aux modalités prévues par le traité.

<sup>1750</sup> 1<sup>er</sup> novembre 1999, *Robert Azinian et consorts c. Mexique*, voir P. Weckel, “Chronique de jurisprudence internationale”, *RGDIP* 2000-4, pp. 1045-1050.

<sup>1751</sup> *Ibid.*, p. 1046.

<sup>1752</sup> F. Horchani, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", *JDI* 2004-2, *op.cit.*, p. 405.

<sup>1753</sup> E. Gaillard, “Chronique de jurisprudence du CIRDI”, *JDI* 2005-1, p. 207.

recours individuel à l'arbitrage CIRDI <sup>1754</sup>. Comme dans le système de l'ALENA, la compétence *ratione materiae* du tribunal s'exerce sur les obligations étatiques imposées par le traité dans une certaine mesure : celle de la partie III de la Charte, relative à la "promotion et protection des investissements" <sup>1755</sup>. Comme le souligne P. Weckel, "aussi, tous les désagréments subis par un investisseur étranger dans ses rapports avec l'Etat ne peuvent-ils pas être portés devant la juridiction internationale" <sup>1756</sup>.

L'une des premières sentences arbitrales fondées sur le traité a ainsi permis de préciser le champ d'application de ce recours individuel. Rendue le 8 février 2005, il s'agit d'une décision sur la recevabilité de la requête de Plama Consortium Limited (PCL) contre la République de Bulgarie, exercée sur le fondement de l'article 26 du traité <sup>1757</sup>. En l'espèce, la société est constituée selon le droit chypriote, exerce ses activités en Bulgarie, et est contrôlée par une personne physique de nationalité française. La principale exception d'irrecevabilité soulevée par l'Etat défendeur va conduire les arbitres à interpréter l'article 26 du traité, dans ses rapports avec certaines exceptions prévues par l'article 17.1. Celui-ci permet aux Etats de refuser le bénéfice de la partie III du traité, lorsque la société est détenue ou contrôlée par des ressortissants d'Etats tiers non parties à la Charte, et lorsqu'elle n'exerce pas d'activités substantielles

---

<sup>1754</sup> L'article 26 de la Charte, très détaillé, comporte des dispositions similaires à celles de la section B du traité de l'ALENA. Voir F. Poirat, "L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédure de règlement des différends et statut des personnes privées", *RGDIP* 1998-1, pp. 45-84. L'auteur effectue un parallèle entre la capacité internationale de l'investisseur et la capacité individuelle dans le cadre de la protection des droits de l'homme, et constate que la première est plus perfectionnée, d'autant qu'elle est directement internationale. En effet, le critère de l'épuisement des recours internes n'est pas requis pour accéder à l'arbitrage CIRDI. "L'instrument conventionnel offre ainsi à la personne privée un accès direct à l'instance juridictionnelle internationale, sans médiation préalable par les organes internes de l'Etat dont le requérant se prétend victime, à l'inverse de la solution communément adoptée en matière de protection des droits de l'homme" (p. 79). Par conséquent, "si l'on admet que la technique de l'épuisement des voies de recours internes se présente comme un compromis entre cet accès direct et immédiat à l'instance internationale, et la médiation de la protection diplomatique exercée par l'Etat dont la victime est le ressortissant, force est de constater que le régime posé par le Traité relatif à la Charte de l'énergie est plus achevé" (p. 80).

<sup>1755</sup> de façon schématique, on peut constater que la Partie III (articles 10 à 17) contient les éléments essentiels déjà relevés dans le traité ALENA, tels que traitement national et clause NPF. L'article 26, quant à lui, figure dans la partie V, relative au règlement des différends.

<sup>1756</sup> P. Weckel, "Chronique de jurisprudence internationale", *RGDIP* 2000-4, p. 1047.

<sup>1757</sup> La première sentence n'a pas été rendue dans le cadre du système CIRDI, mais par un tribunal arbitral suédois de la CCI. CIRDI, *Plama Consortium Limited (PCL) c. République de Bulgarie*, décision sur la recevabilité, 8 février 2005. En l'espèce, "the Claimant seek an award of damages for breaches of the treaties and compensation for expropriation" (p. 8 de la sentence). En effet, la requérante ne s'appuie pas seulement sur le traité ECT, mais tente également d'invoquer un accord bilatéral relatif à la nation la plus favorisée, conclu entre Chypre et la Bulgarie. Cependant, ces accords ne prévoyant pas la compétence du CIRDI, l'argument est jugé irrecevable.

dans l'Etat partie sous l'empire duquel elle est constituée<sup>1758</sup>. La Bulgarie, constatant que la société n'exerce pas d'activité substantielle à Chypre, Etat du droit sous l'empire duquel elle est constituée, estime ainsi que cet article 17 lui permet de nier le droit à l'arbitrage de l'article 26. A l'opposé, PCL fait valoir que l'exception de l'article 17 ne peut être appliquée, car la société est "détenue et contrôlée" par un ressortissant français : or, la France est partie au traité ECT. Les arbitres devront alors interpréter, d'une part, l'effet de l'article 17 sur le droit au recours individuel, d'autre part de quelle façon s'articulent, en l'espèce, les deux exceptions prévues par l'article 17. Cependant, si la sentence relative à la recevabilité répond sur le premier point, elle décide de reporter l'examen du second à l'étude du fond. Ainsi, la sentence affirme que "*the object and purpose of the ECT, in the tribunal's view, clearly requires Article 26 to be unaffected by the operation of Article 17(1)*"<sup>1759</sup>. On peut y voir une interprétation téléologique de l'article 26, dont l'objet est de protéger tous les investisseurs. Le tribunal lui fait ainsi produire un effet utile, et rejette l'exception d'irrecevabilité fondée sur l'article 17, estimant qu'il n'est pas "*a jurisdictional issue*"<sup>1760</sup>. Enfin, il faut surtout souligner que les conclusions du tribunal quant à la recevabilité d'une requête fondée sur l'article 26 du traité ECT sont significatives de l'opinion des arbitres quant à la personnalité juridique internationale des investisseurs, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales : ils affirment ainsi que "*Article 26 ECT provides to a covered investor an almost unprecedented remedy for its claim against a host state...By any standards, Article 26 is a very important feature of the ECT which is itself a very significant treaty for investors, making another step in their **transition from objects to subjects of international law***"<sup>1761</sup>.

<sup>1758</sup> Article 17, "Non application de la partie III dans certaines circonstances" : "*Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie : 1. A toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la Partie contractante dans laquelle elle est constituée*". L'ALENA comporte une disposition similaire à l'article 1113.2 inclus dans le Chapitre XI. Ainsi, "*sous réserve de notification et de consultation préalable*", l'Etat peut également refuser d'accorder aux investisseurs les avantages prévus dans ce Chapitre.

<sup>1759</sup> *Plama Consortium Limited (PCL) c. République de Bulgarie, op.cit.*, p. 46.

<sup>1760</sup> *Ibid.*, p. 57. Les conclusions de la décision sont les suivantes :

"A. *As to the jurisdictional issue with respect to the ECT :*

1. *Under article 26 ECT and the ICSID Convention, the Tribunal has jurisdiction to decide on the merits the Claimant's claims against the Respondant for alleged breaches of Part III of the ECT.*

2. *Article 17(1) ECT has no relevance to the Tribunal's jurisdiction to determine the Claimant's claims against the Respondent under Part III of the ECT.*

B. *As to the merits of the Respondent's case under Article 17(1) ECT :*

1. *Article 17(1) requires the contracting State to exercise its right of denial and such exercise operates with prospective effect only, as it did in this case from the Respondent's exercise by letter of 18 February 2003.*

2. *The second limb of Article 17(1) regarding "no substantial business activities" is met to the Tribunal's satisfaction in favor of the Respondent ; and*

3. *The Tribunal declines for the time being to decide the first limb of Article 17(1) regarding the Claimant's "ownership" and "control"*" (Sentence CIRDI du 8 février 2005, décision sur la recevabilité, p. 75).

<sup>1761</sup> *Ibid.*, p. 43 : c'est nous qui soulignons.

On peut ainsi conclure que, dans un mouvement de multilatéralisation des conventions accordant des droits de recours aux personnes privées, le droit économique contribue largement à renforcer leur capacité internationale. Or, certains auteurs vont même jusqu'à considérer que les traités relatifs à l'ALENA et à l'ECT dotent la catégorie des investisseurs, non seulement d'une capacité processuelle, mais également d'une capacité normative internationale inédite. Ainsi, pour l'ALENA, P. Weckel souligne les progrès réalisés par la seconde sentence CIRDI rendue sur le fondement du chapitre XI : dans une décision du 2 juin 2000, *Waste Management c. Mexique*, les arbitres se sont focalisés sur la nature de la requête individuelle. Celle-ci est révélatrice du pouvoir unilatéral de déclenchement d'une procédure d'arbitrage fondée sur un traité. L'auteur affirme alors que les arbitres ont fait de la requête “*une belle curiosité juridique, puisque la plainte peut être considérée comme un acte unilatéral international en raison de sa portée exceptionnelle*”<sup>1762</sup>. De même, dans le cadre du traité ECT, F. Poirat considère que “*...l'évolution du droit conventionnel dans le registre des investissements internationaux contribue très largement à faire de la personne privée, sujet de droit interne, un sujet de droit international ayant une personnalité et une capacité internationales*”<sup>1763</sup>. Détaillant les conditions du consentement à l'arbitrage, elle remarque que si le consentement étatique détermine unilatéralement la capacité au recours des individus dans le cadre des droits de l'homme, c'est bien le consentement de l'individu lui-même qui fonde son droit de saisine dans l'arbitrage. “*Certes, peut-on observer, les conséquences pratiques sont négligeables. Elles nous semblent cependant importantes au regard de la notion de sujet de droit. Alors que la logique de l'unilatéral désigne la personne privée comme le bénéficiaire du droit mais la confine dans un rôle passif quant à sa création, la logique de l'offre et de l'acceptation hisse cette personne privée au rang de co-auteur*”<sup>1764</sup>. Ce défaut d'équilibre conventionnel, qui conduit à conférer des droits aux investisseurs sans réellement les doter d'obligations, est souvent dénoncé. On y voit là un moyen de pression exorbitant des entreprises sur les gouvernements. Peut-être, en effet, les traités devraient-ils aménager non seulement les droits des personnes privées, mais également ceux des Etats. Cependant, d'un point de vue strictement juridique, on ne peut que constater l'étendue de la personnalité juridique internationale de certaines catégories d'individus. En outre, l'arbitrage CIRDI est loin d'être la seule voie de recours accroissant cette capacité internationale individuelle. En effet, d'autres organes internationaux se développent en ce sens.

<sup>1762</sup> P. Weckel, *Chronique de jurisprudence internationale*, RGDIP 2000-4, p. 1046. L'auteur affirme très clairement que “*la sentence CIRDI du 2 juin 2000 fait apparaître une personne privée comme étant dotée d'une compétence normative dans l'ordre juridique international dans des circonstances détachées de toute relation contractuelle. (...) Cette compétence normative attribuée par un traité à des personnes privées n'est pas une surprise car elle confirme simplement la qualité de sujet du droit international appartenant à l'individu dans le champ des procédures internationales qui lui sont accessibles*” (p. 1049).

<sup>1763</sup> F. Poirat, “L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédure de règlement des différends et statut des personnes privées”, *op.cit.*, p. 74.

<sup>1764</sup> *Ibid.*, p. 81.

## II. La prise en compte d'une capacité processuelle élargie de l'individu

Le droit international économique est, parallèlement au droit international pénal, un domaine où naissent nombre de moyens originaux de règlement d'un différend, par le biais d'organes hybrides. Alors que le domaine pénal associe ordre interne et ordre international dans la fonction juridictionnelle, bien des organes de nature économique ne sont pas strictement des juridictions. Cependant, ces "chimères" juridiques peuvent également permettre aux individus d'obtenir réparation de la violation de leurs droits. Le domaine économique n'est d'ailleurs pas le seul concerné, et l'on peut se demander si ces nouvelles formes de juridictions sont en voie de développement (A). En outre, hors du champ strictement juridictionnel, l'individu possède une forme de capacité accessoire, non juridictionnelle : sans déboucher sur une quelconque mise en œuvre de responsabilité, elle peut néanmoins contribuer au respect du maintien des droits de l'individu. Sa pertinence pour une réelle capacité d'agir est cependant relative (B).

### *A. Les "chimères juridiques" : phénomène en voie de développement ?*

La "chimère juridique", expression employée par P.M. Dupuy, caractérise ici l'organe international devant lequel des personnes privées peuvent réclamer le respect de droits, sans que la nature de la procédure mise en œuvre puisse véritablement être définie selon des critères traditionnels. Si l'organe n'est pas réellement une juridiction, il remplit néanmoins sa fonction "d'adjudication", c'est-à-dire de résoudre la question de savoir si une norme a été violée.

Plusieurs organes internationaux existent ainsi, qui offrent un recours direct ou quasi-direct aux individus. On peut les qualifier de chimères, en ce qu'elles ne sont pas nécessairement des juridictions au sens organique du terme. Parfois "mi-politiques, mi-juridictionnelles", elles ont chacune des caractéristiques qui leur sont propres, mais ont pour point commun la place considérable faite à l'individu. On pouvait déjà constater le caractère original de la procédure établie devant le Tribunal irano-américain des différends (1). Aujourd'hui, la Commission d'indemnisation des Nations Unies (2), ou, dans un autre registre, le Panel d'inspection de la Banque mondiale, peuvent également être cités (3).

#### 1. Le Tribunal des différends irano-américains

Créé par les accords d'Alger du 19 janvier 1981, destinés à régler les différends entre Etats-Unis et Iran nés de la révolution iranienne de 1979, son mode de création est en soi original : deux déclarations algériennes formant un traité international entre Iran et Etats-Unis, constituent un tribunal arbitral, compétent pour deux types de

différends<sup>1765</sup> : il connaît d'une part des différends interétatiques relatifs à l'interprétation et l'exécution des accords d'Alger, ainsi qu'aux différends contractuels concernant la vente ou l'achat de marchandises et de services<sup>1766</sup>. D'autre part, il est compétent pour recevoir des réclamations des ressortissants d'un Etat contre l'autre Etat, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Dans les faits, ce sont essentiellement des requêtes présentées par les ressortissants américains contre l'Etat iranien qui ont été reçues. En effet, les requêtes qui auraient éventuellement pu être exercées par les nationaux iraniens n'ont pu l'être, en raison du contrôle étatique exercé sur les entreprises iraniennes, suite aux nationalisations massives. *“En ne percevant pas à temps, lors des négociations d'Alger, les conséquences de la disposition relative au contrôle étatique en matière de recevabilité des requêtes, la partie iranienne a créé les conditions de ce déséquilibre”*<sup>1767</sup>. En outre, l'Etat iranien avait déposé une demande en interprétation des accords, destinée à obtenir du tribunal une reconnaissance de sa compétence pour les requêtes étatiques contre les particuliers américains<sup>1768</sup>. Le tribunal a rejeté cette interprétation : cependant, l'existence des demandes reconventionnelles permet aux entreprises étatiques iraniennes de faire valoir leurs droits.

Les conditions de recevabilité des requêtes de l'individu sont fondées sur sa nationalité. Les “small claims”, inférieures à 250000 dollars, devaient être introduites par les Etats, sans que cela ne soit considéré comme l'exercice d'une protection diplomatique, mais simplement comme une facilité procédurale<sup>1769</sup>. Les demandes individuelles ont ainsi porté sur des dettes, des contrats, des expropriations et autres mesures affectant les droits de propriété.

Le déroulement de l'instance respecte le principe du contradictoire et l'égalité des parties. Il est admis que le tribunal ne met pas en œuvre une procédure de protection diplomatique, bien que sa jurisprudence ait contribué au développement de principes proches, en matière de nationalité. A. Kolliopoulos relève que, en outre, le

---

<sup>1765</sup> La nature du tribunal a soulevé bien des questions : voir P. Daillier (sous la dir. de), “Tribunal irano-américain de réclamations”, première chronique, *AFDI* 1999, pp. 528-532. En effet, *“la question s'est posée de savoir si l'on pouvait encore ici le qualifier Tribunal arbitral international (au sens d'interétatique) ou s'il fallait y voir un arbitrage commercial international”* (p. 529). Aucune unanimité n'est atteinte par la doctrine. Pour M. Virally, il s'agit d'un arbitrage international de droit international public. Pour P. Fouchard, il s'agit d'un arbitrage commercial transnational. Si on peut notamment comparer le tribunal à la juridiction du CIRDI, il s'en distingue par l'absence de nécessité du consentement de l'individu.

<sup>1766</sup> Pour la synthèse des affaires interétatiques, voir P. Daillier (dir.), “Tribunal irano-américain de réclamations”, deuxième chronique, *AFDI* 2000, spécialement pp. 328-333.

<sup>1767</sup> P. Daillier (sous la dir. de), “Tribunal irano-américain de réclamations”, première chronique, *AFDI* 1999, p. 544.

<sup>1768</sup> B. Stern, “A propos d'une décision du tribunal des différends irano-américains”, *AFDI*, 1982, pp. 425-453.

<sup>1769</sup> Après avoir retardé l'examen de ces requêtes, le tribunal a finalement été dessaisi au profit d'un règlement conventionnel de ces réclamations : en 1990, les deux Etats sont parvenus à un accord d'indemnisation global. Voir P. Daillier (sous la dir. de), “Tribunal irano-américain de réclamations”, première chronique, *op.cit.*, p. 550.

tribunal ne mettrait pas en œuvre la responsabilité internationale de l'Etat défendeur. Ainsi, en refusant de considérer l'introduction de la requête individuelle par l'Etat comme une protection diplomatique, il aurait du même coup éliminé la responsabilité : *“cette conclusion...a conduit le Tribunal, par une assimilation entre la protection diplomatique et la responsabilité internationale, à exclure que cette dernière soit mise en œuvre devant lui par les réclamations des particuliers”*<sup>1770</sup>. Le tribunal s'est considéré lui-même comme une juridiction de droit privé, *“s'est assimilé à une instance de substitution des juridictions internes des deux pays”*. On peut souligner toutefois que le contexte des années 1980 est différent du nôtre, en matière de responsabilité internationale. La critique de A. Kolliopoulos est ainsi sévère : *“nier en ce cas la vraie qualité des sentences rendues, uniquement parce que les demandeurs sont des personnes privées comme le fait la jurisprudence du Tribunal sans qu'elle soit critiquée par la doctrine, ou avec l'assentiment de celle-ci, témoigne d'un attachement à la vieille doctrine quant au caractère strictement interétatique du lien de responsabilité, même quand les personnes privées ont un droit d'accès direct à une instance internationale”*<sup>1771</sup>. L'évolution théorique de la responsabilité rend inutile ce maintien classique : l'élimination du dommage, qui multilatéralise les rapports issus du lien de responsabilité, peut aussi permettre d'y inclure les individus. Pour ne pas reconnaître une capacité internationale individuelle, il est facile de contester l'internationalité de l'organe : tel était déjà l'attitude d'Anzilotti face aux TAM, qu'il qualifiait d'organes internes communs. Il n'en reste pas moins que c'est l'intérêt individuel qui détermine l'action, et son droit à réparation qui est mis en œuvre. Le tribunal effectuait ainsi l'un des premiers pas vers l'abandon de la protection diplomatique dans le règlement de différends autres que pour les investissements (de la compétence des tribunaux du CIRDI). Que l'on qualifie la procédure comme une action en représentation, comme le fait C. Santulli, ou d'action quasi-directe de l'individu, elle avait un aspect novateur du point de vue de l'action processuelle de l'individu.

## 2. La commission d'indemnisation des Nations unies

La CINU est un organe subsidiaire du Conseil de sécurité, créé en 1991 par voie unilatérale, comme les TPI. Cependant, *“dans l'esprit de ses créateurs, la Commission n'est pas une cour ni un tribunal d'arbitrage devant lesquels comparaissent les parties, c'est un organe politique qui accomplit essentiellement une fonction d'enquête consistant à examiner les réclamations, en vérifier la validité, à évaluer les pertes, à déterminer le montant des paiements et à résoudre les différends relatifs aux réclamations. C'est seulement sous ce dernier rapport qu'une fonction quasi-judiciaire peut*

<sup>1770</sup> A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 290.

<sup>1771</sup> *Ibid.*, p. 291.

*être impliquée*<sup>1772</sup>. Toutefois, la nature de la procédure n'est pas que politique : elle est aussi partiellement juridictionnelle<sup>1773</sup>. La Commission met en œuvre la responsabilité d'un Etat, pour violation de droits individuels. La grande spécificité de cette mise en œuvre est d'être effectuée par un organe centralisé, sans que le consentement de l'Etat irakien responsable ait été requis. Le fait illicite ayant déjà été établi par le Conseil de sécurité avant la constitution de la Commission, celle-ci ne se situe que sur le plan postérieur de la réparation. Ainsi, *“la présomption retenue par la résolution du Conseil de sécurité rend superflu tout effort d'argumentation juridique visant à établir que l'invasion et l'occupation du Koweït entraînent la responsabilité de l'Irak pour les pertes subies”*<sup>1774</sup>. La requête doit ainsi "simplement" prouver un lien de causalité direct entre le préjudice subi et l'invasion du Koweït. Tout autre dommage, notamment du aux mesures d'embargo, n'est pas du ressort de la CINU<sup>1775</sup>. L'indemnisation des personnes (physiques et morales) est financée par un Fonds d'indemnisation alimenté par les recettes du pétrole irakien. On peut ainsi considérer que *“...pour la première fois dans l'histoire des mécanismes de réparation des réclamations dans un cadre multilatéral, la priorité a été accordée à la réparation de préjudices individuels avant ceux résultant des relations d'affaire ou ceux qui ont été subis par les Etats ou les organisations internationales”*<sup>1776</sup>. Cependant, elle protège fortement les droits des personnes morales : elles seules sont autorisées à présenter directement une requête à la CINU, si leur gouvernement refuse de le faire. De la même façon que pour le tribunal irano-américain, les requêtes individuelles sont formellement présentées par les

<sup>1772</sup> L. Bouony, “Regard sur la Commission d'indemnisation des Nations Unies”, *AFDI* 1997, p. 117.

<sup>1773</sup> B. Stern, “Une procédure mi-politique, mi-juridictionnelle : le règlement des réparations dues par l'Irak à la suite de la crise du Golfe”, in Y. Daudet, *Actualité des conflits internationaux*, Colloque IEP Aix-en-Provence, vol. 2, Paris, Pedone, 1993, pp. 171-185

<sup>1774</sup> L. Bouony, “Regard sur la Commission d'indemnisation des Nations Unies”, *op.cit.*, p. 125. Voir également A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, pp. 292-298.

<sup>1775</sup> La responsabilité mise en œuvre est un intermédiaire entre une responsabilité de l'Irak pour les seuls actes irakiens d'invasion et d'occupation, et la responsabilité de l'Irak pour les actes commis par les autres Etats en réaction à l'invasion : ceux-là, classiquement, n'auraient pu être imputés à l'Etat irakien. B. Stern critique alors l'absence de prise en compte des dommages résultant de l'embargo : il n'est *“pas tout à fait logique de ne pas traiter de la même façon les réactions pacifiques et les réactions militaires”* (p. 181). Le caractère particulier de la procédure incite donc à penser qu'elle met en œuvre *“une responsabilité de l'Irak à mi-chemin de la réparation et de la punition”* (p. 183).

<sup>1776</sup> L. Bouony, “Regard sur la Commission d'indemnisation des Nations Unies”, *op.cit.*, p. 121. A. Kolliopoulos confirme l'affirmation. Il souligne que *“la socialisation de la réparation entraîne une relative dépersonnification de la responsabilité internationale, sans toutefois faire de la Commission de l'indemnisation un mécanisme de garantie sociale. Le centre d'intérêt d'un mécanisme intégré est souvent de porter remède à la victime plutôt que de sanctionner le responsable pour son agissement illicite. Le concept de responsabilité réunit deux opérations intellectuelles distinctes, “la désignation de l'auteur d'un acte et l'attribution des conséquences de celui-ci”, et il est clair que la Commission d'indemnisation met l'accent sur la deuxième, dans le but de faire indemniser la totalité des dommages liés à l'agression. Ceci se traduit par une certaine souplesse des exigences de la causalité, laquelle consiste en un relatif effacement du responsable de celle-ci : on n'essaie pas de lier le dommage à un agissement de l'agresseur mais plutôt à l'agression elle-même et à la situation qui en a résulté”*. A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 272.

Etats <sup>1777</sup> : ici encore, il ne s'agit pas pour autant de protection diplomatique, d'autant plus que la procédure n'est pas contentieuse, puisqu'il n'y a pas véritablement de parties, ni même contradictoire <sup>1778</sup>. Une fois la saisine effectuée, “*ni l'Irak ni les Etats qui ont déposé les réclamations ne participent à celle-ci [à la procédure]. Il ne s'agit pas d'un débat contradictoire mais d'un traitement des réclamations à huis clos sur la base du dossier et des pièces justificatives requises*” <sup>1779</sup>.

L'absence de saisine directe de l'individu ne doit pas pour autant être considérée comme un obstacle à sa capacité internationale, en l'espèce, mais comme une facilité de procédure. Cela ne signifie nullement que l'Etat agit pour son propre compte. En outre, l'Etat peut transmettre des réclamations de personnes présentes sur son territoire mais n'ayant pas sa nationalité. Par la suite, la commission individualise l'indemnisation, que les Etats sont obligés de reverser à la victime. Selon A. Kolliopoulos, la procédure s'apparente au *parens patriae*, dans lequel l'Etat possède un rôle fonctionnel et ne fait pas valoir un droit subjectif propre ; il est néanmoins bénéficiaire d'un intérêt objectif au rétablissement de la légalité violée <sup>1780</sup>. Ainsi, “*les personnes privées s'avèrent les véritables bénéficiaires de la procédure devant la Commission, aux dépens des Etats. Ce sont elles les titulaires des droits subjectifs violés, ainsi que du droit à exiger réparation*”...“*du coup, la dissociation entre titulaire passif d'une norme et sujet actif apte à le faire valoir sur la scène internationale tend à s'estomper...*” <sup>1781</sup>.

Cette forme d'action processuelle de l'individu, qui s'ajoute à d'autres procédures, confirme ainsi l'extension de sa capacité d'agir internationale. Ainsi, “*la place réservée par la Commission d'indemnisation aux personnes privées s'inscrit dans une évolution du droit de la responsabilité internationale, vers la reconnaissance aux personnes privées d'un intérêt à obtenir réparation si les conditions organiques de sa mise en œuvre sont réunies*” <sup>1782</sup>. Ainsi, la responsabilité mise en cause ici au bénéfice des individus ne se situe plus seulement dans le domaine des droits de l'homme, ni en droit international économique : en outre, elle est étendue au domaine du droit de la guerre. On peut alors conclure, avec

<sup>1777</sup> Comme devant le tribunal irano-américain, pour les "small claims" inférieures à 100000 dollars, les prétentions des victimes sont réunies par "paquets" et présentées par les Etats. Pour 1996, 2500000 requêtes ont été présentées par 78 gouvernements et des organisations internationales, dont 1000000 constituent les requêtes de travailleurs égyptiens : *ibid.*, p. 119. Il faut noter également que les requêtes des palestiniens ont été présentées par des institutions spécialisées telles que le PNUD ou le HCR.

<sup>1778</sup> Si l'on peut éventuellement qualifier les réclamants de "parties", en revanche l'Irak n'est pas partie à la procédure. A. Kolliopoulos constate en outre que “*l'argumentation irakienne et sa pertinence sont ignorés dans les rapports, qui dégagent parfois l'impression d'une indemnisation arbitraire*” : A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, p. 228.

<sup>1779</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>1780</sup> *Ibid.*, p. 301, “*les prérogatives de l'Etat dans le traitement des réclamations privées rappellent celles du parens patriae du droit fédéral américain, plutôt que celles de l'Etat qui exerce sa protection diplomatique*”. On pourrait alors s'interroger doublement sur la nature des requêtes de la Bosnie et de la Croatie contre la Yougoslavie, devant la CIJ, qui utilisent toutes deux l'expression de *parens patriae*. Voir *supra*, p. 509, note 1269.

<sup>1781</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>1782</sup> *Ibid.*, p. 280.

P.M. Dupuy, que “*chargée d'allouer réparation sans être une juridiction ni même, à proprement parler, un véritable organe de règlement des différends, cette institution préfigure une société internationale à la fois intégrée et élargie, dans laquelle les individus, définitivement reconnus sujets actifs du droit international, pourraient presque directement adresser leurs requêtes à un appareil centralisé pour obtenir qu'on leur rendît justice*”<sup>1783</sup>.

### 3. Le Panel d'inspection de la Banque Mondiale

Créé en 1993 par des résolutions identiques du Conseil d'administration de la BIRD et de l'Association internationale de développement, le Panel est un organe subsidiaire du Conseil d'administration de la Banque mondiale<sup>1784</sup>. Organe indépendant, fondé sur principe de participation populaire, il présente la grande originalité de placer l'individu face à une organisation internationale, et non à un Etat. Ainsi, “*the panel is conceptually almost unique : combining the possibility of access of individuals and private groups to rights under international law, with the opportunity to question the activities of international organizations*”<sup>1785</sup>. En effet, c'est l'action de la Banque qui doit être contestée, et non celle des Etats emprunteurs ; Autre forme de chimère juridique, sa nature soulève plusieurs questions : s'agit-il d'une juridiction ? tranche-t-elle un différend ? dit-elle le droit ?

Les individus y obtiennent un accès nouveau à l'action internationale, en faisant valoir des droits ou des intérêts juridiques. En effet, l'article 12 commun aux résolutions dispose que “*le panel reçoit des demandes d'inspection qui lui sont présentées par une **partie** affectée, autre qu'un individu (communauté de personnes, organisation, association, société ou autre groupe d'individus) sur le territoire de l'emprunteur, ou par le représentant local d'une telle Partie ou un autre représentant (...). La **partie lésée** doit prouver que ses **droits ou intérêts** ont été ou risquent d'être directement affectés par une action ou une omission de la Banque..., à condition que, dans tous les cas, ce non-respect ait eu ou risque d'avoir des effets matériels défavorables...*”<sup>1786</sup>. Plusieurs remarques peuvent être effectuées.

<sup>1783</sup> P.M. Dupuy, Préface de l'ouvrage de A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, vol. 114, 2001, p. ix.

<sup>1784</sup> Il est composé de 3 membres, ayant statut de fonctionnaire de la banque, mais siégeant à titre indépendant. Il est avant tout chargé de tenir compte des intérêts des populations pour les "politiques opérationnelles" de la banque, qui sont des documents régissant les conditions de préparation et de mise en œuvre des projets financés par la Banque. Voir L. Boisson de Chazournes, “Le panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international”, *RGDIP* 2001-1, pp. 145-162. L'auteur explique que ces “politiques opérationnelles” définissent le comportement de la Banque dans la conduite des opérations, mais qu'elles sont aussi très surveillées par la société civile internationale. Elles deviennent alors “*des paramètres de bonne conduite*”, règles juridiques “allant du soft au hard” (p. 150). Ces politiques deviennent finalement le droit applicable aux requêtes présentées au panel.

<sup>1785</sup> R. E. Bissel, “Recent Practice of the Inspection Panel of the World Bank”, *AJIL* 1997, vol. 91, No. 4, p. 741.

<sup>1786</sup> C'est nous qui soulignons.

D'une part, il est question de "partie", et de "partie lésée". La dimension processuelle de l'action est donc indéniable. Cependant, s'il le terme de "plainte" est parfois utilisé, il ne s'agit pas d'une procédure de nature contentieuse, mais à caractère administratif<sup>1787</sup>. Il existe bien un différend, et la recevabilité de la requête est conditionnée par la preuve de l'intérêt à agir, au regard de la lésion (ou du risque de lésion) de "droits ou intérêts". Ainsi, "*dans l'hypothèse où des représentants de populations autochtones d'un pays emprunteur estimeraient leurs intérêts lésés..., après avoir tenté d'obtenir satisfaction auprès de la Banque – étape que l'on peut qualifier d'«épuisement des moyens diplomatiques» – pour faire un parallèle avec une pratique connue en matière de règlement des différends – saisir le Panel d'inspection d'une requête pour non-application des politiques opérationnelles pertinentes, invoquant un dommage sérieux causé par cette situation*"<sup>1788</sup>. Cependant, selon L. Boisson de Chazournes, ce n'est nullement une procédure contentieuse, car elle ne met jamais en cause la responsabilité internationale de l'organisation ni celle d'un Etat<sup>1789</sup>. Elle est contredite sur ce point par R. Adjovi, qui considère qu'il y a bien une mise en cause de la responsabilité internationale de l'organisation internationale, au moins de façon implicite. Il s'appuie sur le fait que la recevabilité de la requête nécessite l'établissement d'un fait internationalement illicite. En outre, l'action menée, en pratique, peut déboucher sur l'abandon du projet contesté, voire sur une indemnisation si un dommage a déjà été causé<sup>1790</sup>. Ainsi, dans l'abandon du projet, on peut identifier la cessation de l'illicite, tandis que l'indemnisation appartient à la réparation traditionnelle. Cependant, cela ne saurait être davantage qu'une mise en cause (et non une mise en œuvre véritable) implicite, puisque le Panel n'a pas de pouvoir de décision : le rapport d'enquête rendu n'acquiert une valeur obligatoire que lorsqu'il est adopté par le Conseil d'administration<sup>1791</sup>.

D'autre part, on peut remarquer l'exclusion d'une action présentée par un seul individu. Il ne s'agit pas pour autant d'une action collective exigeant une appartenance à un groupe déterminé. Les titulaires du droit à l'action sont bien des individus en tant que tels, aucun "statut" n'étant exigé : si la procédure est ouverte aux personnes

<sup>1787</sup> Notamment par L. Boisson de Chazournes, "Le panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international", *op.cit.*, p. 151.

<sup>1788</sup> L. Boisson de Chazournes, "Le panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international", *op.cit.*, p. 151.

<sup>1789</sup> "Il n'est en aucun cas un mécanisme conduisant à la mise en cause de la responsabilité internationale de l'organisation internationale (pas plus d'ailleurs que celle des pays emprunteurs ou de leurs instances décisionnelles)" : *ibid.*, p. 160.

<sup>1790</sup> Voir R. Adjovi, "Le Panel d'inspection de la Banque Mondiale : développements récents", [www.ridi.org](http://www.ridi.org), février 2001.

<sup>1791</sup> Cela peut ainsi être comparé à la procédure d'adoption des rapports de panels au sein de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, dont on ne dénie guère, le caractère juridictionnel (sauf exception : voir notamment la position de C. Santulli, "Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD", *op.cit.* Voir *supra*, note 1594, p. 618.

morales, elle l'est également aux personnes physiques<sup>1792</sup>. Ainsi, “*les individus, bien que n'étant pas partie aux relations contractuelles de la Banque avec ses emprunteurs, se voient donc offrir la possibilité de faire valoir leurs intérêts au cas où les politiques opérationnelles – des documents d'ordre interne de la Banque – n'auraient pas été respectées*”<sup>1793</sup>. Il faut souligner que le rôle procédural de l'individu est limité, une fois la demande d'enquête présentée. En effet, “*une fois la requête déposée, les particuliers ne sont plus partie prenante à la procédure*”<sup>1794</sup>. En revanche, ils sont informés et peuvent inversement transmettre des informations au Panel, qui peut les interroger.

La nature de cette action processuelle peut être mise en perspective, au regard du raisonnement mené par A. Kolliopoulos, quant à l'inversion logique du rapport entre normes primaires et normes secondaires. En l'espèce, ne pourrait-on pas considérer, là encore, que c'est la création d'un recours individuel qui a constitué des droits substantiels pour les individus ? Quoiqu'il en soit, l'efficacité de cette nouvelle forme d'action processuelle semble être assurée, puisqu'un certain nombre de recours ont été effectués par des personnes privées. En pratique, on peut citer l'exemple d'un rapport d'enquête rendu par le Panel sur un projet de construction d'une exploitation pétrolière et d'un oléoduc, entre Tchad et Cameroun : la demande d'enquête fut effectuée par un membre du Parlement national, agissant à titre personnel et au nom de plus de 100000 habitants vivant dans la zone concernée, et donc victimes potentielles d'un préjudice. Le champ de l'enquête portait sur le respect des directives et politiques invoquées, relatives à la sauvegarde de l'environnement et de la société, à des aspects économiques, ainsi qu'à la supervision et la diffusion de l'information<sup>1795</sup>. Le Panel constate la non-conformité de l'action entreprise par la Banque, au regard des

<sup>1792</sup> Les individus ne sont pas les seuls qui peuvent effectuer une action auprès du Panel. Ainsi, les administrateurs de la Banque peuvent également lui demander de mener une enquête. “*Ils agissent alors au nom d'un intérêt collectif qui couvre à la fois les intérêts des particuliers lésés par un projet ainsi que ceux de l'institution*” : L. Boisson de Chazournes, “Le panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international”, *op.cit.*, p. 157. Bien que l'expression ne soit pas utilisée, on pourrait reconnaître ici l'*actio popularis* définie par F. Voeffray.

<sup>1793</sup> L. Boisson de Chazournes, “Le panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international”, *op.cit.*, p. 154. Deux types de “normes” de la Banque sont utilisées par le Panel : les “directives opérationnelles” (DO) et les “politiques opérationnelles” (PO). Bien qu'il s'agisse formellement de normes appartenant à l'ordre juridique interne d'une organisation internationale, on peut néanmoins les considérer, comme le fait L. Boisson de Chazournes, comme incluses dans la partie “soft” du droit international.

<sup>1794</sup> L. Boisson de Chazournes, “Le panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international”, *op.cit.*, p. 159. Toutefois, les conclusions qu'en tire l'auteur peuvent être nuancées. En effet, elle considère que “*cette pratique s'apparente à celle du recours à des amicus curiae, en vigueur dans d'autres enceintes internationales*”. Certes, l'affirmation est justifiée par l'absence de la personne dans le déroulement de la procédure. Cependant, la comparaison doit s'arrêter ici, car l'action présentée devant le Panel et celle de l'ami de la Cour ne sont pas de même nature. Ainsi, comme on le verra (*infra*, B), la procédure de l'*amicus* ne caractérise nullement l'existence d'une action processuelle, au regard des exigences de qualité et d'intérêt pour agir.

<sup>1795</sup> Rapport d'enquête du Panel d'Inspection, *Projet pétrolier et d'oléoduc*, Tchad-Cameroun, www.worldbank.org, 3 octobre 2002.

impératifs environnementaux et sociaux contenus dans les "politiques opérationnelles", sur de nombreux points : par exemple, l'absence de préparation d'une évaluation environnementale régionale étudiant de façon large et adéquate les conséquences environnementales et sociales du projet. Le rapport conclut ainsi sur la nécessité de certaines actions. Notamment, les dimensions spatiales du projet "doivent" être explicitement définies.

### ***B. Une capacité non juridictionnelle accessoire ?***

Comme on l'a répété, la capacité processuelle n'est pas nécessairement contentieuse : elle nécessite l'intervention d'un tiers qui apporte une réponse individualisée à la requête. Destinée à faire valoir des droits ou des intérêts juridiquement protégés, que l'individu détient en vertu du droit international, l'action doit permettre de déclencher un contrôle de leur respect. Les moyens juridictionnels, qui débouchent sur une décision obligatoire mettant en œuvre la responsabilité de l'Etat, sont incontestablement plus probants. Cependant, des voies accessoires peuvent également permettre à l'individu de prendre part à une procédure de contrôle non contentieuse, mais individualisée, du respect des droits. Cette capacité, que l'on peut considérer comme accessoire, est essentiellement caractérisée par l'exercice d'un droit de pétition devant des organes internationaux, dont la pertinence varie selon la procédure envisagée (1). En outre, parallèlement à cette capacité non juridictionnelle, le contentieux international révèle un essor de l'implication indirecte de personnes privées aux côtés des parties étatiques au différend. Non réclamatoire, la capacité de présenter des *amicus curiae* devant les juridictions internationales semble en effet se développer. Cependant, la pertinence de cette forme d'action pour l'étude de la personnalité internationale doit être réfutée (2).

#### 1. De la pertinence du droit de pétition dans la capacité processuelle

Le droit de pétition individuelle, loin d'être une nouveauté, tend néanmoins à se développer et se diversifier, comme l'ensemble des moyens d'action internationale offerts à l'individu. Cependant, toutes les formes d'action, dans ce cadre, ne sont pas d'une utilité certaine pour la qualification de sujet de droit international.

Cette action peut être définie très généralement comme "*droit ou faculté reconnu à des personnes physiques ou morales de s'adresser, individuellement ou collectivement, à des entités publiques, sur un sujet d'intérêt général ou sur une question particulière*"<sup>1796</sup>. Cependant, sous le terme générique sont désignées deux sortes d'action. D'une part, les communications ou "pétitions-vœux" : elles "*restent des données de fait sans pertinence juridique et elles n'ont d'autre valeur que celle d'une information : ce sont des communications qui ne font pas l'objet d'un*

<sup>1796</sup> Voir *supra*, partie I, note 422, p. 165.

*traitement individualisé*<sup>1797</sup>. D'autre part, les "pétitions simples", à distinguer du recours contentieux qui débouche sur une procédure judiciaire et une décision obligatoire. "Il n'y a véritablement droit de pétition que lorsque la violation d'un **droit individuel** peut être dénoncée, sur la base d'un texte – généralement mais non nécessairement conventionnel – auprès d'un organe non juridictionnel compétent pour en connaître et adopter un **acte individuel** dépourvu de force obligatoire"<sup>1798</sup>.

Dès lors, la pertinence du droit de pétition peut être appréciée au regard des "Comités" chargés de recevoir les demandes et d'y répondre. Si l'organe est indépendant, son contrôle administratif peut être utile. Sinon, il s'agit d'un contrôle politique souvent critiqué. Or, dans l'ensemble, la procédure est souvent confidentielle. Les conclusions des rapports sont dénuées de valeur obligatoire. La responsabilité de l'Etat n'est pas engagée. La procédure ne fait pas nécessairement valoir un droit individuel, lorsqu'elle a pour objet d'examiner une situation générale au regard d'un rapport fourni par l'Etat lui-même. Pour toutes ces raisons, la pertinence de la première forme de pétition pour la capacité processuelle de l'individu doit être contestée. Ainsi, la Commission des droits de l'homme, composée de 53 experts gouvernementaux qui agissent sur instruction de leur Etat, a compétence pour étudier les rapports étatiques, mais n'opère pas un traitement individuel de demandes présentées par des particuliers. On peut alors souligner que "*l'inefficacité de cette procédure, quant à la garantie des droits individuels, est patente : les droits souverains de l'Etat sont minutieusement préservés et le caractère confidentiel de la procédure devant la Commission épargne à l'Etat les seules rigueurs qu'il ait à craindre, celle de l'opinion publique*"<sup>1799</sup>.

En revanche, certaines procédures de pétitions présentent un intérêt véritable pour la capacité individuelle de faire valoir des droits. De nombreuses conventions prévoient un droit individuel de pétition, qui reste cependant facultatif pour les Etats. Parallèlement à la Commission des droits de l'homme, plusieurs organes ont ainsi été créés au sein de l'ONU, rattachés à un "système" conventionnel protégeant les droits

<sup>1797</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op.cit., pp. 88-89.

<sup>1798</sup> *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

<sup>1799</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op.cit., p. 90. Le projet de réforme de la Commission, envisagé par le dernier rapport du Secrétaire général de l'ONU, reconnaît les graves dysfonctionnements et l'inefficacité de la Commission. Il ne remet pas pour autant en cause le caractère intergouvernemental de l'organe, ce qui est critiquable. F. Sudre souligne cependant qu'au sein de la Commission, des groupes thématiques sont parvenus à une relative autonomie. Ainsi, "*le système de contrôle du groupe de travail sur la détention arbitraire n'obéit à aucun modèle connu et offre le paradoxe – en l'absence de tout fondement conventionnel – de soumettre les Etats membres de l'ONU à un contrôle sur plaintes auquel ils n'ont pas préalablement consenti mais qu'ils paraissent avoir accepté en pratique*" (p. 622) : il s'agit d'un organe hybride, nommé par l'organe intergouvernemental qu'est la Commission, mais composé d'experts indépendants. Créé en 1991, il reçoit les plaintes de particuliers, mais aussi de groupes, et n'applique pas la condition de l'épuisement des recours internes. Cependant, la procédure ne débouche que sur un avis contenant des recommandations dénuées de valeur juridique.

de l'homme<sup>1800</sup>. Seuls deux recours paraissent réellement pertinents, et utiles en pratique : ce sont les procédures de pétition adressées aux deux Comités instaurés dans le cadre des Pactes de 1966. Ainsi, le Comité des droits de l'homme (CDH) est un organe indépendant des Etats, ce qui explique son efficacité, contrairement à la Commission des droits de l'homme<sup>1801</sup>. Ainsi, “*s'inspirant incontestablement de l'expérience de la Commission européenne des droits de l'homme, le Comité a conçu son activité de contrôle comme celle d'un organe quasi-judiciaire*”<sup>1802</sup>. Seuls les particuliers ont accès au Comité, à l'exclusion des groupes, quels qu'ils soient. Il faut donc un intérêt personnel à agir. Comme au sein d'une juridiction, l'examen de la requête est effectuée en deux temps, au stade de la recevabilité d'abord, et du fond ensuite. En outre, les conditions de recevabilité sont très proches de celles exigées par une juridiction. Ainsi, la règle de l'épuisement des recours internes doit être respectée. L'intérêt à agir n'est pas présumé : le pétitionnaire doit prouver qu'il est victime d'un préjudice<sup>1803</sup>. Un lien de rattachement territorial (et non de nationalité) avec un Etat partie au traité est exigé. On peut également noter que le caractère contradictoire de la procédure est respecté, chaque partie et (surtout l'individu) ayant accès aux documents présentés par l'autre<sup>1804</sup>. Enfin, si la procédure se déroule de manière confidentielle, elle débouche néanmoins, en pratique, sur la publication des "décisions" sur le fond, ainsi que

---

<sup>1800</sup> A l'origine, les communications se sont développées de façon pragmatique, sans texte, au sein de l'ONU. La résolution 1503 de 1970 prise par le Conseil économique et social autorise la présentation de communications à la Commission des droits de l'homme : procédure confidentielle qui se déroule en plusieurs étapes, devant un groupe de travail, puis une sous-commission, avant d'être traitée par la Commission elle-même. L'entrée en vigueur des deux Pactes internationaux sur les droits de l'homme (PIDCP et PIDESC) en 1976 a ensuite permis la création des deux comités chargés de veiller au respect des deux conventions. On peut citer également la Convention de 1965 sur l'élimination de la discrimination raciale et la Convention contre la torture de 1984, qui établissent un Comité chargé d'étudier les pétitions. Les cours régionales (CADH et CIDH) organisent également une telle procédure, en dehors de l'hypothèse de la procédure contentieuse. Cependant, la procédure est confidentielle jusqu'à la publication du rapport annuel : elle est donc dénuée de portée juridique.

Dans tous les cas, il faut nettement distinguer le contrôle déclenché par une "plainte", du contrôle sur rapport présenté annuellement par les Etats, chargés de faire état de leur droit interne en matière de droits de l'homme. Ce "système paperassier" (F. Sudre, p. 613) est d'une inefficacité redoutable.

<sup>1801</sup> 18 membres composent cet organe non permanent (trois sessions par an). Il peut recevoir des communications individuelles et étatiques. Cependant, aucun Etat n'a encore utilisé cette faculté. Bien que le droit de recours individuel soit facultatif, en vertu du Protocole entré en vigueur en 1976, plus d'une centaine d'Etats l'a accepté.

<sup>1802</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 593.

<sup>1803</sup> En principe, le "requérant" doit être une victime directe. Cependant, la "jurisprudence" du CDH a assoupli cette exigence, en acceptant des recours émanant de la famille de la victime. La notion de victime "directe" et "indirecte" ou "potentielle", issue de la jurisprudence européenne, a ainsi été utilisée par le CDH. On peut préciser également que le recours est rejeté s'il est fondé sur un acte à portée générale tel qu'une loi, en l'absence de décision individuelle entraînant une violation concrète d'un droit individuel. On peut y voir là la crainte d'une *actio popularis*, ce qui confirme l'un des "malentendus" soulevés par F. Voeffray.

<sup>1804</sup> “*Pretenant en compte le fait que, le plus souvent, l'Etat détient seul les informations justificatives, le Comité va même jusqu'à renverser la charge de la preuve en exigeant que, face à des allégations sérieuses et précises de violations, l'Etat fournisse des informations pertinentes*” : F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 598.

certaines décisions d'irrecevabilité. Le Comité n'a, cependant, aucun pouvoir de décision. Il ne peut qu'adresser des "constatations" à l'Etat responsable. Ainsi, selon G. Cohen-Jonathan, "...le Comité des droits de l'homme qui n'a pas le statut d'une juridiction n'a pas le pouvoir de décision. Il "constate" néanmoins la responsabilité internationale de l'Etat en cas de violation du Pacte", et se réfère aux règles secondaires de la responsabilité<sup>1805</sup> Sans ordonner, il constate les mesures réparatoires à prendre. Le comité adopte ainsi, en fin de compte, un comportement quasi-judiciaire et ses décisions sont souvent qualifiées de "jurisprudence"<sup>1806</sup>.

La tendance à la rationalisation et à la juridictionnalisation de la procédure de pétition est également perçue du côté du Comité pour les droits sociaux. Doté de moindres pouvoirs que son aîné, il pourrait le surpasser par le biais d'une réforme en cours : il est en effet question de le doter d'un pouvoir révolutionnaire d'injonction<sup>1807</sup>. Un protocole facultatif du PIDESC est ainsi à l'étude, qui non seulement instaure une procédure de pétition individuelle encore inexistante, mais accroît les compétences *ratione personae* du Comité<sup>1808</sup>. Enfin, si l'article 7 du projet de protocole se réfère aux traditionnelles "recommandations", "*l'article 8 du projet consacre au contraire un véritable pouvoir d'injonction tout à fait inédit*"<sup>1809</sup>. Cependant, l'optimisme de l'auteur doit être mesuré au regard des faits : si la Commission des droits de l'homme a adopté, le 22

<sup>1805</sup> G. Cohen-Jonathan, "Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme", in *La responsabilité dans le système international*, *op.cit.*, p. 116.

<sup>1806</sup> Voir G. Cohen-Jonathan, "Quelques observations sur le CDH des Nations Unies", in *Mélanges R.J Dupuy*, *op.cit.*, p. 88 : "le comité n'est qu'un organe technique indépendant. Néanmoins, son comportement et sa démarche sont très proches d'un organe judiciaire. D'autre part, si formellement les constatations qu'il émet sur le fond n'ont pas de force obligatoire, leur autorité ne doit pas être négligée." (p.88). En pratique, la "jurisprudence" du Comité est très utile pour pallier l'absence de recours contentieux régional. Ainsi, la Jamaïque, qui n'a pas accepté le recours individuel dans le cadre de la CIDH, fait souvent l'objet de requêtes devant le Comité. Par ailleurs, on peut citer la décision du 19 octobre 2000, *Dante Pialong et autres c. Philippines*, affirmant le droit des victimes à un recours international : voir le commentaire de P. Weckel in *RGDIP* 2001-4, p. 1005.

<sup>1807</sup> Créé par une résolution du CES de l'ONU, et non par le traité lui-même, le Comité était le parent pauvre du CDH institué en 1977. En effet, l'article 16 du Pacte ne prévoyait que la transmission de rapports étatiques au CES. Le comité fut constitué progressivement, d'abord avec un groupe de travail, puis enfin avec la désignation d'experts individuels en 1985. "L'épreuve de vérité semble donc arrivée pour le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui cherche aujourd'hui une consécration solennelle, à travers l'instauration d'une procédure de communications individuelles" : Voir E. Decaux, "La réforme du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels", *Mélanges N. Valticos*, Paris, Pedone, 1999, pp. 407-408.

<sup>1808</sup> Ainsi, au-delà du fait que "le Comité...obtient en effet une consécration conventionnelle de son existence, par le biais du protocole", il peut recevoir les requêtes de particuliers, mais aussi de groupes. "Bien plus, l'article 2 ouvre la voie à une action des ONG "au nom" des victimes" : E. Decaux, "La réforme du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels", *op.cit.*, pp. 410-411. En effet l'article 2 du projet vise "tout particulier ou groupe qui prétend être victime", mais aussi "tout particulier ou groupe agissant au nom d'un tel plaignant".

<sup>1809</sup> *Ibid.*, p. 414. L'article 8 (provisoire) du projet prévoit que le Comité peut recommander à l'Etat de prendre des mesures précises pour mettre un terme à la violation, indemniser la ou les victimes pour le dommage subi et empêcher qu'elle ne se reproduise.

avril 2003, une résolution prenant note des travaux effectués, le protocole n'est toujours pas adopté en 2005.

Indéniablement, le droit de pétition peut contribuer à la justiciabilité des droits individuels, lorsque l'organe dispose de l'indépendance et des compétences nécessaires. Les conditions de reconnaissance d'une action processuelle de l'individu semblent satisfaites. En revanche, autre phénomène en voie de développement, l'*amicus curiae* ne semble pas devoir être inclus dans la capacité processuelle.

## 2. De la non-pertinence de l'*amicus curiae* dans la capacité processuelle

Forme accessoire d'action dans un différend, l'*amicus* relève davantage de la pression de la société civile internationale sur le contentieux international que de la capacité processuelle de l'individu<sup>1810</sup>. Ainsi, "*l'amicus curiae est la brèche procédurale par laquelle peuvent s'engouffrer individus, sociétés et associations lorsque la qualité de partie est réservée aux Etats*"<sup>1811</sup>. L'ami de la Cour, censé apporter une aide désintéressée à la juridiction, peut ainsi dans de très nombreuses situations pratiques, "intervenir" dans le cadre d'un recours, y "participer". Hormis devant la CIJ, qui conserve là aussi son caractère strictement interétatique, les individus peuvent ainsi apporter au procès leur point de vue, sur des questions de droit ou de fait relatives à l'affaire en cours<sup>1812</sup>.

La pratique de l'*amicus* devant les juridictions internationales existe depuis longtemps devant les Cours régionales des droits de l'homme. Les tribunaux pénaux internationaux ont également adopté la pratique, et l'organe de règlement de différends de l'OMC a accepté de recevoir des mémoires d'*amici*, sans jamais les retenir en pratique<sup>1813</sup>. Dans la lignée de l'ORD, deux tribunaux arbitraux institués en vertu de

<sup>1810</sup> L'acceptation des *amici curiae* est une pratique procédurale d'abord développée dans les droits internes, essentiellement de *common law*. Pour la pratique devant les juridictions française, voir Y. Laurin, "Dix années de mise en œuvre de l'*amicus curiae*", *LPA* décembre 1997, No. 154, pp. 17-18.

<sup>1811</sup> H. Ascensio, "L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales", *op.cit.*, p. 900.

<sup>1812</sup> Tel est le principe général, bien qu'il faille souligner que l'Organe d'appel de l'OMC, délimitant les conditions d'exercice de cette faculté (dans l'affaire Amiante), ait précisé que l'*amicus* ne peut apporter que des arguments juridiques et non factuels. Le mémoire de l'*amicus* "*comprendra un exposé précis, strictement limité aux arguments juridiques, à l'appui de la position juridique du requérant sur les questions de droit ou interprétation du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial au sujet desquelles le requérant s'est vu accorder l'autorisation de déposer un mémoire écrit*". Organe d'appel, CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, WT/DS135, rapport du 12 mars 2001, § 52. Par ailleurs, si la CIJ refuse d'écouter les individus, son Statut lui permet d'obtenir des renseignements de la part d'organisations internationales (article 34.2 du Statut).

<sup>1813</sup> Il ne s'agit pas ici de détailler l'évolution de la pratique. Pour la pratique devant ces trois types de juridictions, voir H. Ascensio, "L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales", *op.cit.* Pour une étude détaillée de la pratique au sein de l'OMC, voir B. Stern, "L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC", *RGDIP* 2003-2, pp. 257-303.

l'ALENA ont fait de même, dans les affaires Methanex et UPS<sup>1814</sup>. L'objectif et l'utilité de chaque "intervention" est variable. ONG, membres de la doctrine, associations de défense des droits de l'homme ou de « lobbying » pour des entreprises : les personnes intéressées pour présenter leur point de vue sont nombreuses. En outre, l'*amicus* peut être sollicité par la Cour ou volontaire<sup>1815</sup>.

Quelles sont les conditions de recevabilité d'un *amicus curiae* ? Quel est son rapport avec l'action processuelle telle qu'on l'a présentée ? Une ambiguïté certaine des critères conduit parfois à confondre la procédure de l'*amicus* avec celle de l'intervention. Comme on l'a déjà souligné, cette dernière peut en effet être qualifiée d'action processuelle, bien qu'accessoire : elle n'est recevable que si l'intervenant possède qualité et intérêt à agir, ce dernier étant lié à un intérêt juridiquement protégé<sup>1816</sup>. Sur le plan des conséquences recherchées de l'action, si l'intervenant ne possède pas un droit à réparation, il peut néanmoins posséder un intérêt au maintien de la légalité objective. La tierce intervention, étudiée dans le cadre du contentieux interétatique de la CIJ, existe aussi dans d'autres procédures juridictionnelles, que ce soit devant les cours régionales de protection des droits de l'homme, ou dans le cadre de l'OMC, où elle est fréquemment utilisée. Or, l'*amicus curiae* n'est pas une « tierce-intervention ». Pourtant, la confusion est entretenue par certains textes eux-mêmes, définissant les compétences des juridictions. Ainsi, l'article 36.2 de la CEDH propose, sous le titre de « tierce intervention », au Président de la Cour d'inviter « toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences ». L'ambiguïté est également présente dans les propos de la doctrine. Ainsi, E. Decaux, dans une intervention dédiée à « l'intervention », mêle les deux sortes d'action<sup>1817</sup>. Etudiant les articles 62 et 63 du Statut de la CIJ, il considère que la Cour aurait ainsi distingué entre deux types d'intervention : « d'un côté, elle évoque une intervention agressive, faisant valoir un droit propre de l'intervenant contre les parties principales, et nécessitant par

<sup>1814</sup> Dans l'affaire Methanex, sont intervenues une ONG basée au Canada et deux ONG américaines de protection de l'environnement (en l'espèce, un additif dans l'essence produit par Methanex a été interdit par la Californie, et la société réclame un milliard de dollars aux Etats-Unis). Cette nouvelle pratique fut confirmée dans l'affaire UPS, société contestant le monopole postal au Canada. Des associations syndicales sont ainsi intervenues (le tribunal leur ayant refusé le droit de devenir partie). Voir B. Stern, « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, 2002-2, pp. 329-345.

<sup>1815</sup> Si l'ORD n'a jamais sollicité d'*amicus*, les refusant au contraire, en revanche les TPI y ont davantage recours de façon volontaire. Certains *amici* se rapprochent ainsi, comme le note H. Ascensio, du « témoin-expert » (p. 904).

<sup>1816</sup> Voir *supra*, note 1631, p. 634.

<sup>1817</sup> E. Decaux, « L'intervention », in SFDI, Colloque de Lyon, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, pp. 219-255. Il semble ainsi considérer que « la finalité juridique officielle de l'intervention, qui reste de se soumettre à l'autorité de la chose jugée en écartant le danger éventuel d'une tierce opposition, fait place à une finalité officieuse plus politique : l'intervention perd sa nature d'incident de procédure bien délimité, pour donner lieu à une sorte de "gesticulation" juridique autour du procès, de la part d'Etats, ou même d'associations et de particuliers » (p. 236).

conséquent une base de compétence...D'autre part, la Cour semble consacrer une conception plus limitée, lorsque "l'intervenant ne recherche que la préservation de ses droits sans tenter de les faire reconnaître..."<sup>1818</sup>. Cependant, si les deux types d'intervention doivent être distingués, les questions qui se posent alors révèlent la confusion avec l'*amicus*. L'auteur demande : "faut-il dès lors distinguer l'intervention comme "tierce-partie" dans un litige, et une formule plus vague d'intervention comme non partie ? La remise en cause de la base stricte de l'intervention, au profit d'une "quasi-intervention" comme *amicus curiae* serait dans la ligne de cette jurisprudence"<sup>1819</sup>

Pourtant, la distinction entre intervention et *amicus curiae* doit être clairement établie au regard des conditions de leur recevabilité. Ainsi, aucune qualité particulière n'est exigée pour l'*amicus*, contrairement à l'intervention. En outre, l'intérêt à agir de l'intervenant, qui doit être établi au regard de la possession d'un intérêt juridiquement protégé, peut être inexistant pour l'*amicus*. Au contraire, on peut relever dans les conditions posées par l'Organe d'appel de l'OMC, un certain degré d'exigence de « désintéressement ». En effet, si la demande de participation en tant qu'ami "spécifiera la nature de l'intérêt que le requérant a dans le présent appel", cela ne signifie pas qu'il lui faut un intérêt, encore moins juridique : l'Organe d'appel veut en revanche savoir si les intérêts personnels de l'ami font double emploi, ou peuvent entrer en conflit, avec les intérêts juridiques et commerciaux des Etats parties.

Deux critères délimitent, semble-t-il, la possibilité de participer pour présenter son point de vue au juge. D'une part, loin de la possession d'un droit subjectif ou d'un intérêt juridiquement protégé, aucun intérêt propre n'est exigé : l'absence d'intérêt personnel semble même encouragée. Conformément à sa vocation d'origine, c'est "dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice" qu'il est censé agir<sup>1820</sup>. Si intérêt il faut, ce qui ne semble pas obligatoire, on peut alors considérer que "plus qu'une opposition tranchée entre l'*amicus curiae* et l'intervenant, il faut concevoir une progression dans l'intérêt qui, de l'intérêt le plus tenu ou le plus objectif à l'intérêt le plus marqué ou le plus subjectif, commence par l'*amicus curiae*, se poursuit par l'intervention volontaire et se termine par l'intervention obligatoire"<sup>1821</sup>. Bien que l'auteur conteste l'analyse, constatant que la réalité est toute autre, il remarque qu'"il faudrait s'assurer d'une « objectivité » du candidat à l'*amicus curiae* qui tiendrait pour une partie de l'indépendance et pour partie de la défense d'un intérêt général, voire de l'Intérêt général de la communauté internationale"<sup>1822</sup>. D'autre part, le second critère de recevabilité réside dans l'accord de la juridiction ; mais accepter ne veut pas dire étudier, comme on le voit avec la pratique de l'Organe d'appel de l'OMC. Seul le juge a

<sup>1818</sup> E. Decaux, "L'intervention", *La juridiction internationale permanente*, *op.cit.*, p. 254.

<sup>1819</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>1820</sup> L'article 74 du Règlement de preuve et de procédure (RPP) des TPI permet, dans cet objectif express, à toute personne ou organisation autorisée, de faire un exposé sur toute question utile.

<sup>1821</sup> H. Ascensio, "L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales", *op.cit.*, p. 912.

<sup>1822</sup> *Ibid.*

son mot à dire ; qu'il soit influencé par les parties est envisageable en pratique, mais rien ne l'empêche, apparemment, d'accepter un ami non désiré par l'une des parties <sup>1823</sup>.

En fin de compte, l'*amicus curiae* est certainement utile dans certains cas, comme au TPI quand il s'agit de pallier l'obstacle procédural de l'absence de constitution de partie civile ou d'apporter des faits éclairants dont le tribunal ne peut disposer par lui-même. Il peut aussi servir à rappeler les jurisprudences d'autres organes internationaux, de façon à "*lutter contre le cloisonnement des contentieux et le risque de fragmentation du droit international*" <sup>1824</sup>. Cependant, lorsque des intérêts commerciaux entrent en jeu, comme au sein de l'OMC, l'utilité de l'*amicus* se révèle beaucoup plus tendancieuse <sup>1825</sup>. L'ORD semble d'ailleurs faire considérablement marche arrière <sup>1826</sup>. Au regard des affaires récentes, les arguments "autonomes" des AC, ne seront probablement jamais pris en compte : ils doivent être « endossés » par les communications des Etats parties. Ainsi, un rapport de Groupe spécial du 22 mars 2004 "*a décidé de ne pas accepter de communications d'amici curiae non demandées tout en précisant qu'il examinerait tous les arguments soulevés par les amici curiae dans la mesure où ces arguments seraient repris par les parties ou tierces parties, ce qui ne fut pas le cas*" <sup>1827</sup>. On semble donc plutôt évoluer, de l'ami désintéressé, vers l'endossement d'arguments de personnes privées, voire à la représentation des droits et intérêts de particuliers. Finalement, cela pourrait donner raison à L. Condorelli, qui compare le recours à l'OMC à une action en protection diplomatique particulière, que C. Santulli pourrait qualifier de représentation <sup>1828</sup>. Quoiqu'il en soit de l'avenir de l'ami, la personne qui participe ainsi à la procédure n'a aucun titre, aucun droit, aucune qualité à agir. "*Dès lors, présenter l'amicus curiae comme le signe d'une intégration des personnes privées dans l'ordre juridique international est partiellement un*

<sup>1823</sup> C'est l'originalité de l'affaire Methanex : le tribunal a décidé d'accepter l'*amicus curiae*, même si l'une des parties s'y opposait. Comme le souligne B. Stern, on peut y voir une nouvelle marginalisation du consentement des parties, qui est pourtant la base de l'arbitrage. La question de savoir si le tribunal accepterait même si les DEUX parties s'y opposent n'est pas tranchée, cependant B. Stern pense que la solution pourrait être la même : "L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur", *Revue de l'arbitrage*, 2002-2, p. 339.

<sup>1824</sup> H. Ascensio "L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales", *op.cit.*, p. 924.

<sup>1825</sup> B. Stern analyse ainsi les multiples inconvénients de la pratique de l'*amicus* à l'OMC : B. Stern, "L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC", *op.cit.* Outre les questions de neutralité, l'*amicus* peut venir alourdir une procédure dont l'efficacité réside aussi dans un délai raisonnable. En outre, il peut entraîner un déséquilibre entre les parties étatiques du Nord, bénéficiant de l'aide directe ou indirecte des lobbies, et les parties du Sud.

<sup>1826</sup> Voir la Chronique de H. Ruiz Fabri, *JDI* 2004-3, p. 1031 : au regard de deux rapports récents, l'un de l'organe d'appel du 19 janvier 2004, l'autre d'un groupe spécial du 22 mars 2004, elle constate l'"*attitude de plus en plus frileuse des groupes spéciaux vis-à-vis des interventions non sollicitées*". En outre, l'Organe d'appel, qui avait grand ouvert les portes de l'*amicus*, fait marche arrière : "*contrairement à ce à quoi on pouvait s'attendre, l'Organe d'appel n'en a pas profité, bien au contraire, pour réaffirmer la position audacieuse qu'il avait adoptée dans son rapport "Crevettes"*".

<sup>1827</sup> *Ibid.*, p. 1034. La pratique n'est pas nouvelle, d'intégrer des arguments tiers aux mémoires des parties.

<sup>1828</sup> Voir *supra*, Partie III chapitre I.

*leurre. Il y a une différence considérable entre le fait de conférer la capacité procédurale aux individus et un simple aménagement de la procédure permettant une participation des personnes privées*<sup>1829</sup>.

Ainsi, si l'*amicus* présente un quelconque intérêt au regard de la personnalité internationale, cela ne peut être que très indirect, en tant que manifestation de l'évolution contemporaine des moyens d'action de particuliers sur la normativité internationale. Il paraîtrait donc légitime de déplacer la participation des particuliers, de l'organe juridictionnel vers les organes politiques. C'est bien ce à quoi réfléchit l'OMC : plutôt que d'accepter les *amici curiae*, pourquoi ne pas associer les personnes privées aux négociations, en amont de tout litige ?

---

<sup>1829</sup> H. Ascensio, "L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales", *op.cit.*, pp. 928-929.

## Conclusion chapitre II- Titre II

1990 semble être une année charnière pour la personnalité internationale de l'individu. Du point de vue des droits et obligations subjectifs, portés par les normes primaires, leur applicabilité directe en droit interne est mieux reconnue<sup>1830</sup>. Mais, du point de vue des normes secondaires, le bilan est encore plus impressionnant : la capacité processuelle de l'individu est considérablement accrue. En 1988 la Cour interaméricaine des droits de l'homme statue sur sa première affaire contentieuse (affaire Velasquez). Du côté de la Cour européenne, le recours direct de l'individu est reconnu progressivement par les Protocoles 9 et 11. De nouvelles juridictions internationales voient le jour, qu'il s'agisse de tribunaux pénaux, de tribunaux économiques, ou d'organes particuliers de forme chimérique, et font participer activement et passivement l'individu victime ou criminel à la procédure. Un certain nombre des recours ouverts à l'individu ne respectent pas la tradition organique de la juridiction. On peut néanmoins y reconnaître l'action processuelle du requérant. En outre, l'internationalisation du droit économique conduit peu à peu à l'abandon, dans les procédures arbitrales, de la protection diplomatique et de l'épuisement des recours internes.

Depuis lors, *“le juge international est appelé à appliquer des règles de procédure de plus en plus proches de celles du droit internes”*<sup>1831</sup> : l'implication de l'individu dans le contentieux international n'est pas étrangère à ce phénomène. Les conditions d'existence de l'action processuelle internationale, qui permettent d'identifier la capacité de l'individu, sont ainsi ressemblantes à celles que l'on connaît en droit interne. Face à un organe compétent pour recevoir sa requête, le réclamant est soumis à deux conditions indissociables : il doit prouver sa qualité et son intérêt à agir pour obtenir le droit à l'action. L'articulation logique de ces critères fonctionne différemment selon que le contentieux est de nature subjective ou plutôt objective. Dans un contentieux subjectif, l'accent est placé sur la preuve de l'intérêt, lié à la possession d'un droit subjectif. Dans un contentieux objectif, c'est la qualité du requérant qui importe plus que son intérêt : celui-ci doit exister, mais il est présumé. Or, en droit international, la distinction entre contentieux objectif et subjectif n'entraîne pas toujours l'existence de deux recours distincts : le contrôle de la légalité, manifesté notamment par le recours en annulation devant la CJCE, n'existe pas de façon autonome en droit international. Toutefois, l'évolution du droit de la responsabilité internationale montre que les deux aspects sont inclus dans une même requête.

<sup>1830</sup> En France, par exemple, on peut rappeler que 1989 est l'année où le juge administratif respecte enfin véritablement la primauté des normes internationales avec l'arrêt Nicolò ; qu'en 1990, il reconnaît enfin également son pouvoir d'interprétation des normes internationales avec l'arrêt GISTI.

<sup>1831</sup> H. Ascensio, *“L'amicus curiae devant les juridictions internationales”*, RGDIP 2001-4, p. 898.

L'ouverture du contentieux à la légalité objective est favorable à la capacité de l'individu. Cela implique une relecture des normes primaires, conçues de façon plus multilatérale, et non plus strictement comme établissant des rapports intersubjectifs entre les Etats. Dans ce cas, les droits de l'individu sont mieux reconnus ; il est alors plus facile de les faire valoir : le droit crée l'action. L'institutionnalisation de la société internationale est également un facteur important, qui permet de créer de nouveaux recours qui font valoir ce qui pouvait être, jusque là, considéré comme un simple intérêt. Dans ce sens, on peut considérer que l'action crée le droit. La conséquence de cette double logique, en pratique, est une capacité développée de l'individu, qui obtient une réponse individualisée à ses demandes. Cette réponse de l'organe n'est pas toujours obligatoire, mais souvent respectée par les Etats mis en cause ; elle ne conduit pas toujours à une véritable réparation, mais au moins à une restauration de la légalité.

Dès lors, les conditions sont réunies pour reconnaître l'individu comme sujet capable en droit international. Il possède une capacité internationale processuelle passive. Il détient également une capacité active, que l'on peut alors définir comme la faculté de déclencher une procédure de contrôle du respect d'un droit subjectif ou d'un intérêt juridique, dont le requérant est titulaire ou dépositaire, et d'obtenir une réponse individualisée impliquant soit une réparation, soit la restauration de la légalité à son égard.

Finalement, la justice internationale, qu'elle soit répressive ou protectrice à l'égard de l'individu, considère ce dernier de plus en plus souvent, et de façon directe. Il peut donc plus facilement sortir du cadre étatique, pour s'affirmer comme sujet, passif et actif, en droit international.

### Conclusion Partie III

L'écran étatique ascendant, existe toujours partiellement, qui empêche l'individu de sortir librement de l'ordre interne pour agir dans l'ordre international ; il ne faut d'ailleurs pas souhaiter qu'il disparaisse, livrant l'individu à lui-même face aux autres « acteurs » internationaux bien plus puissants. La justice étatique remplit son office, permettant à l'individu de s'exprimer sur la scène internationale de façon indirecte et subsidiaire. Ainsi, les deux mécanismes les plus classiques du droit international conservent-ils cet objectif. Les institutions de la protection diplomatique et de l'épuisement des recours internes, cantonnant l'individu dans l'ordre interne, régissent toujours une part importante du contentieux international. Cependant, même les règles classiques ne masquent plus l'individu.

L'évolution récente du droit de la protection diplomatique, en cours de codification, montre que la procédure peut faire valoir des droits individuels, tant subjectifs que procéduraux. Certains y voient une restriction progressive du champ d'application de la protection diplomatique et l'accroissement d'actions différentes, par lesquelles l'Etat se pose en représentant de l'individu. On peut aussi considérer que la nature elle-même de l'action étatique évolue, sous l'influence des droits de l'homme. Le lien d'allégeance de l'individu à l'Etat est ainsi assoupli de plus d'une manière.

De la même façon, la justice interne passe avant la justice internationale : la règle qui impose à l'individu d'épuiser les recours internes en priorité, qui s'applique au contentieux international de la protection diplomatique comme à celui des droits de l'homme, est toujours de mise. Toutefois, là encore, le fonctionnement de cette institution a beaucoup évolué. Sa conceptualisation classique, empreinte de dualisme positiviste, conduisait à nier tout droit internationalement détenu par l'individu : victime d'un fait illicite, peut-être, mais le fait ne devenait internationalement illicite (et la responsabilité de l'Etat, internationale) qu'après que l'individu ait tenté, sans succès, de s'adresser à la justice interne. Or, aujourd'hui, la règle n'est plus conçue que comme une exigence de procédure, qui ne détermine pas le moment de la naissance de la responsabilité internationale de l'Etat à l'égard de l'individu. En outre, elle est appliquée de façon pragmatique par les juridictions internationales, qui ne l'exigent que lorsqu'elle est nécessaire : le recours interne impossible n'est pas exigé.

Enfin, on ne peut que constater que, parallèlement à l'atténuation de la médiation étatique, l'individu dispose d'une capacité directe d'action processuelle internationale. Elle se développe rapidement. Les années 1990 ont vu naître de nouvelles juridictions compétentes pour connaître des réclamations émises par et à

l'encontre des individus. D'autres organes, déjà existant, voient leurs procédures modifiées pour faire plus de place aux requêtes émanant de particuliers. L'ensemble de ces phénomènes permet donc d'affirmer que l'individu n'est plus un incapable.



## Conclusion générale

L'individu est-il sujet de droit international ? Le théoricien se demande "est-ce possible ?" (I), le praticien "est-ce utile ?" (II).

Cependant, avant de tenter de répondre à ces questions, il fallait résoudre le problème de la définition de la personnalité internationale, aux visages multiples. Cette institution caractérise le lien mutuel noué entre un sujet et l'ordre juridique auquel il appartient.. Aux moins trois définitions de ce lien coexistent, selon que l'on considère le sujet comme simple destinataire de norme, comme acteur de droit ou, dans une conception maximale, comme auteur de droit.

Lorsque le sujet est conçu comme un simple destinataire de normes internationales, le seul critère exigé est celui de la possession de droits et obligations définis par le droit international. Or, cette définition mono-critériale présente des insuffisances. Elle ne permet pas de distinguer utilement le sujet de droit de l'objet de droit. Concevant la personnalité en termes abstraits d'"aptitude" à la possession de droits et obligations, elle manque de caractère opératoire. Le critère de destination (ou de possession) reste néanmoins la condition première et incontournable de la personnalité juridique ; il faut alors évaluer, en pratique, si (et comment) le droit international atteint les sujets internes.

En revanche, la définition du sujet de droit comme être normateur, marginale au demeurant, peut être rejetée. Elle paraît excessivement volontariste, forgée par le biais d'analogies dépassées à plus d'un titre ; l'assimilation entre auteur de droit et sujet de droit est donc contestable. Inversement, une conception purement passive du sujet en tant qu'être soumis ne paraît ni opportune, ni correspondre à la réalité du droit international. Il faut donc (ré)inclure la capacité d'agir au sein même de la personnalité, en ce qu'elle seule peut révéler la dimension volontaire du sujet. La possession de droits subjectifs ne peut être utile que si le sujet détient également la capacité de les faire valoir, *dans* l'ordre juridique international, confirmant et complétant le premier lien établi. C'est ainsi que la définition intermédiaire du sujet de droit international semble la plus pertinente, et contient deux critères d'identification : non seulement la titularité de droits et obligations, mais également la capacité processuelle internationale.

### **I. Une personnalité internationale possible**

La question du statut international de l'individu était résolue, en droit international classique, de façon souvent négative : on arguait de l'obstacle de la médiation étatique. Or, l'absence de lien direct entre individu et ordre international ne peut plus être affirmée, au regard du droit positif actuel. Quel que soit le sens dans

lequel on le considère, qu'il soit descendant ou ascendant, l'écran étatique devient de plus en plus perméable, transparent. Il plie, sans se briser, sous la pression croissante du droit international.

Etudiant la possession effective par l'individu de droits et obligations internationalement définis, on a donc suivi le cheminement des normes internationales jusqu'au "patrimoine juridique" des sujets internes. Le contact s'établit quand est franchi, sans altération, un double écran, matérialisé d'abord par les règles constitutionnelles d'insertion des normes internationales, puis par les conditions jurisprudentielles de leur invocabilité. Or, pour les deux formes de médiation étatique, l'évolution générale des vingt dernières années est significative. D'une part, on assiste à une profonde réformation des règles constitutionnelles, qui prennent davantage en compte les normes internationales ; les options monistes d'insertion automatique et de primauté sont plus fréquentes qu'auparavant. D'autre part, l'effet direct du droit international (critère principal d'invocabilité de ces normes) sur les individus est de plus en plus reconnu par les juges. Dans les deux cas, ces affirmations déduites du droit positif ne peuvent être tenues pour absolues, mais procèdent d'un mouvement général. Des pratiques dualistes perdurent, tant au niveau constitutionnel que juridictionnel, et dénaturent les normes internationales. Cependant, il semble que l'immédiateté, qui constituait l'exception selon la CPJI en 1928, tende lentement à devenir la règle. Cela peut permettre d'affirmer, bien qu'avec prudence, que l'individu est bien destinataire *direct* de normes internationales, titulaire des droits et obligations qu'elles portent.

Dans le mouvement inverse, l'immédiateté du rapport ascendant entre individu et ordre international est également en progrès constant. Sa capacité à sortir du cadre étatique pour faire valoir ses droits, assumer ses obligations, devant des organes internationaux, s'exprime même à travers les institutions les plus classiques du droit international. Parallèlement, il possède également de nombreuses voies d'action directe, par lesquelles sa volonté se manifeste. Il devient difficile de soutenir que cela n'est qu'exceptionnel. Dans l'ordre international institutionnel, le particulier, aussi bien requérant qu'accusé, se présente de façon autonome dans bien des cas. D'un point de vue conceptuel, on peut alors envisager la constitution progressive d'un principe qui tendrait à lui reconnaître, non pas une *actio popularis*, mais un intérêt international à agir.

La réponse à la question du statut de l'individu peut ainsi être envisagée de façon largement positive. Le droit positif a nettement évolué en ce sens. Le lien direct entre droit international et individu est matérialisé, dans une première direction, par l'effet direct des normes internationales primaires. Sans que celles-ci soient nécessairement plus précises, elles sont davantage susceptibles d'être directement appliquées, plus nombreuses et mieux prises en compte dans les ordres juridiques internes. Dans un second sens, les normes secondaires habilite davantage l'individu à

agir dans l'ordre international. Ce lien est ici conforté par l'institutionnalisation croissante de la société internationale. En outre, jurisprudence (interne comme internationale) et doctrine sont de plus en plus favorables à l'idée de considérer l'individu comme un sujet international. Il ne reste guère que certaines volontés (inter)étatiques pour résister à une pression qui semble les dépasser<sup>1832</sup>.

L'affirmation d'une personnalité internationale individuelle reste pourtant relative et contingente. L'individu ne figure pas, sur un pied d'égalité, dans le même cercle que les sujets étatiques. Tout comme il existe en droit interne des sujets capables et des sujets incapables, les sujets internationaux semblent devoir être "catégorisés" en sujets totalement capables et partiellement capables. Certes, cela peut être gênant pour l'unité du concept de personnalité<sup>1833</sup> ; pourtant, on ne résiste pas à la tentation de songer, comme G. Cottureau, que "*le sujet en droit international pourrait se décomposer en deux catégories, peut-être : le sujet **de** droit international et le sujet **du** droit international*"<sup>1834</sup>. Toutefois, l'auteur distingue ici les assujettis et les volontaires...et l'on revient alors au problème de la définition du sujet, comme destinataire ou comme auteur de droit. La tentation de distinguer reflète néanmoins la réalité des contenus variables de la personnalité. Les sujets **du** droit international, originaires, entiers, possèderaient l'ensemble des droits et capacités offerts par le droit international. Les sujets **de** droit international n'en possèderaient qu'une partie, néanmoins suffisante à les inclure dans la catégorie générale. Il y aurait ainsi des sujets complets et des sujets partiels, l'individu se trouvant dans la seconde sous-catégorie, en tant que sujet, de droits internationaux, au pluriel, et non du droit international, de tout le droit.

Il aurait été intéressant d'analyser dans quelle mesure l'individu possède plus qu'il n'a été jugé nécessaire pour la reconnaissance de la personnalité, notamment en matière de capacité normative. L'individu possédant un premier stade de capacité d'agir, la question de savoir s'il peut (et doit) être impliqué dans un degré supérieur est cruciale, indéniablement d'actualité. Cependant, l'influence d'une action normative individuelle sur le processus d'élaboration du droit international, qui fait l'objet de

---

<sup>1832</sup> On n'est ainsi pas toujours convaincu de la réalité de l'affirmation présentée par J.L. Florent au Colloque de la SFDI en 2004, lorsqu'il soutient que le Conseil de sécurité n'entend pas faire des individus les destinataires (et sujets) de ses résolutions. La nécessité ressentie de cette affirmation semble d'ailleurs illustrer la résistance du Conseil de sécurité à un mouvement qui tend à lui échapper : l'effet juridique de certaines résolutions, malgré la volonté affichée, parvient bien à atteindre les sujets internes. J.L. Florent, "Les destinataires non étatiques des résolutions du Conseil de sécurité", in *Le sujet en droit international, op.cit.*, pp. 107-116.

<sup>1833</sup> H. Ruiz Fabri montre bien à quel point la démarche de catégorisation présuppose une unicité du concept mais y porte également atteinte : "Les catégories de sujets du droit international", in *Le sujet en droit international, op.cit.*, pp. 55-72.

<sup>1834</sup> G. Cottureau, "Conclusions", in *Le sujet en droit international, op.cit.*, p. 166.

plusieurs études récentes, ne peut être évaluée dans ces quelques lignes<sup>1835</sup>. Cette influence existe certainement, qui verrait poindre l'individu en tant que co-contractant international, par exemple. Cependant, cette capacité, en admettant qu'elle existe, est-elle vraiment celle de l'individu, ou plutôt d'une personne collective, nouveau sujet en devenir ? Ainsi, à travers la société civile internationale, des moyens d'action collectifs interviennent, tant pour empêcher la création du droit, comme ce fut le cas lors de l'échec de l'Accord Multilatéral sur les Investissements (AMI), que pour favoriser sa naissance, comme pour l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale. Néanmoins, cela nécessiterait d'étudier, non seulement l'ensemble de ces moyens d'action, mais également le rapport, d'autonomie ou d'identité, qu'entreprendrait cette capacité individuelle avec une capacité collective conférée à la société civile internationale. On pourrait ainsi, peut-être, reconnaître une capacité normative individuelle, dont l'exercice serait collectif. En outre, l'articulation entre un statut individuel et un statut des ONG, d'une société internationale civile ou incivile, implique d'envisager l'éventualité d'une superposition délicate entre plusieurs personnalités internationales<sup>1836</sup>. En effet, on ne peut assimiler individu et ONG : si la production normative est le résultat d'une action collective de certains "acteurs" internationaux, peut-on encore considérer qu'il s'agit du même individu, dont il a été question tout au long de cette étude ?

Quoi qu'il en soit, l'influence de nouveaux acteurs, individuels ou collectifs, sur la structure de la société internationale, semble non négligeable : n'est-il pas question d'une "privatisation du droit international ?". L'émergence de "groupes de pression" joue un rôle majeur dans la production normative, notamment en matière de droit de l'environnement ou du commerce international. Cependant, cette influence peut être perçue comme ayant des effets néfastes sur la normativité internationale, en ce qu'elle favorise un droit de plus en plus "mou", aux contours incertains. Vecteur de valeurs de démocratisation et de socialisation, la société civile internationale est-elle une réalité juridique ou un simple contre-pouvoir politique ? Répondre à l'ensemble de ces questions est d'un intérêt certain : assiste-t-on au "dédoublement du monde" envisagé par R.J. Dupuy ?<sup>1837</sup> Cependant, outre qu'elle déborde largement le cadre de notre

<sup>1835</sup> C'est notamment toute la problématique de l'étude de S. Szurek portant sur "La société civile internationale et l'élaboration du droit", in H. Guerari, S. Szurek (ss la dir. de), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, Cahiers internationaux no.18, 2003, pp. 49-74. Ainsi, l'auteur remarque que "dans certains cas, on peut se demander si la règle internationale ne résulte pas à présent de la rencontre de deux types de volontés : la volonté étatique, seule apte à produire le droit positif, et la volonté de la partie de la société civile concernée par le champ de la règle, qui exprime le droit nécessaire comme porteur soit de certaines valeurs, soit d'une certaine manière d'envisager l'ordre social" (p. 66).

<sup>1836</sup> S. Szurek souligne ainsi que la reconnaissance d'un statut de la société civile internationale pourrait constituer un obstacle à la personnalité individuelle, en constituant un nouvel écran entre l'ordre juridique international et l'individu, sujet interne. S. Szurek, "La société civile internationale et l'élaboration du droit", *op.cit.*, pp. 68-69.

<sup>1837</sup> R.J. Dupuy, "Le dédoublement du monde", *RGDIP* 1996, pp. 313-321.

étude, la problématique oblige à quitter le seul domaine du droit pour celui des valeurs idéologiques<sup>1838</sup>.

Pris entre une communauté internationale qui se cherche, et une société civile internationale encore incertaine, l'individu saisi par le droit international peut, pour l'heure, être placé parmi les sujets de droit international. Cependant, cette affirmation n'est que relative. L'on doit garder présent à l'esprit l'affirmation de la CIJ selon laquelle l'existence de catégories de sujets de droit correspond aux besoins de la communauté internationale. Ainsi, reconnaître l'individu comme sujet de droit international présente-t-il un intérêt réel aujourd'hui ? A quoi sert la personnalité internationale individuelle ? C'est alors en terme d'utilité de la personnalité que l'on raisonnera<sup>1839</sup>.

## II. Une personnalité internationale utile ?

Identifier les sujets d'un ordre juridique peut paraître, de prime abord, n'être qu'un exercice théorique dénué d'utilité pratique. Il n'en est rien. Même s'il faut revenir aux évidences et tautologies, on peut rappeler que connaître le sujet de droit sert à identifier le support juridique de situations subjectives comprenant droits et obligations. Or, l'exigence de la possession d'un droit subjectif entraîne des conséquences non négligeables, notamment en matière de contentieux, qu'il soit interne ou international.

D'une part, la notion de sujet de droit peut permettre de distinguer les conditions de recevabilité d'une action processuelle, selon que l'on se situe dans un contentieux objectif ou subjectif. Les exigences en matière de preuve d'un intérêt juridique à agir sont plus rigoureuses lorsque l'on exige le respect d'un droit subjectif, plutôt que le rétablissement de la légalité objective. Reconnaître la personnalité internationale de l'individu signifiera qu'il possède un droit à agir, à invoquer une norme internationale. Par conséquent, pour le juge interne, cela implique qu'il peut exister une présomption d'effet direct des normes internationales. Certes, il ne s'agit

<sup>1838</sup> Voir ainsi P.M. Dupuy, "Considérations sur l'opinion publique dans ses rapports avec le droit", in *Le droit international à l'épreuve de la science politique, Mélanges M. Merle*, Paris, Economica, 1993, pp. 303-310. L'auteur, qui distingue "*opinion gouvernementale, opinion de masse et opinion militante*" (p. 304), expose ainsi que l'opinion de masse représente la somme des individus qui s'expriment sur des valeurs internationales que le droit international devrait défendre. L'opinion gouvernementale est celle des Etats, *opinio iuris* créatrice du droit. Entre les deux, il envisage le rôle de l'opinion militante des groupes de pressions internationaux sur le droit. Ainsi, "*traduite autrement, cette dynamique de la revendication s'alimente d'un présupposé idéologique qui fonctionne à la manière d'une fiction juridique : celui d'après lequel l'ensemble des normes de ce type (droits de l'homme – droit humanitaire) seraient d'applicabilité et, en tout cas, d'invocabilité directe par les particuliers*" (p. 309). La question n'est pas récente : voir aussi M. Merle, "Le droit international et l'opinion publique", *RCADI* 1973, pp. 377-411.

<sup>1839</sup> On peut ici faire une remarque sur la définition de l'utilité. Le mot renvoie à deux types de réflexion, sur ce qui est utile, et sur ce qui est utilisable. Le Petit Robert explique que "utile" signifie d'une part "*dont l'usage, l'emploi est ou peut être avantageux, satisfait un besoin*" : c'est un terme d'opportunité. D'autre part, il signifie également utilisable, "*exploitable, pratique, fonctionnel*" : c'est alors un terme d'efficacité, une interrogation sur le caractère opératoire de la notion étudiée.

que d'une présomption réfragable, actuellement facilement renversée par les juges. Cela peut néanmoins contribuer à une meilleure effectivité du droit international dans les ordres juridiques internes. En effet, si l'on pose comme principe que la norme internationale peut entrer dans le patrimoine juridique de l'individu, on assiste à un renversement de la méthode (et des critères) d'identification de l'effet direct, qui est encore insuffisamment reconnu.

D'autre part, savoir qui est sujet de droit sert à identifier le titulaire d'un droit à réparation. En effet, le droit subjectif implique un droit à réparation, que n'entraîne pas toujours un recours dit "objectif". Cela justifie encore davantage l'inclusion de la capacité de faire valoir un droit dans la notion même de personnalité. Affirmer la personnalité internationale de l'individu signifie qu'on peut lui reconnaître, par principe, un droit à réparation en cas de violation d'une norme internationale qui le concerne directement.

En fin de compte, il s'agit essentiellement de savoir à qui s'adressent les normes juridiques, pour trouver le centre d'imputation de responsabilités. A qui s'adresse la norme internationale ? De qui peut-on exiger son respect ? Fatalement, cela semble imprimer un axe excessivement contentieux à la réflexion ; cependant, comment construire un régime juridique de la responsabilité internationale (non pas dans l'objectif de multiplier les sources de litiges, mais au contraire de les prévenir) sans savoir qui est ou qui n'est pas sujet de droit international ? L'objectif originel de la construction juridique de la personnalité n'était-il pas de faire en sorte que la production juridique ne soit pas stérile, que le sujet puisse effectivement appliquer et utiliser les normes ? En tant que conséquence, le phénomène de judiciarisation de la société peut être contesté, tout comme l'est parfois la "juridictionnalisation" du droit international, qui entraîne des risques de contradictions entre juges et, donc, de fragmentation de l'application des normes internationales. Il n'en demeure pas moins qu'il participe d'un mouvement tendant au respect de la légalité internationale, qui doit être concilié avec le respect de la souveraineté étatique. Or, comme on l'a vu, le maintien de rapports subjectifs dans l'ordre international a pour fonction de préserver cette souveraineté. L'opportunité d'une personnalité internationale de l'individu doit alors être "mise en balance" avec la souveraineté, qu'elle paraît contredire.

On est ainsi partagé entre deux considérations d'égale valeur : d'un côté, permettre à l'individu de se prévaloir d'une personnalité juridique internationale pour agir seul face aux Etats constitue, d'un certain point de vue, un progrès. Il ne dépend plus toujours de la bonne volonté étatique pour faire respecter ses droits, et peut s'affranchir de la tutelle d'un Etat parfois oppresseur. D'un autre côté, lui conférer une telle autonomie présente un risque majeur pour le particulier : celui de ne plus pouvoir bénéficier de la protection d'un Etat, peut-être plus efficace en pratique. En outre,

hormis le danger maintes fois souligné de déresponsabiliser l'Etat dans son rôle de protecteur, on peut considérer que la souveraineté est directement atteinte lorsque l'individu agit contre son propre Etat.

S'il y a bien contradiction entre personnalité internationale individuelle et souveraineté étatique, elle semble cependant gérable, au regard de l'évolution du concept même de souveraineté. A partir du moment où l'on garantissait, en droit international, les droits de l'homme, "...la souveraineté cessait d'être ainsi une fin en soi pour être appelée à ne devenir qu'un moyen..."<sup>1840</sup>. L'Etat n'est plus raisonné uniquement en terme de puissance publique, mais de finalité protectrice : la promotion des droits de l'homme est l'objectif de la souveraineté, et le concept évolue dans le sens d'une "*humanisation*" de sa fonction"<sup>1841</sup>. L'idée n'est pas nouvelle ; Grotius affirmait déjà la finalité humaine de la souveraineté. Cependant, elle implique aujourd'hui une conséquence sur la nature de la personnalité internationale de l'individu : elle ne correspond aux besoins de la communauté que dans la mesure où elle est **subsidaire**. Lorsqu'aucun Etat n'intervient avec succès, alors l'individu, responsabilisé, doit pouvoir agir face aux autres sujets internationaux. Il n'y a pas d'atteinte réelle à la souveraineté étatique, dès lors que celle-ci n'a pas rempli son rôle.

Faut-il considérer que la personnalité internationale individuelle répond à un besoin de la communauté internationale, pour faire écho au raisonnement de la CIJ en 1949 ? Si tel était le cas, on pourrait peut-être penser que, envisagée en termes de fonction, cette personnalité sert à pallier les défaillances de l'Etat souverain dans le processus d'application du droit. Mais ce n'est là qu'une hypothèse.

---

<sup>1840</sup> P.M. Dupuy, "Cours général de droit international public : l'unité du droit international", *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 415.

<sup>1841</sup> *Ibid.*, p. 416.



## Bibliographie

**Note** : Ne figurent pas dans la bibliographie les jurisprudences nationales, étrangères et internationales citées, ni les conclusions des commissaires de gouvernement, notes et chroniques de jurisprudence.

- I. Manuels, ouvrages généraux
- II. Ouvrages spécialisés, thèses
- III. Ouvrages collectifs, mélanges
- IV. Cours de l'Académie de droit international de La Haye
- V. Articles
- VI. Sites internet

### I. Manuels et ouvrages généraux

- ALLAND D., RIALS S.**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p.
- ANZILOTTI D.**, *Cours de droit international (1929)*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 1999, 534 p.
- ARNAUD A.J.**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 1993, 758 p.
- BASDEVANT J.**, *Dictionnaire de terminologie du droit*, Paris, Sirey, 1960, 755 p.
- BEDJAOUI M.**, *Droit international - Bilan et perspectives*, vol. 1, Paris, Pedone, 1991, 630 p.
- CARBONNIER J.**, *Droit civil*, Vol. 4, Les obligations, Paris, PUF, Collection Thémis, 2000, 665 p.
- COMBACAU J., SUR S.**, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2004, 809 p.
- CORNU G.**, *Droit civil, introduction : les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, Précis Domat 12<sup>ème</sup> édition, 2005, 733 p.
- DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C.**, *Grands systèmes de droit contemporain*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2002, 553 p.
- DUPUY P.M.**, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2004, 811 p.
- DUPUY P.M.**, *Les grands textes de droit international public*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2004, 880 p.
- KELSEN H.**, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ 1997, 518 p.

- KELSEN**, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Paris, Bruylant LGDJ, 1999, (réédition de 1962), 368p.
- KOLB R.**, *Les cours généraux de l'Académie de La Haye*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 1153 p.
- PELLET A.** et **DAILLIER P.**, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2002, 1510 p.
- ROUSSEAU C.**, *Droit international public, vol. 2 : les sujets de droit*, Paris, Sirey, 1974, 797 p.
- ROUSSEAU D.**, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2001, 507 p.
- SALMON J.** (sous la dir de) *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 1198 p.
- SCELLE G.**, *Cours de droit international public*, Editions Domat-Montchrestien, 1948, 1008 p.
- SCELLE G.**, *Précis de droit des gens*, Editions CNRS, 1984 (réédition de 1932, Sirey), 563 p.
- SORENSEN M.**, *Manual of public international law*, McMillan, Londres, Melbourne, Toronto, NY, 1968, 938 p.
- SUDRE F.**, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, PUF, Collection droit fondamental, 1997, 422 p.
- TERRE F.**, *Introduction au droit*, Paris, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 2003, 609 p.
- TERRE F.**, **SIMLER P.**, **LEQUETTE Y.**, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, 8<sup>ème</sup> édition, 2002, 1438 p.
- TURPIN D.**, *Contentieux constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, PUF, 1994, 543 p.
- VERHOEVEN J.**, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p.
- VIRALLY M.**, *La pensée juridique*, Editions Panthéon Assas, Collection les introuvables, 1998, 225 p.
- VISSCHER C.** de, *Théories et réalités en droit international*, Paris, Pedone, 1970, 450 p.

## II. Ouvrages spécialisés, thèses

- ASCENCIO H.**, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, Thèse Paris X, 373 p.
- BASSIOUNI C.**, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 343 p.
- BECHILLON D.** de, *Qu'est-ce-qu'une règle de droit ?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, 302 p.
- BEN HAMIDA W.**, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse Paris II, 2003.
- BERGER V.**, *Jurisprudence de la CEDH*, Paris, Sirey, 9<sup>ème</sup> édition, 2004, 818 p.

- BERRAMDANE A.**, *La hiérarchie des droits – droits internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 2002, 272 p.
- CAHIN G.**, *La coutume internationale et les organisations internationales*, Paris, Pedone, 2001, 782 p.
- CASSIA P.**, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2002, 1045 p.
- CONSEIL D'ETAT** (Etudes du), *La norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, 2000, 190 p.
- DOMINICE C.**, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Recueil d'études, Genève, Genève, PUF, IUHEI, 1997, 534 p.
- FOULQUIER N.**, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du 19<sup>ème</sup> au 20<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2003, 805 p.
- GOESEL LE BIHAN V.**, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la V<sup>ème</sup> République*, Paris, Pedone, 1995, 437 p.
- GUERRY E.**, *Recherches sur la personnalité internationale de l'individu*, Thèse Paris, 1923, 276 p.
- KOLLIPOULOS A.**, *La Commission d'indemnisation des Nations unies et le droit de la responsabilité internationale*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, vol. 114, 2001, 483 p.
- LAUGIER-DESLANDES S.**, *Les méthodes d'interprétation du juge français face au droit international*, Thèse Paris I, 2001, 640 p.
- LEBEN C.**, *H.Kelsen, écrits français de droit international*, Paris, PUF 2001, 316 p.
- MAISON R.**, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 547 p.
- MOTULSKY H.**, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002 (réédition de Sirey, 1948), 183 p.
- NORGAARD**, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhague, Munksgaard, 1968, 325 p.
- PETROVIC D.**, *L'effet direct des accords internationaux dans la CE : à la recherche d'un concept*, Paris, PUF 2000, 304 p.
- REMEC P.**, *The position of individual in international law according to Grotius and Vattel*, Martinus Nijhoff, 1960, 259 p.
- REUTER P.**, *Développements de l'ordre juridique international, écrits de droit international*, Paris, Economica 1995, 643 p.
- ROCHETTE J.**, *L'individu devant le droit international*, Paris, Montchrestien, 1956, 172 p.
- RUIZ FABRI H.**, *Sur quelques aspects de la coutume en droit international contemporain*, Thèse dactylographiée, Bordeaux I, 1989, 682 p.
- SALEILLES R.**, *Cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 2<sup>ème</sup> édition, Rousseau, Paris, 1922, p. 539.

- SANTULLI C.**, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, LGDJ, Paris, Collection Travaux et recherches Panthéon-Assas 1996, 97 p.
- SANTULLI C.**, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, 540 p.
- SEGAL S.**, *L'individu en droit international positif*, Thèse Paris, 1932, 180 p.
- STERN B.**, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p.
- SUNGA L.**, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, 227 p.
- TENEKIDES G.**, *L'individu dans l'ordre juridique international*, Thèse Paris, 1933, 261 p.
- TORRELLI M.**, *L'individu et le droit de la CEE*, Presses de l'Université de Montréal, 1970, 396 p.
- TOURARD H.**, *L'internationalisation des constitutions nationales*, Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, T.96, Paris, LGDJ 2000, 724 p.
- VOEFFRAY F.**, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Genève, PUF, 2004, 408 p.
- WYLER E.**, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Publications de l'IUHEI, Genève, PUF 1990, 295 p.
- ZOLLER E.**, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 2000, 1328 p.

### III. Ouvrages collectifs, mélanges

- ASSOCIATION INTERNATIONALE DES HAUTES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES (AIHJA)** *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives*, Paris, La documentation Française, 2000, 502 p.
- BEN ACHOUR R.** (ss la dir. de), *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres internationales de la faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Pedone 1998, 318 p.
- BEN ACHOUR R., LAGHMANI S.**, *Harmonie et contradictions en droit international*, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Pédone, 1996, 346 p.
- CANAL-FORGUES E.** (sous la dir. de), *Recueil des constitutions des pays arabes*, Bruylant Bruxelles 2000, 515 p.
- CASSESE A., DELMAS-MARTY M.** (sous la dir. de), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, 267 p.
- CASSESE A., DELMAS-MARTY M.** (sous la dir. de), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, 673 p.

- DELPEREE F., FOUCHER P.** (sous la dir. de.), *La saisine du juge constitutionnel, aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 201 p.
- DESTEXHE A. et FORET M.** (sous la dir. de), *De Nüremberg à La Haye et Arusha*, Bruylant, Bruxelles, Collection justice internationale, 1997, 143 p.
- DUPUY P.M.** (sous la dir. de), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du CE*, Paris, Edition Panthéon Assas, 2001, 128 p.
- EISEMANN P.M.** (sous la dir. de), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique interne, étude de la pratique en Europe*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996, 587 p.
- GHERARI H., SZUREK S.**, *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Colloque CEDIN Paris X, Paris, Pedone, 2003, p. 17.
- GUINCHARD S.** (et autres), *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, 1289 p.
- JUILLARD P., STERN B.**, *Les emprunts russes et le règlement du contentieux financier franco-russe*, Paris, Pedone, Collection Cahiers Internationaux, No. 16, 327 p.
- PETTITI L.E., DECAUX E., IMBERT P.H.**, *La CEDH – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2<sup>ème</sup> édition, 1999.
- SFDI**, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, 344 p.
- SFDI**, *L'application du droit international par le juge français*, Journée d'études 1970, A.Colin 1972, 126 p.
- SFDI**, *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 2005, 170 p.
- SFDI**, *Les collectivités territoriales non-étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone, 2002, 208 p.
- SOYER J.C, DE SALVIA M.**, *Le recours individuel supranational: mode d'emploi*, Paris, LGDJ 1992, 287 p.
- TEITGEN-COLLY C.** (sous la dir. de), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, collection Droit et justice, no. 33, 2002, 322 p.
- WACHSMANN P., EISSEN J.M., FLAUSS, ...**, *Le protocole no 11 à la CEDH*, Collection Droit et Justice No15, Bruylant Bruxelles, 194 p.
- Droit et justice. Mélanges N. Valticos*, Paris, Pedone, 1999, 705 p.
- Le droit international au service de la paix, de la justice, et du développement. Mélanges M. Virally*, Paris, Pedone, 1991, 511 p.
- Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de G. Conac*, Paris, Economica, 2001, 458 p.
- Les droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges K. Vasak*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1189 p.

- Problèmes fondamentaux du droit international. Mélanges J. Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbuch, 1957, 471 p.
- Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Naples, 2004, 2340 p.
- Techniques et principes du droit public. Mélanges G. Scelle*, 1950, 2 volumes, Paris, LGDJ, 913 p.
- Theory of International Law at the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century. Mélanges Skubizewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 1008 p.

#### **IV. Cours de l'Académie de droit international de La Haye**

- BARBERIS J.**, “Nouvelles questions concernant la personnalité internationale”, 1983, vol. 179, pp. 145-304.
- BEREZOWSKI C.**, “Les sujets non souverains du droit international”, 1938, vol. 65, pp. 1-85.
- BISHOP W.**, “General Course on Public International Law”, 1965-2, vol. 115, pp. 147-470.
- BROWNLIE I.**, “General Course on Public International Law”, 1995, vol. 255, pp. 9-228.
- BUERGENTHAL T.**, “Self-executing and Non Self-executing Treaties”, 1992-4, pp. 307-400.
- CAPOTORTI**, “Cours général de droit international public”, 1994-4, vol. 248, pp. 9-344.
- CONFORTI B.**, “Cours général de droit international public”, 1988-5, vol. 212, pp. 9-210.
- DE VISSCHER Ch.**, “Méthode et système en droit international”, 1973, vol. 138, pp. 75-79.
- DE VISSCHER P.**, “Cours général de droit international public”, 1972-2, vol. 136, pp. 1-202.
- DUPUY P.M.**, “Le fait générateur de la responsabilité internationale”, 1984, vol. 188, pp. 9-133.
- DUPUY P.M.**, “Cours général droit international public, l'unité du droit international”, 2002, vol. 297, pp. 9-240.
- EUSTATHIADES C.**, “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale”, 1953-3, vol. 84, pp. 397-633.
- FELDMAN**, “International Personality”, 1985, vol. 191, pp. 343-414.
- FITZMAURICE G.**, “Principes généraux du droit international”, 1957-2, vol. 92, pp. 1-227.

- FRANCK T.**, “Fairness in the International legal and institutional System. General Course on Public International Law”, 1993-3, vol. 240, pp. 9-498.
- GIARDINA A.**, “La mise en œuvre au niveau national des arrêts et décisions internationaux”, 1979-4, vol. 165, pp. 233-352.
- HONRUBIA V.A.**, “La responsabilité internationale de l'individu”, 1999, vol. 280, pp. 135-428.
- JACQUE J.P.**, “Acte et norme en droit international public”, 1991.2, vol. 227, pp. 357-417.
- JENNINGS R.Y.**, “General Course on Principles of International Law”, 1967-2, vol. 121, pp. 323-605.
- JUILLARD P.**, “L'évolution des sources du droit des investissements”, 1994, vol. 250, pp. 9-215.
- KELSEN H.**, “Droit interne et droit international”, 1926-4, pp. 275-320.
- KELSEN H.**, “Théorie du droit international public”, 1953-3, vol. 84, p.5-203.
- KRYLOV**, “Les notions principales du droit des gens (la doctrine soviétique du droit international)”, 1947-1, vol. 70, pp. 407-476.
- LAUTERPACHT H.**, “Règles générales du droit de la paix”, 1937-4, vol. 62, pp. 95-422.
- LEBEN Ch.**, “La théorie des contrats d'Etat et l'évolution du droit international des investissements”, 2003, vol. 302, pp. 197-386.
- MCDUGAL M.S.**, “International Law, Power and Policy: a Contemporary Conception”, 1953-1, vol. 82, pp. 133-260.
- MENDELSON H.M.**, “The Formation of Customary International Law”, 1998, vol. 272, pp. 155-410.
- MORELLI G.**, “Cours général de droit international public”, 1956-1, vol. 89, pp. 438-604.
- PESCATORE P.**, “Les relations extérieures des communautés européennes”, 1961-2, vol. 103, pp. 1-244..
- PILOTTI M.**, “Les Unions d'Etats”, 1928, vol. 24, pp. 445-546.
- QUADRI R.**, “Cours général de droit international public”, 1964-3, pp. 237-477.
- RANJEVA R.**, “Les ONG et la mise en œuvre du droit international”, 1997, vol. 270, pp. 9-105.
- REUTER P.**, “Principes de droit international public”, 1961-2, vol. 103, pp. 425-656.
- ROUCOUNAS E.**, “Facteurs privés et droit international public”, 2002, vol. 299, pp. 9-420.
- ROUSSEAU C.**, “Principes de droit international public”, 1958-1, vol. 93, pp.370-550.
- SCELLE G.**, “Règles générales du droit de la paix”, 1933-4, vol. 46, pp. 333-703.
- SEIDL-HOHENVELDERN I.**, “International Economic Law. General Course on Public International Law”, 1986-3, vol. 198, pp. 91-264.

- SIOTTO-PINTOR M.**, “Les sujets de droit international autres que les Etats”, 1932-3, vol. 41, pp. 245-361.
- SORENSEN**, “Principes de droit international public”, 1960, vol. 101, pp. 5-250.
- SPERDUTI G.**, “L’individu et le droit international”, 1956, vol. 90, pp. 727-849.
- SPERDUTI G.**, “Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne”, 1976-5, vol. 153, pp. 319-410.
- SPIROPOULOS J.**, “L’individu et le droit international”, 1929-5, vol. 30, pp. 191-270.
- STRUPP K.**, “Règles générales du droit de la paix”, 1934-1, vol. 47, pp. 260-595.
- TRIEPEL H.**, “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, 1923, vol. 1, pp. 77-118.
- TRUYOL Y SERRA A.**, “Cours général de droit international public”, 1981-4, vol. 173, pp. 9-444.
- TRUYOL Y SERRA A.**, “Genèse et structure de la société internationale”, 1959, vol. 96, pp. 553-642.
- TUNKIN G.**, “International Law in the International System”, 1975-4, vol. 147, pp. 1-218.
- VERDROSS**, “Règles générales du droit de la paix”, 1929-5, vol. 30, pp. 271-517.
- VIRALLY M.**, “Cours général de droit international public contemporain”, 1983, vol. 183, pp. 9-382.
- VIRALLY M.**, “Panorama du droit international contemporain”, 1985, vol. 183, pp. 9-382.
- VON DER HEYDTE**, “L’individu et les tribunaux internationaux”, 1962, vol. 107, pp. 287-359.
- WALZ G.A.**, “Les rapports du droit international et du droit interne”, 1937-3, vol. 61, pp. 376-456.
- WEIL P.**, “Le droit international en quête de son identité, cours général de droit international public”, 1992-6, pp. 9-370.
- YASSEEN M.K.**, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne”, 1976-3, vol. 151, pp. 1-159.

## V. Articles

- ALLAND D.**, “Consécration d’un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international”, *RFDA* 1998, pp. 1094-1104.
- ALLAND D.**, “L’applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l’office du juge : des habits neufs pour une vieille dame”, *RGDIP* 1998, pp. 203-244.

- ALLAND D.**, “La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté”, *RGDIP* 1997-4, pp. 1053-1067.
- AMSELEK P.**, “Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit"”, *APD* T.27, Sirey 1982, pp. 251-258.
- AMSELEK P.**, “L’acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann”, in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, Paris, 1986, 261 p.
- ASCENSIO H.**, “L'*Amicus curiae* devant les juridictions internationales”, *RGDIP* 2001-4, pp. 897-930.
- AUFRICHT H.**, “Personality in International Law”, *The American Political Science Review*, 1943, vol. 37, No. 2, pp. 217-243.
- AYISSI A., MAIA C.**, “La lutte contre le drame des enfants soldats ou le Conseil de sécurité contre le terrorisme à venir”, *RTDH* 2004, vol. 58, pp. 341-352.
- BEN HAMIDA W.**, “L'arbitrage Etat-investisseur : regards sur les traités et projets récents”, *JDI* 2004-2, pp. 419-441
- BENNOUNA M.**, “La protection diplomatique, un droit de l'Etat?”, in *Mélanges B. Boutros-Ghali*, volume I, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 245-250.
- BEREZOWSKI C.**, “Les problèmes de la subjectivité internationale”, *Mélanges J. Andraszy*, Martinus Nijhoff, la Haye 1968, 365 p.
- BERLIA G.**, “Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique”, *AFDI*, 1957, pp. 63-72.
- BLENGINO C.**, “La position juridique de l'individu dans le Statut de la CPI”, in M. Chiavaro (ss la dir de), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 153-166.
- BORCHARD E.**, “The Access of Individuals to International Courts”, *AJIL* 1930, vol. 24, pp. 359-365.
- BOUONY L.**, “Regard sur la Commission d'indemnisation des Nations Unies”, *AFDI* 1997, pp. 116-131.
- BOURQUIN M.**, “La position de l'individu dans l'ordre juridique international”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1954, pp. 880-897 et 973-988.
- CAFLISH L., CANÇADO TRINDADE A.A.**, “Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général”, *RGDIP* 2004-1, pp. 5-62.
- CANAL-FORGUES E.**, “Remarques sur le recours aux travaux préparatoires”, *RGDIP* 1993, pp. 901-935.
- CANCADO TRINDADE A.A.**, “La protection des droits économiques sociaux et culturels : évolutions et tendances actuelles, particulièrement à l'échelle régionale”, *RGDIP*, 1990-4, pp. 914-946.
- CANÇADO TRINDADE A.A.**, “Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle”, *AFDI* 2000, pp. 548-577.

- CANÇADO TRINDADE A.A.**, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law : Recents Developments”, in *Mélanges Karel Vasak*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 521-544.
- CARBONNIER J.**, “Etre ou ne pas être. Sur les traces du non-sujet de droit”, in *Flexible droit*, 10<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2001, pp. 231-246.
- CARBONNIER J.**, “Sur les traces du non-sujet de droit”, *APD* T.34, Sirey, 1989, pp. 197-207.
- CASSESE A.**, “Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *EJIL* 2001-5, pp. 993-1002.
- CASSIA P.**, “L’invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n’aura pas lieu”, *RFDA* 2002, pp. 20-32.
- CASTAING C.**, “L’extension du contrôle de conventionnalité aux principes généraux du droit communautaire”, *RTDE*, 2003-3.
- CAVARE L.**, “La notion de juridiction internationale”, *AFDI* 1956, pp. 496-509.
- CHAPPEZ J.**, “Protection diplomatique”, *Jurisclasseur Droit international*, volume 4, 1999, fascicule 250, pp. 1-40.
- COHEN-JONATHAN G.**, “La responsabilité pour atteinte aux droits de l’homme”, in *La responsabilité dans le système international*, Colloque SFDI du le Mans, Pedone, 1991, pp. 101-135.
- COMBACAU J.**, “Le droit international, bric-a-brac ou système”, *APD* T.31, *Le système juridique*, 1986, pp. 85-101
- COMBACAU J.**, “Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponses”, in *Mélanges Reuter*, pp. 181-204.
- CONDORELLI L.**, “La Cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu’il soit accompli...)”, *RGDIP* 1991, pp. 7-21.
- COWLES W.**, “The Impact of International Law on the Individual”, *Proceedings of the ASIL*, 1952, pp. 71-85.
- DAOUDI R.**, “La représentation en droit international public”, in *Mélanges P. Reuter*, Pedone, 1981, pp. 205-219
- D’ARGENT P.**, “L’expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien ?”, *RGDIP* 2004-3, pp. 597-632.
- DAUDET Y.**, “Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ?”, in *Mélanges J. Boulonis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 97-112.
- DAVID E.**, “Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales”, in J.F. Flauss (sous la dir. de), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 135-175
- DE GEÖCZE B.**, “Les personnes privées sont-elles sujets de droit international ?”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1934, pp. 119-134.

- DE YANGUAS MESSIA J.**, “La protection diplomatique en cas de double nationalité”, in *Hommages d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 547-558.
- DEBBASCH O.**, “Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international”, in *L'Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 139-180.
- DHOMMEAUX J.**, “Le CDH, 10 ans de jurisprudence”, *AFDI*, 1987, p. 447.
- DHOMMEAUX J.**, “Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme”, *AFDI* 1995, pp. 447-469.
- DOMINICE C.**, “L'individu, la coutume internationale, et le juge national”, in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, L'Hermès, Lyon 1980, pp. 193-209.
- DUBOS O.**, “L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise”, *RFDA* 2003-3, pp. 568-575.
- DUBOUIS L.**, “Distinction entre le droit de l'Etat réclamant et le droit du ressortissant à la protection diplomatique”, *RCDIP*, 1978, pp. 615-640.
- DUBOUIS L.**, “La distinction entre le droit de l'Etat réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique”, *RCDIP*, 1978, pp. 615-640.
- DUGARD J.**, “International Law and the South African Constitution”, *JEDI*, 1997-1, pp. 77-92.
- DUPUY P.M.**, “L'individu et le droit international”, *APD*, T32, Sirey 1997, pp. 119-133.
- DUPUY P.M.**, “Humanité, communauté et efficacité du droit”, in *Mélanges R.J. Dupuy*, Paris, Pedone, pp. 147-382.
- DUPUY P.M.**, “Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats : un bilan”, *RGDIP* 2003-2, pp. 305-347.
- DUPUY R.J.**, “Le dédoublement du monde”, *RGDIP* 1996, pp. 313-321.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE J.**, “Le droit international fait-il partie du droit anglais”, in *Le droit international : unité et diversité, Mélanges P. Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 243-268.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE J., GRIEF N., SAULNIER E.**, “L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (2001-2002)”, *RTDE* 2003-3, pp. 471-488.
- EUSTATHIADES C.**, “Les recours individuels devant la Commission européenne des droits de l'homme”, in *Mélanges Spiropoulos, Problèmes fondamentaux du droit international*, Bonn, Schimmelbusch &Co, 1957, pp. 113-138.
- FAVOREU L.**, “Les affaires du Sud-Ouest africain”, *AFDI* 1966, pp. 123-143.
- FAVOREU L.**, “Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, No. 10, pp. 99-102.

- FERRARI P.**, “Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français”, in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, pp. 215-229.
- FLAUSS J.F.**, “Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le protocole No. 9 à la Convention européenne des droits de l'homme”, *AFDI* 1990, pp. 507-519.
- FLAUSS J.F.**, “L'incorporation de la Convention européenne dans le droit suédois”, in *Mélanges M.A. Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 141-156.
- FOURLANOS G.**, “Subjectivity in International Law and the Position of the Individual”, *Nordic Journal of International Law*, 1984, vol. 53, pp. 9-23.
- FRUMER P.**, “Jurisprudence de la cour interaméricaine des droits de l'homme”, *RBDI*, 1995-2, pp. 514-539.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J.**, “La règle d'application directe”, *RBDI* 1980-2, pp. 345-354.
- GHERARI H.**, “Le comité des droits économiques sociaux et culturels”, *RGDIP* 1992-1, pp. 75-102.
- GONIDEC**, “Droit international et droit interne en Afrique”, *Penant*, 1996, pp. 241-257.
- GOYARD-FABRE S.**, “Sujet de droit et objet de droit”, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1992, No. 22, Presses Universitaires de Caen, pp. 7-30.
- GRZEGORCZYK**, “Le sujet de droit, trois hypostases”, *APD* T.34, pp. 9-24.
- GUILLAUME G.**, “La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles”, in *Mélanges Levasseur*, Litec, 1992, pp. 25-36.
- GUILLAUME G.**, “L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des Etats des résolutions du Conseil de Sécurité prises en vertu du Chapitre VII de la Charte”, *RIDC*, 1998.
- HANNUM H.**, “Are Indigenous Populations Entitled to International Juridical Personality?”, *Proceedings of the ASIL*, 1985, pp. 185-208.
- HENKIN L.**, “US Ratification of Human Rights Conventions : the Ghost of Senator Bricker”, *AJIL* 1995, pp. 341-349.
- HENZELIN M.**, “La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia”, *RGDIP* 2002-4, pp. 819-854.
- HIGGINS R.**, “Conceptual Thinking about the Individual in International Law”, *British Journal of International Studies*, 1978-4, pp. 1-19.
- HORCHANI F.**, “Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation”, *JDI* 2004-2, pp. 407-408.
- IWASAWA**, “The Relationship Between International Law and National Law : Japanese Experiences”, *BYIL*, 1993, pp. 366 s.
- JACKSON J.H.**, “Status of Treaties in Domestic Legal Systems: a policy analysis”, *AJIL* 1992, pp. 310-340.

- JANIS M.W.**, “Individuals and the International Court”, in *The ICJ : its future rôle after 50 years*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1997, pp. 205-216 (433 p.).
- JESSUP P.**, “The Subjects of a Modern Law of Nations”, *Michigan Law Review*, 1947, vol. 45, No. 4, pp. 383-408.
- KDHIR M.**, “La théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux relations internationales de la France à l'épreuve du droit international”, *JDI* 2003-4, pp. 1059-1083.
- KELSEN H.**, “Droit interne et droit international”, *RCADI* 1926-4, pp. 275-320.
- KELSEN H.**, “La transformation du droit international en droit interne”, *RGDIP* 1936, pp. 5-49.
- KELSEN H.**, “Les rapports de système entre droit interne et droit international”, in *Leben Ch., H.Kelsen, écrits français de droit international*, PUF, Paris, 2001, p. 176 (issu de *RGDIP* 1936).
- KERBRAT Y.**, “Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées : les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone”, in P. Tavernier (ss la dir. de), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 263-273.
- KHERAD R.**, “La compétence de la C.P.I”, *Dalloz* 2000, no. 39, Chronique pp. 587-594.
- KHERAD R.**, “La question de la définition du crime d'agression dans le Statut de Rome”, *RGDIP* 2005-2, pp. 331-361.
- KOLB R.**, “Droit et valeurs : la réception de valeurs en droit”, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 21, 2002.
- KOLB R.**, “Une observation sur la détermination de la subjectivité internationale”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1997, no.52, pp. 115-125.
- KOLB R.**, “Nouvelle observation sur la détermination de la personnalité juridique internationale”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 87, 2002, pp. 223-241.
- KOROVICZ M.**, “The Problem of the International Personality of Individuals”, *AJIL*, 1956, vol. 50, pp. 533-562.
- KOUDE R.M.K.**, “Peut-on, à bon droit, parler d'une conception africaine des droits de l'homme ?”, *RTDH* 2005-1, pp. 539-561.
- KOWOUVIH S.**, “La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de "spécificité africaine" en matière de droits de l'homme”, *RTDH* 2004, vol. 59, pp. 757-790.
- KRESS C.**, “L'organe *de facto* en droit international public. Réflexion sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents”, *RGDIP* 2001, pp. 93-141.

- LAMBERT-ABDELGAWAD E.**, “Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées”, *Revue internationale de droit comparé*, 2003-3, pp. 539-574.
- LANFRANCHI M.P.**, “La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité”, *AFDI* 1997, pp. 31-57.
- LAUCCI C.**, “Projet de Tribunal spécial pour la Sierra Leone : vers une troisième génération de juridictions pénales internationales ?”, *L'observateur des Nations unies*, 2000, No. 9, pp. 195-217.
- LEJBOWICZ A.**, “L’individu, sujet de droit international?”, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Presses Universitaires de Caen, 1992, No. 22, pp. 151-166.
- LENOIR N.**, “La Chambre des Lords, à propos des projets actuels de réforme constitutionnelle”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, No. 3, pp. 37-45.
- LENOIR N.**, “Le nouvel ordre constitutionnel d’Afrique du Sud”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, No.1, pp. 37-40.
- LERNER N.**, “International law and the State of Israel”, in *Introduction to the Law of Israel*, Edited by A. Shapira and K.C. Dewitt-Ara, Kluwer Law International, 1995, pp. 383-395.
- MABAKA P.M.**, “L’incorporation de la CEDH dans l’ordre juridique britannique”, *RTDH* 2000.1, pp. 5-42.
- MALENOVSKI J.**, “Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des Pays d’Europe Centrale et Orientale (PECO)”, *AFDI* 1999, pp. 29-54.
- MALJEAN-DUBOIS S.**, “L’affaire relative à l’application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires”, *AFDI* 1996, pp. 357-386.
- MANNER G.**, “The Object Theory of the Individual in International Law”, *AJIL*, 1952, vol. 46, pp. 428-449.
- MAREK K.**, “Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI”, *RGDIP*, 1962, pp. 261-298.
- MARIE J.B.**, “La pratique de la CDH de l’ONU en matière de violation des droits de l’homme”, *RBDI*, 1980-2, pp. 355-380.
- MAUGÛE C.**, “L’arrêt Sarran, entre apparence et réalité”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, No. 7, pp. 87-92.
- MAZIAU N.**, “Jurisprudence française relative au droit international”, *AFDI* 2002, pp. 725-761.
- MCDUGAL M.**, “The International Law Commission's Draft Articles upon Interpretation of Treaties”, *AJIL* 1967.

- MEHDI R.**, “La recevabilité des recours formés par les personnes physiques ou morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu...”, *RTDE* 2003-1, pp. 23-50.
- MENON P.K.**, “Individuals as Subjects of International Law”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1992, vol. 70, pp. 295-319.
- MONCONDUIT F.**, “L’abus du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l’homme”, *AFDI*, 1971, pp. 347-365.
- MORIN J.Y.**, “L’Etat de droit : émergence d’un principe du droit international”, *RCADI* 1995, vol. 254, pp. 9-462.
- MOSLER**, “Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public”, *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 228-262.
- MOULIER I.**, “Observations sur l’Alien Tort Claims Act et ses implications internationales”, *AFDI* 2003, pp. 133-164.
- MUBIALA M.**, “La Cour africaine des droits de l’homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ?”, *RGDIP*, 1998-3, pp. 765-780.
- MULLERSON R.**, “Human Rights and the Individual as Subject of International Law”, *JEDI*, 1990, pp. 33-43.
- NEIRINCK C.**, **MARTIN P.M.**, “Un traité bien maltraité. A propos de l’arrêt Lejeune”, *JCP* 1993, No. 3677.
- OBILADE A.O.**, “The Individual as a Subject of International Law”, *The Indian Journal of International Law*, 1974, vol. 14, pp. 90-99.
- O’CONNELL D.P.**, “La personnalité en droit international”, *RGDIP* 1963, pp. 6-43.
- OLINGA A.D.**, “L’applicabilité directe de la Convention Internationale sur les Droits de l’Enfant (CIDE) devant le juge français”, *RTDH* 1995.
- OLINGA A.D.**, “Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l’homme et des peuples aux systèmes européens et interaméricain de garantie des droits de l’homme”, *RTDH* 2005-1, pp. 499-537.
- PAZARTZIS P.**, “Tribunaux pénaux internationalisés : une nouvelle approche de la justice (inter)nationale ?”, *AFDI* 2003, pp. 641-661.
- PELLET A.**, “Droits-de-l’hommisme et droit international”, conférence du 18 juillet 2000 devant la CDI, publiée en anglais “Human Rightism and International Law”, *Italian Yearbook of International Law*, 2001, vol. 10, pp. 3-16.
- PELLET A.**, “Le bon droit et l’ivraie : plaidoyer pour l’ivraie”, in *Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes, Mélanges Ch. Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493.
- PELLET A.**, “Le droit international à l’aube du XXIème siècle”, in *Cursos de Derecho Internacional*, 1997-1, pp. 19-112.
- PELLET A.**, “Pour la CPI quand même ! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine”, *L’observateur des Nations Unies*, No. 5, Automne-hiver 1998, pp. 143-163.

- PELLET A.**, “Remarques sur une révolution inachevée – Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats”, *AFDI* 1996, pp. 7-32.
- PERRIN G.**, “Réflexions sur la protection diplomatique”, *Mélanges M. Bridel*, Imprimeries réunies, Lausanne 1968, pp. 379-412.
- PESCATORE P.**, “L'application judiciaire des traités internationaux dans la CE et ses Etats membres”, *Mélanges P.H. Teitgen*, Paris, Pedone 1984, pp. 355-406.
- PHILIPPE X.**, “La Cour constitutionnelle sud-africaine”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, No. 9, pp. 41-52.
- PINTO M.**, “De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme”, *RGDIP* 2002, pp. 513-548.
- POIRAT F.**, “L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédure de règlement des différends et statut des personnes privées”, *RGDIP*, 1998-1, pp. 45-84.
- POIRAT F.**, “Les résolutions du Conseil de sécurité devant le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation : variations sur un même thème”, *Jurisprudence française en matière de droit international public*, *RGDIP* 2000, pp. 541-558.
- QUILLERE-MAJZOUB F.**, “L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique”, *RTDH* 2000, pp. 729-785.
- RANDELZHOFFER A.**, “The Legal Position of the Individual under Present International Law”, in *State Responsibility and the Individual*, A. Randelzhofer et C. Tomuschat, Martinus Nijhoff, La Haye, 1999, pp. 231-243.
- REGOURD S.**, “L'article 55 de la Constitution et les juges : de la vanité de la clause de réciprocité”, *RGDIP* 1983, pp. 780-816.
- ROMANO C.**, **BOUTRUCHE T.**, “Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice hybrides”, *RGDIP* 2003-1, pp. 109-124.
- ROUSSEAU D.**, “Pour une Cour constitutionnelle ?”, *RDP* 2002, pp. 363-375.
- RUIZ FABRI H.**, “Immatériel, territorialité et droit”, *APD* vol. 43, 1999, pp. 187-212.
- RUZIE D.**, “Du droit de pétition individuelle en matière de droits de l'homme : à propos de la résolution 1503 du CES de l'ONU”, *RDH*, 1971, vol. 4, pp. 89-101.
- SALMON J.**, “Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales”, *AFDI* 1964, pp. 225-266.
- SALMON J.**, “Le fait étatique complexe : une notion contestable”, *AFDI* 1982, pp. 709-738.
- SANTULLI C.**, “Les juridictions de droit international : essai d'identification”, *AFDI* 2001, pp. 45-61.
- SANTULLI C.**, “Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD”, *AFDI* 2000, pp. 58-81.
- SAPIENZA R.**, “Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités”, *RGDIP* 1999, pp. 601-629.

- SASSOLI M.**, “L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international”, *RGDIP* 2002-4, pp. 791-818.
- SASTRE M.**, “La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des traités sur la loi”, *RGDIP* 1999, pp. 147-168.
- SCELLE**, “Pouvoir étatique et droit des gens”, *RDP* 1943, pp. 189-229.
- SCHUTTER O. de**, “Sur l'émergence de la société civile internationale en droit international : le rôle des associations devant la CEDH”, *JEDI*, 1996, vol. 7, No. 3, pp. 372-410.
- SIMON D.**, “L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé”, *Europe*, mars 1999, pp. 4-6.
- SOREL J.M.**, “L'émergence de la personne humaine en droit international : l'exemple de la jurisprudence de la CIJ”, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Naples, 2004, pp. 2165-2198.
- SPERDUTI G.**, “La personne humaine et le droit international”, *AFDI*, 1961, pp. 141-162.
- STERN B.**, “Les questions de nationalité des personnes physiques et de nationalité et de contrôle des personnes morales devant le Tribunal des différends irano-américains”, *AFDI*, 1984, pp. 425-445.
- STERN B.**, “Les problèmes de responsabilité posés par la crise et la "guerre" du Golfe”, in Stern B., (ss la dir de), *Aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Paris, Montchrestien, 1991, pp. 329-373.
- STERN B.**, “La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda”, *GYIL*, 1997, vol. 40, pp. 280-299.
- STERN B.**, “A propos de la compétence universelle...”, in *Mélanges M. Bedjaoui*, La Haye, Kluwer, 1999, pp. 743-790.
- STERN B.**, “Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international”, *Revue de l'arbitrage*, 2000-3, pp. 403-427.
- 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 CDI sur la responsabilité des Etats”, *AFDI* 2001, pp. 3-34, Résolution de l'Assemblée Générale du 12 décembre 2001 annexée pp. 35-45.
- STERN B.**, “L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur”, *revue de l'arbitrage*, 2002-2, pp. 329-345.
- STERN B.**, “Immunities of Heads of State : Where do we Stand ?”, in Lattimer, Sands (eds), *Justice for Crimes against Humanity*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 73-106.
- STERN B.**, “L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC”, *RGDIP* 2003-2, pp. 257-303.

- SZASZY I.**, “La règle juridique, le droit subjectif et le sujet de droit en droit international : essai d’une nouvelle théorie”, in *Mélanges offerts à Juraj Andraszy*, Martinus Nijhoff, 1968, pp. 307-350 (365 p.).
- SZUREK S.**, “La lutte internationale contre le terrorisme sous l’empire du Chapitre VII : un laboratoire normatif”, *RGDIP*, 2005-1, pp. 5-49.
- SZUREK S.**, “Sierra Leone : un Etat en attente de "paix durable". La communauté internationale dans l’engrenage de la paix en Afrique de l’Ouest”, *AFDI* 2000, pp. 176-201.
- TARDU M.**, “Quelques questions relatives à la coexistence des procédures universelles et régionales de plaintes individuelles dans le domaine des droits de l’homme”, *RDH*, 1971, vol. 4, pp. 589-626.
- TEBOUL G.**, “Ordre juridique international et ordre juridique interne”, *RDP* 1999-3, pp. 697-718.
- TENEKIDES G.**, “Considérations sur la clause Calvo, essai de justification du système de la nullité intégrale”, *RGDIP* 1936, pp. 270-284.
- TIGROUDJA H.**, “Le juge administratif et l’effet direct des engagements internationaux”, *RFDA* 2003-1, pp. 154-168.
- VAGTS D.F.**, “The United States and its Treaties : observance and breaches”, *AJIL* 2001-2, vol. 95, pp. 313-334.
- VAGTS D.F.**, “Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading”, *EJIL*, 1993, pp. 472 s.
- VAN REENEN T.**, “Tendances actuelles dans l’interprétation de la Constitution de l’Afrique du Sud”, *RFDC*, 2002, No. 50, pp. 355-375.
- VASQUEZ C.M.**, “The Four Doctrines of Self-executing Treaties”, *AJIL* 1995, pp. 695-723.
- VERESCHETIN V.S.**, “New Constitutions and the Old Problem of the Relationship Between International Law and National Law”, *JEDI*, 1996-1, pp. 29-41.
- VERHOEVEN J.**, “La notion d’applicabilité directe du droit international”, *RBDI*, 1980-2, pp. 243-264.
- VILLEY M.**, “Esquisse historique sur le mot responsable”, *APD* vol.22, *La responsabilité*, Sirey 1977, pp. 45-58.
- VIRALLY M.**, “Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes”, *Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.
- VIRALLY M.**, “Sur la prétendue primitivité du droit international”, in *Le droit international en devenir*, pp. 91-101.
- WECKEL P.**, “La CPI, présentation générale”, *RGDIP* 1998-4, pp. 983-993.
- WECKEL**, “Les suites de décisions de la CIJ”, *AFDI*, 1996, pp. 428-452.
- WEIL P.**, “Vers une normativité relative en droit international”, *RGDIP*, 1982, pp. 5-47.

- WHITFIELD** J.H., “How the Working Organs of the European Convention have elevated the Individual to the Level of Subject of International Law”, *ILSA Journal of International Law*, 1988, vol. 12, pp. 27-52.
- WYLER** E., “Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite”, *RGDIP* 1991, pp. 881-910.
- ZAMPINI** F., “Italie : quelques mutations en matière de droit administratif”, *RFDA* 2001-1, pp. 135-145.

## **VI. Sites internet**

**www.ejil.org**

site du Journal européen de droit international

**www.curia.eu.int**

site de la Cour de justice des communautés européennes

**www.ridi.org/adi**

site de la revue électronique Actualité et droit international

**www.worldbank.org**

site de la Banque mondiale

**www.europa.eu.int**

site de l'Union européenne

**www.iidh.org**

site de l'Institut international des droits de l'homme

**www.icj-cij.org**

site de la Cour internationale de justice

**www.un.org/icty**

site du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

**www.un.org/law/ilc**

site de la Commission du droit international

**www.droits-fondamentaux.org**

site de la revue électronique Droits fondamentaux



## Annexe : Dispositions constitutionnelles relatives au droit international

### Liste alphabétique des Constitutions recensées

*Sont recensées les dispositions relatives à la procédure d'introduction des normes internationales dans l'ordre juridique interne, ainsi que celles établissant leur valeur hiérarchique. D'autres dispositions pertinentes pour la place du droit international en droit interne peuvent être citées. Les textes présentés en anglais par les sources officielles sont laissés dans cette version.*

Afrique du Sud, 8 mai 1996	Danemark, 5 juin 1953
Albanie, 4 août 1998	Egypte, 2 septembre 1971
Algérie, 23 février 1989	Equateur, 10 août 1998
Allemagne, 23 mai 1949	Espagne, 27 décembre 1978
Arabie Saoudite, 1er mars 1992	Etats-Unis, 17 septembre 1787
Argentine, 22 août 1994	Finlande, 11 juin 1999
Australie, 9 juillet 1900	France, 1946 et 1958
Autriche, 1 <sup>er</sup> juillet 1983	Gabon 26 mars 1991
Bahreïn, 26 mai 1973	Grande-Bretagne, non datée
Belgique, 17 février 1994	Grèce, 11 juin 1975
Bénin, 11 décembre 1990	Guatemala, 31 mai 1985
Birmanie (Myanmar), 3 janvier 1974	Guinée 23 décembre 1991
Brésil, 5 octobre 1988	Guinée-Bissau, 16 mai 1984
Bulgarie, 12 juillet 1991	Guinée équatoriale, 16 novembre 1991
Burkina Faso, 11 juin 1991	Haïti, 29 mars 1987
Burundi, 13 mars 1992	Hongrie 20 août 1949
Cambodge, 24 septembre 1993	Inde, 26 janvier 1950
Canada, 1867 et 17 avril 1982	Irlande, 1er juillet 1937
Cap-Vert, 4 septembre 1992	Israël, non datée
Centrafrique 14 janvier 1995	Italie, 27 décembre 1947
Chili, 24 octobre 1980	Japon, 3 novembre 1946
Chine, 4 décembre 1982	Laos, 15 août 1991
Colombie, 5 juillet 1991	Liban, 23 mai 1926
Comores, 8 avril 1992	Luxembourg, 17 octobre 1868
Congo 15 mars 1992	Macédoine, 17 novembre 1991
Corée du Sud, 12 juin 1948	Madagascar, 18 septembre 1992
Cuba, 24 février 1976	Mali, 25 février 1992

Maroc, 7 octobre 1996	République tchèque, 16 décembre 1992
Maurice (Ile), 12 mars 1968	Roumanie, 8 décembre 1991
Mauritanie, 20 juillet 1991	Russie, 12 décembre 1993
Mexique, 5 février 1917	Rwanda, 26 mai 2003
Moldavie, 27 août 1994	Sénégal, 7 janvier 2001
Nicaragua, 9 janvier 1987	Seychelles, 21 juin 1993
Niger 18 juillet 1999	Suisse, 19 avril 1874
Pays-Bas, 17 février 1983	Tchad, 14 avril 1996
Pérou, 31 décembre 1993	Togo, 14 octobre 1992
Philippines, 2 février 1987	Tunisie, 1 juin 1959
Pologne, 17 octobre 1997	Turquie, 6 novembre 1982
Portugal, 2 avril 1976	Venezuela, 15 décembre 1999
RDC Congo-Zaïre, 5 juillet 1990	Vietnam, 15 avril 1992

### Sources bibliographiques

**CANAL-FORGUES E.** (ss la dir de), *Recueil des constitutions des pays arabes*, Bruylant Bruxelles 2000, 515 p (plus une version paginée en arabe) : y figurent les textes constitutionnels de l'Algérie, Arabie saoudite, Bahrein, Emirats arabes unis (EAU), Egypte, Irak, Jordanie, Koweït, Liban, Libye, Maroc, Mauritanie, Oman, Qatar, Syrie, Soudan, Tunisie, Yemen.

**MORIN J.Y.**, *Libertés et droits fondamentaux dans les Constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 726 p. L'ouvrage recense dans les Constitutions : le renvoi au droit international en matière de droits et libertés ; les pouvoirs de conclure et ratifier les traités ; le rang du droit conventionnel dans le droit interne ; la mention des organismes et tribunaux internationaux et l'exécution de leurs décisions ; l'état de la ratification du PIDCP, CADH, CEDH et CIDH.

**RIALS S., BARANGER D.**, *Textes Constitutionnels étrangers*, Que-Sais-Je ? No. 2060, Paris, PUF, 2000, 128p. L'ouvrage contient les textes de la Grande-Bretagne, des Etats-Unis, de l'Allemagne, de la Suisse, de l'Italie, de l'Espagne, de la Russie.

**Sites Internet** : sites officiels nationaux, ainsi que <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl> (International Constitutional Law).

## **Afrique du Sud**, 8 mai 1996

Chapitre 14 (General Provisions), section International Law.

### Article 231 :

1. The negotiating and signing of all agreements is the responsibility of the national executive.
2. An International agreement binds the Republic only after it has been approved by resolutions in both the National Assembly and the National Council of Provinces, unless it is an agreement referred to in subsection 3.
3. An International agreement of a technical, administrative or executive nature, or an agreement which does not require either ratification or accession, entered into by the National executive, binds the Republic without approval by the National Assembly and the National Council of Provinces, but must be tabled in the Assembly and the Council within a reasonable time.
4. An International agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law of the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.
5. The Republic is bound by international agreements which were binding on the Republic when this Constitution took effect.

### Article 232 :

Customary International Law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of the Parliament.

### Article 233 :

When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with International law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.

## **Albanie**, 4 août 1998

Article 5 : La République d'Albanie respecte le droit international, lequel est obligatoire pour elle.

### Article 95 :

Le Président de la République exerce les pouvoirs suivants...h) Il signe les accords internationaux conformément à la loi.

### Article 120 :

3 Les accords internationaux ratifiés par la loi sont promulgués et publiés selon les procédures prévues pour les lois.

Article 124.1 :

La ratification ou la dénonciation des accords internationaux de la République d'Albanie doit faire l'objet d'une loi dans les cas portant sur : ...b) les libertés, les droits de l'homme et les obligations des citoyens, tels qu'établis par la présente constitution ; c) l'adhésion de l'Albanie aux organisations internationales ; ...e) L'approbation ou la modification d'une loi, les ajouts à la loi ou son abrogation.

Article 125 :

1. La République d'Albanie peut déléguer aux organisations internationales, par voie d'accord international, des pouvoirs portant sur des questions spécifiques...3. L'Assemblée peut décider que la ratification d'un tel accord exige la tenue d'un référendum.

Article 126 :

1. Tout accord international ratifié fait partie du droit interne après sa publication au JO de la République d'Albanie. Il est directement applicable à l'exception des cas où sa mise en œuvre exige l'adoption d'une loi...2. L'accord international ratifié par une loi l'emporte sur les autres lois du pays qui ne sont pas compatibles avec ses dispositions. 3. Lorsqu'il est expressément prévu dans un accord de participation à une organisation internationale ratifié par l'Albanie que les normes adoptées par cette organisation sont directement applicables, celles-ci l'emportent sur les lois du pays en cas de conflit.

**Algérie, 23 février 1989**

Article 28 :

L'Algérie œuvre au renforcement de la coopération internationale et au développement des relations amicales entre les Etats, sur la base de l'égalité, de l'intérêt mutuel et de la non-ingérence dans les affaires intérieures. Elle souscrit aux principes et objectifs de la Charte des Nations unies.

Article 77.9 : Le Président de la République...conclut et ratifie les traités internationaux.

Article 131 :

Les accords d'armistice, les traités de paix, d'alliance et d'union, les traités relatifs aux frontières de l'Etat, ainsi que les traités relatifs au statut des personnes et ceux entraînant des dépenses non prévues au budget de l'Etat, seront ratifiés par le Président de la République, après leur approbation expresse par chacune des chambres du Parlement.

Article 132 :

Les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieurs à la loi.

Article 168 :

Lorsque le Conseil constitutionnel juge qu'un traité, accord ou convention est inconstitutionnel, sa ratification ne peut avoir lieu.

**Allemagne**, Loi fondamentale du 23 mai 1949

Article 23- Union européenne

1. Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. L'article 79, alinéas 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels compléments ou modifications.

Article 24 :

1. La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales...**2.** Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut adhérer à un système de sécurité collective ; elle consentira à cet effet aux limitations de ses droits de souveraineté qui établissent et garantissent un ordre pacifique durable en Europe et entre les peuples du monde. **3.** En vue de permettre le règlement de différends entre Etats, la Fédération adhèrera à des conventions établissant une juridiction arbitrale internationale ayant une compétence générale, universelle et obligatoire.

Article 25 :

Les règles générales de droit international public font partie intégrante du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et obligations pour les habitants du territoire fédéral.

Article 59 :

1. Le Président fédéral représente la Fédération sur le plan international. Il conclut au nom de la Fédération les traités avec les Etats étrangers. ... **2.** Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale.

Article .100.2 :

Si, au cours d'un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et si elle crée directement des droits et obligations pour les individus (art.25), le tribunal doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale.

**Arabie saoudite**, ordonnances relatives au « statut fondamental du gouvernement », « statut du Parlement » et « administration des régions », 1<sup>er</sup> mars 1992.

Article 9 :

La famille est le noyau de la société saoudienne. Ses membres sont éduqués sur la base du dogme islamique.

Article 42 :

L'Etat accorde l'asile politique si l'intérêt public l'exige. Les règlements et traités internationaux déterminent les règles et procédures de l'extradition des criminels de droit commun.

Article 48 :

Les tribunaux appliquent aux affaires qui leur sont soumises, les dispositions de la chari`a islamique...

Article 70 :

Les règlements, traités, conventions internationales et concessions sont adoptés et modifiés en vertu de décrets royaux.

Article 81 :

L'application du présent statut ne porte pas préjudice aux engagements conclus par le Royaume d'Arabie saoudite avec les Etats et les institutions et les organisations internationales en vertu de traités et de conventions internationales.

**Argentine**, 22 août 1994

Article 31 :

Cette Constitution, les lois de la nation qui en découlent, édictées par le Congrès, et les traités internationaux conclus avec les puissances étrangères, sont la loi suprême de la Nation ; les autorités de chaque province doivent obligatoirement s'y conformer, nonobstant toute disposition contraire contenue dans la loi ou la Constitution des provinces, sauf pour la province de Buenos Aires, les traités ratifiés depuis le pacte du 11 novembre 1859.

Article 43 :

Toute personne peut engager une action prompte et rapide de recours (amparo), s'il n'existe pas d'autre moyen judiciaire plus adéquat, contre tout acte ou omission des autorités publiques ou des particuliers, qui de façon actuelle ou immédiate lèse, restreint, altère ou menace, de façon manifestement arbitraire ou illégale, les droits et garanties reconnus par cette Constitution, un traité ou une loi. Dans ce cas, le juge pourra déclarer l'inconstitutionnalité de la norme sur laquelle se fonde l'acte ou l'omission en question.

Article 75.22 : attributions du Congrès

Approuver ou dénoncer les traités conclus avec les autres Nations et avec les organisations internationales et les accords avec le Saint-Siège. Les traités et accords ont une valeur supérieure à la loi.

La DADH, la DUDH, la CADH, le PIDESC, le PIDCP et son protocole facultatif, la Convention relative à la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention Internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre la femme, la Convention contre la torture (...), la Convention sur les droits de l'enfant : entrent en vigueur avec un rang constitutionnel, ne dérogent à aucun article de la première partie de cette Constitution et doivent s'entendre comme étant complémentaires des droits et garanties reconnus par elle. Ils ne pourront être dénoncés, le cas échéant, par le pouvoir exécutif national, après accord des deux-tiers de la totalité des membres des deux chambres.

Les autres traités et conventions relatifs aux droits de l'homme, après leur approbation par le Congrès, requièrent le vote des deux-tiers de la totalité des membres de chaque chambre pour bénéficier du rang constitutionnel.

Article 75.23 :

Légiférer et promouvoir des mesures d'action positive garantissant l'égalité réelle des chances et de traitement, ainsi que l'exercice et la pleine jouissance des droits reconnus par cette Constitution et par les traités internationaux en vigueur sur les droits de l'homme, en particulier pour les droits de l'enfant, de la femme, des personnes âgées et des handicapés.

Article 75.24 :

Approuver les traités d'intégration qui délèguent compétences et juridiction aux organisations supra-étatiques dans des conditions de réciprocité et d'égalité, et qui respectent la démocratie et les droits de l'homme. Les normes qui en découlent ont une valeur supérieure à la loi.

La dénonciation desdits traités exigera l'approbation préalable de la majorité absolue de la totalité des membres de chaque Chambre.

Article 116 :

La Cour suprême et les tribunaux inférieurs de la Nation connaissent et décident sur toutes les causes en rapport avec les points régis par la Constitution, et par les lois de la Nation, sous réserve de l'article 75 § 12, et par les traités avec les nations étrangères ; des affaires concernant les ambassadeurs, les ministres et consuls étrangers ; des affaires de l'Amirauté et affaires maritimes ; des affaires dans lesquelles la Nation serait impliquée ; des affaires entre deux provinces ou plus ; entre une province et les habitants d'une autre ; entre les habitants de différentes provinces ; entre une province et ses habitants, contre un Etat ou un citoyen étranger.

**Australie**, 9 juillet 1900 (128 articles) : aucune disposition relative au droit international.

**Autriche**, 1<sup>er</sup> juillet 1983

Article 9 :

1. The generally recognized rules of international law are regarded as integral parts of federal law. 2. Legislation or a treaty requiring sanction in accordance with Article 50 (1) can transfer specific federal competencies to intergovernmental organizations and their authorities and can within the framework of international law regulate the activity of foreign states' agents inside Austria as well as the activity of Austrian agents abroad.

Article 16 :

1. The States are bound to take measures which become necessary within their autonomous sphere of competence for the implementation of international treaties; should a State fail to comply punctually with this obligation, competence for such measures, particularly issuing the necessary laws, passes to the Federation. A measure taken by the Federation pursuant to this provision, particularly issuing a law or an ordinance, becomes invalid as soon as the State has taken the requisite action. 2 Likewise, in the implementation of treaties with foreign states, the Federation has the right of supervision in matters which belong to the autonomous sphere of competence of the States. In such case the Federation has the same rights with respect to the States as in matters of the indirect federal administration (Article 102).

Article 48 :

Federal laws and the treaties specified in Article 50 will be published with reference to their adoption by the House of Representatives; federal laws based upon a referendum with reference to the result of that referendum.

Article 49 :

**1** Federal laws and the treaties specified in Article 50 shall be published by the Federal Chancellor in the Federal Law Gazette. Unless explicitly provided otherwise, their entry into force begins with expiry of the day on which the number of the Federal Law Gazette containing their publication is issued and distributed and it extends, unless explicitly provided otherwise, to the entire federal territory; this does not apply to treaties which are to be implemented by the issue of laws (Article 50). **2** The House of Representatives can on the occasion of giving its sanction to treaties pursuant to Article 50 resolve that a treaty or individual explicitly specified parts of it shall be published not in the federal law Gazette, but in another appropriate manner. Such a resolution by the House of Representatives has to state the manner of publication, which must guarantee the accessibility of the treaty for the duration of its validity, and shall be notified by the Federal Chancellor in the Federal Law Gazette. Unless explicitly provided otherwise, the entry into force of such treaties begins with expiry of the day on which the number of the Federal Law Gazette containing the notification of the resolution by the House of Representatives is issued and distributed and it extends, unless explicitly provided otherwise, to the entire federal territory. **3** A special federal law on the Federal Law Gazette will be promulgated.

Article 50 :

**1** Political treaties and others in so far as their contents modify or complement existent laws, may only be concluded with the sanction of the House of Representatives. **2** At the time of giving its sanction to a treaty which falls under Paragraph (1), the House of Representatives can decide that the treaty in question shall be implemented by the issue of laws. **3** The provisions of Article 42 (1) to (4) and, should constitutional law be modified or complemented by the treaty, the provisions of Article 44 (1) apply analogously to resolutions of the House of Representatives in accordance with Paragraphs (1) and (2). In a vote of sanction adopted pursuant to Paragraph (1), such treaties or such provisions as are contained in treaties shall be explicitly specified as "constitutionally modifying".

Article 65 :

**1.** The Federal President represents the Republic internationally, receives and accredits envoys, sanctions the appointment of foreign consuls, appoints the consular representatives of the Republic abroad, and concludes treaties. At the time of conclusion of a treaty not falling under Article 50, he can direct that the treaty in question shall be implemented by the issue of ordinances

Article 145 :

The Constitutional Court pronounces judgment on contraventions of international law in accordance with the provisions of a special Federal law.

**Bahreïn**, 26 mai 1973 (Nouvelle Constitution du 14 février 2002 : devient une monarchie. Articles inchangés)

Copie de la Constitution du Koweït du 11 novembre 1962. Les dispositions quant au pouvoir législatif sont suspendues depuis 1975 pour une durée indéterminée.

Article 1.b :

Le gouvernement du Bahreïn est héréditaire...1.d : le gouvernement au Bahreïn est démocratique.

Article 37 :

Le Roi ratifie les traités par décret et les présente immédiatement au Conseil consultatif et à la Chambre des députés avec les explications nécessaires. Le traité a force de loi une fois qu'il est ratifié, approuvé et publié au Journal Officiel. Toutefois, les traités de paix, d'alliance, les traités relatifs au territoire et aux richesses naturelles de l'Etat, à la souveraineté, aux droits généraux ou particuliers des citoyens, les traités de commerce, de navigation et d'établissement, ainsi que ceux qui mettent à la charge du Trésor de l'Etat des dépenses qui ne sont pas prévues dans le budget ou qui modifient les lois du Bahreïn ne peuvent entrer en vigueur qu'en vertu d'une loi.

En aucun cas, un traité ne peut comporter de clauses secrètes qui soient en contradiction avec celles qui ont été rendues publiques.

**Belgique et communauté française de Belgique**, 17 février 1994

Article 34 :

L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public.

Article 77 :

La chambre des représentants et le Sénat sont compétents sur un pied d'égalité pour : ...6) les lois portant assentiment aux traités ; 7) Les lois adoptées conformément à l'article 169 afin de garantir le respect des obligations internationales ou supranationales.

Article 167 :

1. Le Roi dirige les relations internationales, sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion de traités, pour les matières qui relèvent de leur compétence de par la Constitution ou en vertu de celle-ci.

2. Le Roi conclut les traités, à l'exception de ceux qui portent sur les matières visées au §3. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des chambres.

3. Les gouvernements de communauté et de région ...concluent, chacun pour ce qui le concerne, les traités portant sur les matières qui relèvent de la compétence de leur Conseil. Ces traités n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Conseil

Article 169 :

Afin de garantir le respect des obligations internationales ou supranationales, les pouvoirs visés aux articles 36 et 37 [le Roi et les chambres fédérales] peuvent, moyennant le respect des conditions fixées par la loi, se substituer temporairement aux organes [des communautés et régions].

**Bénin**, 11 décembre 1990

Préambule :

Nous, peuple béninois, ...réaffirmons notre attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations unies et la DUDH, à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1991...

Article 144 :

Le Président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux.

Article 145 :

Les traités (...) qui modifient les lois internes de l'Etat (...) ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi.

Article 146 :

Si la Cour constitutionnelle (...) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

Article 147 :

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

**Birmanie**; 3 janvier 1974

Article 211 :

L'Union birmane accepte les principes généralement reconnus de droit international en tant que règles de conduite dans ses relations avec les Etats étrangers.

**Brésil**, 5 octobre 1988

Chapitre 1 (Droits et devoirs individuels et collectifs), article 5. LXXVII, § 1 :

Les droits et garanties exprimés dans cette Constitution n'excluent pas ceux qui découlent du régime ou des principes adoptés par les traités auxquels la République fédérale du Brésil est partie.

Article 49.1 :

Il relève de la compétence exclusive du Congrès National : 1. De décider de la conclusion des traités, accords et actes internationaux desquels résultent des obligations ou engagements qui vont à l'encontre ou compromettent gravement le patrimoine national.

Article 84.8 :

Le Président de la République dispose du pouvoir exclusif de... : ...VIII. Conclure les traités, conventions et actes internationaux, soumis à l'approbation du Congrès national.

**Bulgarie**, 12 juillet 1991

Article 5.4 :

Les accords internationaux, ratifiés selon la procédure, publiés et entrés en vigueur en République de Bulgarie, font partie du droit interne de l'Etat. Ils ont primauté sur les normes de la législation interne qui sont en contradiction avec eux.

Article 85 :

1. L'Assemblée nationale ratifie et dénonce par la loi les accords internationaux qui 1) revêtent un caractère politique ou militaire ; 2) concernent la participation de la République de Bulgarie à des organisations internationales ; 3) prévoient la modification des frontières de la République de Bulgarie ; 4) impliquent des obligations financières pour l'Etat 5) prévoient la participation de l'Etat au règlement arbitral ou judiciaire des litiges internationaux ; 6) concernent les droits fondamentaux de l'homme ; 7) concernent l'effet de la loi ou exigent des mesures de caractère législatif pour leur mise en œuvre ; 8) prévoient expressément la ratification.

2. Les accords ratifiés par l'Assemblée nationale ne peuvent être modifiés ou dénoncés que selon les modalités prévues dans ces accords ou conformément aux normes universellement reconnues du droit international.

3. La signature d'accords internationaux qui exigent des amendements à la constitution doit être précédée par l'adoption de ces amendements.

Article 98 :

Le Président de la République ...3) conclut les accords internationaux dans les cas prévus par la loi.

Article 106 :

Le Conseil des Ministres ...organise la gestion des biens publics, signe, ratifie et dénonce les accords internationaux dans les cas prévus par la loi.

Article 149 :

La Cour constitutionnelle : ...4) statue sur la conformité à la constitution des accords internationaux conclus par la République de Bulgarie, avant leur ratification, ainsi que sur la conformité des lois aux normes universellement reconnues du droit international et aux accords internationaux auxquels la Bulgarie est partie.

Article 24.1 :

L politique extérieure est « menée conformément aux principes et normes internationales ».

Article 24.2 :

Les objectifs fondamentaux : « contribution à l'établissement d'un ordre international équitable »

**Burkina Faso**, 11 juin 1991

Cf. constitution française pour l'insertion et la valeur hiérarchique.

**Burundi**, 13 mars 1992

Article 10 :

Les droits et devoirs proclamés et garantis par la DUDH, les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la Charte de l'Unité nationale, font partie intégrante de la présente Constitution.

Article 173 :

Les traités ne prennent effet qu'après avoir été régulièrement ratifiés et sous réserve de leur application par l'autre partie pour les traités bilatéraux et de la

réalisation des conditions de mise en vigueur prévues par eux pour les traités multilatéraux.

### **Cambodge**, 24 septembre 1993

#### Article 31 :

Le Royaume du Cambodge reconnaît et respecte les droits de l'homme tels qu'ils sont définis dans la Charte des Nations unies, dans la DUDH et dans tous les traités et conventions relatifs aux droits de l'homme, de la femme et de l'enfant.

### **Canada, Loi constitutionnelle**, 17 avril 1982, et Loi constitutionnelle (*British North America Act*) de 1867

Aucune disposition écrite sur les rapports entre droit international et droit interne. Cependant le Canada a ratifié les deux Pactes internationaux de 1966. *«L'absence d'une clause fédérale dans ces traités a cependant retardé son adhésion pendant plusieurs années en raison des compétences des Etats membres de la Fédération dans le domaine des droits de la personne : les Assemblées des Etats membres possèdent en effet des compétences législatives dans ce domaine et ne peuvent constitutionnellement être contraintes de mettre en œuvre les traités dans leur législation. Ces difficultés ont été résolues par une entente fédérale-provinciale du 19 mai 1976 intitulée « modalités et mécanismes pour la mise en œuvre des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Ceux-ci ont été ratifiés le 19 août 1976 »*(J-Y Morin, *Libertés et droits fondamentaux dans les Constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 225).

### **Cap-Vert**, 4 septembre 1992

#### Article 10 :

1. Les relations internationales de l'Etat du Cap-Vert sont régies par les principes de l'indépendance nationale, du respect du droit international et des droits de l'homme, de l'égalité entre les Etats, de la non-ingérence dans les affaires intérieures des nations étrangères, de la réciprocité des avantages accordés, de la coopération avec tous les autres peuples et de la coexistence pacifique. 5. L'Etat du Cap-Vert s'engage à fournir aux organisations internationales, en particulier à l'ONU et à l'OUA, toute la collaboration nécessaire en vue de trouver une solution pacifique aux conflits et d'assurer la paix et la justice internationale ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; il soutient également tous les efforts de la communauté internationale visant à garantir le respect des principes énoncés dans la Charte des Nations unies.

Article 11 :

1. Le droit international général ou commun fait partie intégrante de l'ordre juridique cap-verdien pendant qu'il est en vigueur dans le système juridique international. 2. Les traités et accords internationaux dûment approuvés ou ratifiés sont appliqués dans l'ordre cap-verdien après leur publication officielle et leur entrée en vigueur dans l'ordre juridique international, dans la mesure où ils créent des liens internationaux pour le Cap-Vert. 3. Les actes juridiques émanés des organes compétents des organisations supranationales auxquelles appartient le Cap-Vert entrent en vigueur d'office dans l'ordre juridique interne à condition que leurs actes constitutifs prévoient une disposition à cet effet. 4. Les règles et principes du droit international général ou commun et du droit international conventionnel dûment approuvés ou ratifiés prévalent, après leur entrée en vigueur dans l'ordre juridique international et interne, sur tous les actes législatifs et réglementaires internes soumis aux principes de la Constitution, à compter de leur entrée en vigueur dans l'ordonnement juridique international et interne.

Article 16.3 :

Les règles constitutionnelles et légales relative aux droits fondamentaux doivent être interprétées et intégrées conformément à la DUDH.

Article 223.2 :

Le pouvoir juridictionnel peut également être exercé par des tribunaux mis en place dans le cadre d'accords visant à constituer des organisations supranationales dont le Cap-Vert fait partie.

**République centrafricaine**, 14 janvier 1995

Cf. constitution française pour l'insertion et la valeur hiérarchique.

Préambule :

Le peuple centrafricain...Réaffirme son attachement à la DUDH du 10 décembre 1948, aux pactes internationaux relatifs d'une part aux droits économiques, sociaux et culturels et d'autres part, aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, et aux conventions internationales dûment ratifiées.

**Chili**, Decrêt suprême du 24 octobre 1980 [modifié en 1997]Article 5 :

La souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Son exercice se réalise par le biais du plébiscite ou d'élections périodiques, et aussi par les autorités établies par cette Constitution. Aucune part du peuple ni aucun individu ne peut

s'attribuer son exercice. L'exercice de la souveraineté connaît comme limite le respect des droits essentiels émanant de la nature humaine. Il est du devoir des organes de l'Etat de respecter et promouvoir de tels droits, garantis par cette Constitution, comme par les traités internationaux ratifiés par le Chili et qui sont encore en vigueur.

Article 32 : (attributions du Président de la République)

17 : Conduire les relations politiques avec les puissances étrangères et les institutions internationales, et mener à bien les négociations, conclure, signer et ratifier les traités qu'il estime souhaitables pour les intérêts du pays et qui devront être soumis à l'approbation du Congrès conformément à l'article 50. 1.

Article 50.1 : (attributions exclusives du Congrès).

Approuver ou dénoncer les traités internationaux qui lui sont soumis par le Président de la République avant leur ratification. L'approbation d'un traité est effectuée par le biais d'une loi. Les mesures que le Président de la République adopte ou les accords qu'il entérine pour l'application d'un traité en vigueur ne requièrent pas une nouvelle approbation du Congrès, à moins qu'il ne s'agisse de matières propres à la loi. Dans le même accord approuvant un traité, le Congrès peut autoriser le Président de la République à dicter des mesures ayant force de loi qu'il estime nécessaires pour l'exécution totale du traité, les dispositions de l'article 61 §2 étant applicables dans ce cas.

Article 52.3 : (fonctions du Congrès).

Convoqué par le Président de la République, le Congrès ne pourra s'occuper que les affaires législatives ou des traités internationaux inclus dans la convocation, sans préjudice de l'application de la loi budgétaire et de la faculté des deux chambres d'exercer leurs attributions exclusives.

Article 82.2 : (attributions du tribunal constitutionnel).

Résoudre les questions sur la constitutionnalité qui surviendraient pendant l'élaboration des projets de loi ou de réforme constitutionnelle, et des traités soumis à l'approbation du Congrès.

Disposition transitoire 18 :

19. Pendant la période de référence de la disposition transitoire no. 13, le gouvernement exercera, à l'unanimité de ses membres, les attributions exclusives suivantes :

1. Exercer le pouvoir constituant toujours soumis à une approbation par plébiscite, qui prendra effet conformément aux règles définies par la loi ;
2. Exercer le pouvoir législatif.
3. Dicter les lois interprétatives de la Constitution qui seraient nécessaires ;
4. Approuver ou dénoncer les traités internationaux, avant leur ratification par le Président.

**Chine**, 4 décembre 1982, révisée en 1993.

Il existe bien une compétence partagée pour la ratification des traités, mais pas de disposition sur la valeur hiérarchique.

Article 67.14 : (congrès national populaire).

To decide on the ratification and abrogation of treaties and important agreements concluded with foreign states;

Article 81

The President of the People's Republic of China receives foreign diplomatic representatives on behalf of the People's Republic of China and, in pursuance of decisions of the Standing Committee of the National People's Congress, appoints and recalls plenipotentiary representatives abroad, and ratifies and abrogates treaties and important agreements concluded with foreign states.

Article 89.9 : (conseil d'Etat).

To conduct foreign affairs and conclude treaties and agreements with foreign states;

**Colombie**, 5 juillet 1991

Article 53 : (attributions du Congrès).

Les conventions internationales du travail dûment ratifiées font partie de la législation interne.

Article 93 :

Les traités et conventions internationales ratifiés par le Congrès, qui reconnaissent les droits de l'homme et qui interdisent leur limitation pendant l'état d'exception, prévalent dans l'ordre interne. Les devoirs et droits consacrés dans cette constitution sont interprétés en conformité avec les traités internationaux sur les droits de l'homme ratifiés par la Colombie.

Article 94 :

L'énonciation des droits et garanties contenus dans la Constitution et dans les conventions internationales en vigueur, ne doivent pas s'entendre comme la négation des autres droits qui, étant inhérents à la personne humaine, n'y figureraient pas expressément.

Article 101.4 : (le territoire).

Font aussi partie de la Colombie, le sous-sol, la mer territoriale, la zone contiguë, la plateforme continentale, la zone économique exclusive, l'espace aérien, le spectre électro-magnétique et l'espace où il agit, en conformité avec le

droit international ou avec les lois colombiennes à défaut de normes internationales.

Article 150.16 (congrès-loi).

Approuver ou refuser les traités que le gouvernement conclut avec les autres Etats et les institutions de droit international. L'Etat pourra, par le biais desdits traités, sur des base d'équité, réciprocité et convenance nationale, transférer partiellement des attributions déterminées à des organisations internationales, qui auraient pour objet de promouvoir ou de consolider l'intégration économique avec d'autres Etats.

Article 189.2 (Le Président de la République).

Dirige les relations internationales. Nomme les agents diplomatiques et consulaires, reçoit leurs agents respectifs et conclut avec les autres Etats et institutions de droit international les traités et conventions, qui seront soumis à l'approbation du Congrès.

Article 224 :

Pour être valables, les traités devront être soumis à l'approbation du Congrès. Cependant, le Président de la République mettre en application provisoire les traités de nature économique et commerciale approuvés dans le cadre d'organismes internationaux, qui en disposent ainsi. Dans ce cas, dès qu'un traité entre en vigueur de façon provisoire, il doit être soumis à l'approbation du Congrès. Si le Congrès ne l'approuve pas, l'application du traité est suspendue.

Article 235.5 (Cour suprême).

Connaître de toutes les affaires contentieuses des agents diplomatiques accrédités par le Gouvernement de la Nation, dans les cas prévus par le droit international.

Article 241.10 (Cour constitutionnelle).

Décider définitivement de l'exécution des traités internationaux et des lois qui les approuvent. A cette fin, le gouvernement les remettra à la Cour dans les six jours suivant la loi. Chaque citoyen pourra intervenir pour défendre ou contester leur constitutionnalité. Si la Cour les déclare constitutionnels, le Gouvernement pourra procéder à l'échange des instruments diplomatiques ; dans le cas contraire, ils ne seront pas ratifiés. Quand une ou plusieurs normes d'un traité multilatéral sont déclarés non applicables par la Cour constitutionnelle, le Président de la République pourra seulement manifester sa prise de connaissance en formulant la réserve correspondante.

### **Comores**, 8 avril 1992

République fédérale islamique. Le Préambule s'inspire de la DUDH, de la Charte ONU, de l'OUA, de l'Organisation de la Conférence islamique.

Cf. Constitution française pour ratification, valeur et constitutionnalité.

### **Congo**, 15 mars 1992

Cf. Constitution française pour ratification, valeur et constitutionnalité.

#### Préambule :

...Proclamons : le devoir de l'Etat d'assurer la diffusion et l'enseignement de la Constitution, de la DUDH de 1948, de la CADHP de 1981, de la Charte de l'unité nationale du 29 mai 1991, le droit de tout citoyen de saisir le Conseil constitutionnel aux fins d'annulation de toute loi ou de tout acte contraire à la présente Constitution.

### **Corée du Sud**, 12 juin 1948

#### Article 6 :

Les traités conclus et promulgués selon la Constitution, et les règles généralement reconnues du droit international, ont le même effet que les lois internes.

### **Cuba**, 24 février 1976, révisée le 10-12 juillet 1992

#### Article 11 : L'Etat exerce sa souveraineté :

a) sur tout le territoire national, incluant l'île de Cuba, l'île de la Juventud, les autres îles et îlots adjacents, les eaux intérieures et la mer territoriale dans les limites fixées par la loi, et sur l'espace aérien qui s'étend sur celles-ci.

b) sur l'environnement et les ressources naturelles du pays.

c) sur les ressources naturelles, aussi bien vivantes que non vivantes, des eaux, du lit et du sous-sol de la zone économique maritime de la république, dans les limites de surface fixées par la loi, conformément à la pratique internationale.

La république de Cuba rejette et considère comme illégaux et nuls les traités, pactes ou concessions élaborés dans des conditions d'inégalité, ou qui ignorent ou diminuent sa souveraineté et son intégrité territoriale.

Article 12 : La République de Cuba fait sien les principes anti-impérialistes et internationaux, et :

a) affirme son aspiration à une paix digne, véritable et valable pour tous les Etats, grands et petits, faibles et puissants, établie dans le respect de l'indépendance et de la souveraineté des peuples et de leur droit à l'autodétermination ;

b) fonde ses relations internationales sur les principes d'égalité des droits, de libre détermination des peuples, d'intégrité territoriale, d'indépendance de l'Etat, de coopération internationale au bénéfice d'un intérêt mutuel et équitable, de règlement pacifique des différends fondé sur l'égalité et le respect des autres principes proclamés dans la Charte des Nations Unies et dans les autres traités internationaux auxquels Cuba est partie.

12.g) Qualifie de délit international la guerre d'agression et de conquête, reconnaît la légitimité de la lutte pour la libération nationale, ainsi que de la résistance armée à l'agression, et affirme son devoir de solidarité nationale avec l'agressé et avec les peuples qui combattent pour leur libération et leur autodétermination.

Article 75 : (L'Assemblée Nationale).

i) Déclare l'état de guerre en cas d'agression militaire et approuve les traités de paix ;

Article 90.m : (Conseil d'Etat).

m) Ratifie et dénonce les traités internationaux ;

Article 98 : (Conseil des ministres).

Approuve les traités internationaux et les soumet à la ratification du Conseil d'Etat ;

## **Danemark**, 5 juin 1953

Article 19 :

1. Le Roi agit au nom du Royaume dans les affaires internationales. Pourtant, il ne peut, sans le consentement du Folketing, faire aucun acte ayant pour résultat d'étendre ou de réduire le territoire du Royaume ni accepter aucune obligation dont l'accomplissement nécessite le concours du Folketing ou qui soit par ailleurs d'importance considérable. Le Roi ne peut non plus, sans le consentement du Folketing, dénoncer une convention internationale conclue avec l'assentiment du Folketing.

Article 20 :

Powers vested in the authorities of the Realm under this Constitution Act may, to such extent as shall be provided by Statute, be delegated to international authorities set up by mutual agreement with other states for the promotion of international rules of law and co-operation.

## **Egypte**, 2 septembre 1971, révisée en 1980

### Article 151 :

Le Président de la République conclut les traités et les communique à l'Assemblée du peuple accompagnée d'un exposé adéquat. Les traités ont force de loi après leur conclusion, leur ratification et leur publication selon les règles établies.

## **Equateur**, 10 août 1998

### Article 4 : L'Equateur, dans ses relations avec la communauté internationale :

**3** Déclare que le droit international est la norme de conduite de l'Etat dans ses relations extérieures réciproques et règle ses différends par des méthodes juridiques et pacifiques.

Article 130.7 : (le congrès) : Approuve ou dénonce les traités internationaux, le cas échéant.

## Chapitre 6 – des traités et conventions internationales

### Article 161 :

Le Congrès national approuve ou rejette les traités et conventions internationaux suivants :

1. Qui se réfèrent au territoire ou aux frontières.
2. Qui établissent des alliances politiques ou militaires.
3. Qui engagent le pays dans des accords d'intégration.
4. Qui attribuent à une institution internationale ou supranationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution ou de la loi.
5. Qui sont relatifs aux droits et devoirs fondamentaux de la personne et aux droits collectifs.
6. Qui comportent l'engagement de suivre, modifier ou déroger à la loi.

### Article 162 :

L'approbation des traités et conventions se fera lors d'un seul débat et avec le vote conforme de la majorité des membres du Congrès. L'avis préalable du Tribunal constitutionnel sera sollicité, sur la conformité du traité ou de la Convention avec la Constitution. L'approbation d'un traité ou d'une convention exigeant une réforme constitutionnelle n'aura lieu qu'après l'achèvement de ladite réforme.

### Article 163 :

Les normes contenues dans les traités et conventions internationales, une fois publiées au Journal officiel, font partie de l'ordre juridique de la République et prévalent sur les lois et autres normes de rang inférieur.

Article 171 : Les attributions et devoirs du Président de la République seront les suivants :

1. Respecter et faire respecter la Constitution, les lois, les traités et conventions internationales et autres règles juridiques, dans le cadre de ses compétences.

12. Définir la politique extérieure, diriger les relations internationales, conclure et ratifier les traités et conventions internationales, après l'approbation du Congrès national, quand la Constitution l'exige.

Article 248. :

L'Etat dispose d'un droit souverain sur la diversité biologique, les réserves naturelles, les zones protégées et les parcs nationaux. Leur conservation et utilisation durable se fera avec la participation des populations concernées le cas échéant, et des initiatives privées, selon les programmes, plans et politiques considérés comme facteurs de développement et de qualité de vie, en conformité avec les conventions et traités internationaux.

Article 274. :

Chaque juge ou tribunal, dans les causes qu'il connaîtra, pourra déclarer inapplicable, d'office ou à la demande d'une partie, un principe juridique contraire aux normes de la Constitution ou des traités ou conventions internationales, sans préjudice ou erreur sur le cas contesté.

Article 276.5 : (tribunal constitutionnel).

Déterminer la conformité avec la Constitution, des traités ou conventions internationales, avant son approbation par le Congrès national

## **Espagne**, 27 décembre 1978

Article 10.2 :

Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la DUDH et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne.

Article 39.4 :

Les enfants jouiront de la protection prévue par les accords internationaux qui veillent sur leurs droits.

Article 63 :

2 Il incombe au Roi d'exprimer le consentement de l'Etat à souscrire à des engagements internationaux par des traités, conformément à la Constitution et aux lois.

Article 93 :

Une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il incombe aux Cortes générales ou au Gouvernement, selon les cas, de garantir l'exécution de ces traités et des

résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux qui bénéficient de la cession de compétences.

Article 94.1 :

Avant de s'engager par des traités ou par des accords, l'Etat devra être autorisé préalablement par les Cortes générales dans les cas suivants:

- a) Traités à caractère politique.
- b) Traités ou accords à caractère militaire.
- c) Traités ou accords qui affectent l'intégrité territoriale de l'Etat ou les droits et les devoirs fondamentaux établis au titre I.
- d) Traités ou accords qui impliquent des obligations financières pour les Finances publiques.
- e) Traités ou accords qui entraînent la modification ou l'abrogation d'une loi ou exigent l'adoption de mesures législatives pour leur exécution.

Article 94.2 :

Le Congrès et le Sénat seront immédiatement informés de la conclusion des autres traités ou accords.

Article 95 :

1 La conclusion d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution devra être précédée d'une révision de celle-ci.

2 Le Gouvernement ou l'une ou l'autre Chambre peut faire appel au Tribunal constitutionnel pour qu'il déclare s'il y a ou non contradiction.

Article 96 :

1 Les traités internationaux conclus de façon valable et une fois publiés officiellement en Espagne feront partie de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions ne pourront être abrogées, modifiées ou suspendues que sous la forme prévue dans les traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international.

Article 96.2 :

Pour dénoncer les traités et accords internationaux, on suivra la même procédure que celle qui est prévue pour leur approbation à l'article 94.

## **Etats-Unis, 17 septembre 1797**

Article 1 : (pouvoir législatif) - section 8 (pouvoirs du congrès) :

Le congrès aura le pouvoir...3) de réglementer le commerce avec les nations étrangères...

Section 10 : Aucun Etat ne pourra entrer dans un traité, une alliance ou une confédération ;...

Article 2 : (pouvoir exécutif) - section 2 (pouvoirs du président) :

2) Il aura le pouvoir, sur l'avis conforme du Sénat, de conclure des traités, pourvu que 2/3 des sénateurs présents donnent leur accord...

Article 3 : (pouvoir judiciaire) - section 2 :

2) Le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les affaires, en droit et en équité, survenues sous l'empire de la présente Constitution, des lois des Etats-Unis, des traités conclus, ou qui seraient conclus, sous leur autorité.

Article 6 :

2) 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 seront liés de ce fait.

## **Finlande**, 11 juin 1999

Article 93 :

1 The foreign policy of Finland is directed by the President of the Republic in co-operation with the Government. However, the Parliament accepts Finland's international obligations and their denouncement and decides on the bringing into force of Finland's international obligations in so far as provided in this Constitution. The President decides on matters of war and peace, with the consent of the Parliament.

Article 94 (Acceptance of international obligations and their denouncement).

1 The acceptance of the Parliament is required for such treaties and other international obligations that contain provisions of a legislative nature, are otherwise significant, or otherwise require approval by the Parliament under this Constitution. The acceptance of the Parliament is required also for the denouncement of such obligations...3. An international obligation shall not endanger the democratic foundations of the Constitution

Article 95 (Bringing into force of international obligations).

1. The provisions of treaties and other international obligations, in so far as they are of a legislative nature, are brought into force by an Act. Otherwise, international obligations are brought into force by a Decree issued by the President of the Republic. 2. A Government bill for the bringing into force of an international obligation is considered in accordance with the ordinary legislative procedure pertaining to an Act. However, if the proposal concerns the Constitution or a change to the national territory, the Parliament shall adopt it, without leaving it in abeyance, by a decision supported by at least two thirds of the votes cast. 3. An Act may state that for the bringing into force of an international obligation its entry into force is provided by a Decree. General

provisions on the publication of treaties and other international obligations are laid down by an Act.

## **France**, 1946 et 1958

### Article 26 (Constitution de 1946) :

Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois internes françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification.

### Alinéa 14 (du préambule de 1946) :

La République française fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international.

## Titre VI – Des traités et accords internationaux

### Article 52 :

Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification

### Article 53 :

Les traité de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.

### Article 53-1 :

La république peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui sont présentées. Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la république ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif.

Article 53-2 :

La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998.

Article 54 :

Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

Article 55 :

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

Titre XV – Des Communautés européennes et de l'Union européenne

Article 88.1 :

La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences. Elle peut participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004.

**Gabon**, 26 mars 1991

Article 113 :

Le Président de la République négocie les traités et les accords internationaux et les ratifie après le vote d'une loi d'autorisation par le Parlement et la vérification de leur constitutionnalité par la Cour constitutionnelle.

Article 87 :

La Cour constitutionnelle vérifie, dans un délai d'un mois, si ces engagements comportent une clause contraire à la Constitution. ...Dans l'affirmative, ces engagements ne peuvent être ratifiés.

**Grande-Bretagne**

Pas de texte constitutionnel écrit. Plusieurs textes depuis la Grande Charte de 1215, notamment le Parliament Act de 1911. Aucune disposition sur le droit international.

**Grèce**, 11 juin 1975

Article 2.2 :

La Grèce, se conformant aux règles du droit international généralement reconnues, poursuit l'affermissement de la paix et de la justice, ainsi que le développement de relations amicales entre les peuples et les Etats.

Article 28 :

1 Les règles du droit international généralement reconnues, ainsi que les conventions internationales dès leur ratification par la loi et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacune d'elles, font partie intégrante du droit hellénique interne et priment toute disposition de loi contraire. L'application des règles du droit international et des conventions internationales à l'égard des étrangers est toujours soumise à la condition de réciprocité.

2 Afin de servir un intérêt national important et de promouvoir la collaboration avec d'autres États, il est possible de reconnaître, par voie de traité ou d'accord, des compétences prévues par la Constitution à des organes d'organisations internationales. Pour l'adoption de la loi ratifiant le traité ou l'accord, la majorité des trois cinquièmes du nombre total des députés est requise.

3 La Grèce procède librement, par une loi adoptée à la majorité absolue du nombre total des députés, à des restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où cela est dicté par un intérêt national important, ne lèse pas les droits de l'homme et les fondements du régime démocratique et est effectué sur la base du principe de l'égalité et sous la condition de réciprocité.

Article 36 :

1 Les dispositions de l'article 35 paragraphe 1 étant en tout cas observées, le Président de la République représente l'Etat sur le plan international et déclare la guerre; il conclut les traités de paix, d'alliance, de coopération économique et de participation à des organismes ou unions internationaux, et il en donne connaissance à la Chambre des Députés, avec les éclaircissements nécessaires, aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'Etat le permettent.

2 Les traités de commerce, ceux qui concernent l'imposition, la coopération économique ou la participation aux organismes ou unions internationaux, ainsi que ceux qui comportent des concessions pour lesquelles, selon d'autres dispositions de la Constitution, rien ne peut être disposé sans loi, ou qui grèvent individuellement les Hellènes, ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés par une loi formelle.

3 Les articles secrets d'un traité ne peuvent en aucun cas prévaloir sur les articles publics.

4 La ratification des traités internationaux ne peut faire l'objet d'une délégation législative selon l'article 43 paragraphes 2 et 4.

Article 100 :

1. Il est constitué une Cour Spéciale Supérieure, à laquelle ressortissent : ...f) Le règlement des contestations sur le caractère de règles de droit international comme généralement reconnues, conformément au paragraphe 1 de l'article 28.

**Guatemala**, 31 mai 1985 (révision de 1993)

Article 46 : primauté du droit international.

En matière de droits de l'homme, les traités et conventions acceptés et ratifiés par le Guatemala priment sur le droit interne.

Article 183. : (réformé) Fonctions du Président de la République.

k) Soumettre à l'approbation du Congrès, avant leur ratification, les traités et conventions de caractère international et les contrats et concessions sur les services publics.

o) Diriger la politique extérieure et les relations internationales, conclure, ratifier ou dénoncer les traités et conventions internationaux en conformité avec la Constitution.

**Guinée**, 23 décembre 1991

Cf. Constitution française pour valeur hiérarchique et constitutionnalité.

**Guinée-Bissau**, 16 mai 1984

Article 18 :

1 La République de Guinée-Bissau noue et développe ses relations avec les autres Etats dans le respect du droit international et des principes d'indépendance nationale, d'égalité entre Etats, de non-ingérence dans les affaires internes, de réciprocité des avantages, de coexistence pacifique et de non-alignement.

2 La République soutient le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à l'indépendance, elle donne son appui à la lutte des peuples contre le colonialisme, l'impérialisme, le racisme et toute autre forme d'oppression ou d'exploitation ; elle recherche des solutions pacifiques aux conflits internationaux et participe aux efforts en vue d'assurer la paix et la justice dans les rapports entre Etats et l'établissement d'un nouvel ordre économique international.

## **Guinée équatoriale**, 16 novembre 1991

### Article 8 :

L'Etat équato-guinéen respecte les principes du droit international et réaffirme son adhésion aux droits et obligations découlant des Chartes des organisations internationales dont il est membre.

## **Haïti**, 29 mars 1987

### Préambule : Le peuple haïtien proclame la présente Constitution :

Pour garantir ses droits inaliénables et imprescriptibles à la vie, à la liberté et à la poursuite du bonheur, conformément à son acte d'indépendance de 1804 et à la DUDH de 1948....

### Article 139 :

[Le Président de la République] négocie tous traités, conventions et accords internationaux et les soumet à la ratification de l'Assemblée nationale.

## **Hongrie**, 20 août 1949. Entièrement refondue en 1989 et 1997.

### Article 7 :

L'ordre juridique de la République de Hongrie accepte les règles universellement reconnues du droit international et garantit l'harmonie entre ses engagements contractés dans le domaine du droit international et le droit interne.

### Article 19.3 :

L'Assemblée nationale...f) Conclut les traités internationaux primordiaux du point de vue des relations extérieures de la République de Hongrie.

### Article 30A :

Le Président de la République...conclut les traités internationaux au nom de la République de Hongrie ; si le sujet du traité est du domaine de compétence législative, la ratification préalable du Parlement est nécessaire pour la conclusion du traité.

## **Inde**, 26 janvier 1950

Aucune disposition sur le droit international (influence britannique).

## **Irlande**, 1<sup>er</sup> juillet 1937

### Article 29.3 :

Ireland accepts the generally recognised principles of international law as its rule of conduct in its relations with other States.

Article 29.4.1 :

The executive power of the State in or in connection with its external relations shall in accordance with Article 28 of this Constitution be exercised by or on the authority of the Government.

Article 29.4.3 :

The State may become a member of the European Coal and Steel Community (established by Treaty signed at Paris on the 18th day of April, 1951), the European Economic Community (established by Treaty signed at Rome on the 25th day of March, 1957) and the European Atomic Energy Community (established by Treaty signed at Rome on the 25th day of March, 1957). The State may ratify the Single European Act (signed on behalf of the Member States of the Communities at Luxembourg on the 17th day of February, 1986, and at the Hague on the 28th day of February, 1986).

Article 29.4.4 :

The State may ratify the Treaty on European Union signed at Maastricht on the 7th day of February, 1992, and may become a member of that Union.

Article 29.4.5:

The State may ratify the Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related Acts signed at Amsterdam on the 2nd day of October, 1997.

Article 29.4.6 :

The State may exercise the options or discretions provided by or under Articles 1.11, 2.5 and 2.15 of the Treaty referred to in subsection 5j of this section and the second and fourth Protocols set out in the said Treaty but any such exercise shall be subject to the prior approval of both Houses of the Oireachtas.

Article 29.4.7 :

No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State which are necessitated by the obligations of membership of the European Union or of the Communities, or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the European Union or by the Communities or by institutions thereof, or by bodies competent under the Treaties establishing the Communities, from having the force of law in the State.

Article 29.4.8 :

The State may ratify the Agreement relating to Community Patents drawn up between the Member States of the Communities and done at Luxembourg on the 15th day of December, 1989.

Article 29.5.1 :

Every international agreement to which the State becomes a party shall be laid before Dáil Éireann.

Article 29.5.2 :

The State shall not be bound by any international agreement involving a charge upon public funds unless the terms of the agreement shall have been approved by Dáil Éireann.

Article 29.5.3 :

This section shall not apply to agreements or conventions of a technical and administrative character.

Article 29.6 :

No international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas.

Article 29.7.1 :

The State may consent to be bound by the British-Irish Agreement done at Belfast on the 10th day of April, 1998, hereinafter called the Agreement.

Article 29.7.2 :

Any institution established by or under the Agreement may exercise the powers and functions thereby conferred on it in respect of all or any part of the island of Ireland notwithstanding any other provision of this Constitution conferring a like power or function on any person or any organ of State appointed under or created or established by or under this Constitution. Any power or function conferred on such an institution in relation to the settlement or resolution of disputes or controversies may be in addition to or in substitution for any like power or function conferred by this Constitution on any such person or organ of State as aforesaid.

Article 29.7.8 :

The State may exercise extra-territorial jurisdiction in accordance with the generally recognised principles of international law.

**Israël**, Lois fondamentales (Basic laws)

11 lois fondamentales sur : Le Président de l'Etat, la Knesset, le gouvernement, le pouvoir judiciaire, les forces de défense d'Israël, Jerusalem, les territoires, l'économie, les libertés et dignités humaines, la liberté d'occupation.

Une seule disposition relative au droit international : dans la première loi, le président "doit signer les conventions passées avec les Etats étrangers qui ont été ratifiées par la Knesset" (art.11-a-5, Loi fondamentale du 16 juin 1964).

## **Italie**, 27 décembre 1947

### Article 10 :

L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues.

### Article 11 :

L'Italie...consent, à condition de parité avec les autres Etats, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice au sein des nations...

### Article 80 :

Les Chambres autorisent par une loi la ratification des traités internationaux qui sont de nature politique ou qui prévoient des arbitrages ou des règlements judiciaires ou qui comportent des modifications du territoire ou des charges pour les finances ou des modifications de lois.

### Article 87.8 :

[Le Président de la République] accrédite et reçoit les représentants diplomatiques, ratifie les traités, le cas échéant, avec l'autorisation préalable des Chambres”.

## **Japon**, 3 novembre 1946

### Article 73 :

Le cabinet est chargé de...conclure les traités. Il doit cependant obtenir l'approbation préalable ou selon les cas, subséquente, de la Diète.

### Article 81 :

La Cour Suprême est le tribunal de dernier ressort ; il a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous autres actes officiels quels qu'ils soient.

### Article 98 :

La présente Constitution est la loi suprême du pays. Aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité. Les traités conclus par le Japon et le droit international établi doivent être scrupuleusement observés.

## **Laos**, 15 août 1991

### Article 40 :

L'Assemblée nationale a les droits et attributions suivants : ...9. Décider de la ratification ou de l'abrogation des traités avec les pays étrangers, conformément aux normes du droit international.

### Article 53 :

Le Président de la République a les droits et attributions suivants : ...11. Promulguer la ratification ou la dénonciation des traités et accords signés avec les pays étrangers.

### Article 57 :

Le gouvernement a les droits et attributions suivants : ...7. Signer les traités et accords avec les pays étrangers et diriger la mise en application des traités et accords signés.

## **Liban**, 23 mai 1926

### Préambule :

Le Liban...est membre fondateur et actif de l'ONU, engagé par ses pactes et par la DUDH. L'Etat concrétise ces principes dans tous les champs et domaines sans exceptions.

### Article 52 :

Le Président de la République négocie les traités et les ratifie en accord avec le chef du gouvernement. Ceux-ci ne sont considérés comme ratifiés qu'après l'accord du Conseil des Ministres...Tous les traités qui ne peuvent être dénoncés à l'expiration de chaque année ne peuvent être ratifiés qu'après l'accord de la Chambre des députés.

## **Luxembourg**, 17 octobre 1868 (Grand-duché)

### Article 37 :

Le Grand-duc fait les traités. Les traités n'auront pas d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour la publicité des lois. Les traités visés à l'article 49 bis sont approuvés par une loi votée dans les conditions de l'art.114. Les traités secrets sont abolis. Le Grand-duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités dans les formes qui règlent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures, sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.

Article 49 bis :

L'exercice d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international.

**Macédoine (Ancienne République Yougoslave de)** 17 novembre 1991

Article 8 :

Les valeurs fondamentales du régime constitutionnel...sont : - respect des normes généralement reconnues du droit international.

Article 98 :

Les tribunaux jugent sur la base de la Constitution, des lois et des traités internationaux ratifiés conformément à la Constitution.

Article 118 :

Les accords internationaux ratifiés conformément à la constitution, font partie du régime juridique interne et ne peuvent être modifiés par la loi.

Article 119 :

Les accords internationaux sont conclus...par le Président de la République de Macédoine. Les accords internationaux peuvent être conclus également par le gouvernement de la République de Macédoine dans les limites déterminées par la loi.

Article 121 :

La décision d'adhérer à des organismes internationaux ou de les quitter est prise par l'Assemblée à la majorité des voix du nombre total de députés sur la proposition du Président de la République, du gouvernement ou de 40 députés au moins.

**Madagascar**, 18 septembre 1992

Cf. Constitution française pour valeur hiérarchique et constitutionnalité.

Préambule :

Le peuple Malagasy souverain, ...Fidèle à ses engagements internationaux, Faisant sienne la Charte internationale des droits de l'homme ainsi que la CADHP (...) et les considérant comme partie intégrante de son droit positif, ...

**Mali**, 25 février 1992

Cf. Constitution française pour insertion, valeur hiérarchique et constitutionnalité.

## **Maroc**, 7 octobre 1996

### Préambule :

...Conscient de la nécessité d'inscrire son action dans le cadre des organismes internationaux dont il est membre actif et dynamique, le Royaume du Maroc souscrit aux principes, droits et obligations qui découlent des Chartes desdits organismes et réaffirme son attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus.

### Article 31 :

[Le Roi] signe et ratifie les traités.... Toutefois, les traités engageant les finances de l'Etat ne peuvent être ratifiés sans avoir été préalablement approuvés par la loi. Les traités susceptibles de remettre en cause les dispositions de la Constitution sont approuvés selon les procédures prévues pour la réforme de la Constitution.

## **Ile Maurice**, 12 mars 1968, modifiée 17 janvier 1996

Selon le modèle britannique, la conclusion des traités appartient au pouvoir exécutif, tandis que la mise en œuvre législative relève du Parlement. Aucun article sur le droit international. Passage de monarchie à république le 10 décembre 1991.

## **Mauritanie**, 20 juillet 1991

République islamique. Influence de la Constitution française.

### Préambule :

...Fort de ses valeurs spirituelles et du rayonnement de sa civilisation, il [le peuple] proclame en outre, solennellement, son attachement à l'islam et aux principes de la démocratie tels qu'ils ont été définis par la DUDH du 10 décembre 1948 et par la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples du 28 juin 1981 ainsi que dans les autres conventions internationales auxquelles la Mauritanie a souscrit.

### Article 78 :

Les traités de paix, d'union, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient les dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et les traités relatifs aux frontières de l'Etat ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi.

### Article 79 :

Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République ou par le président de l'Assemblée nationale ou par le président du Sénat ou par le tiers

des députés ou des sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou l'approuver ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

Article 80 :

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

**Mexique**, 5 février 1917

Article 133 :

Cette Constitution, les lois du Congrès de l'Union qui en découlent, et tous les traités qui ont été conclus et qui seront conclus de façon conforme par le Président de la République, avec l'accord du Sénat, seront la loi suprême de l'Union. Les juges de chaque Etat se conformeront à ladite Constitution, aux lois et aux traités, nonobstant toute disposition contraire qui pourrait apparaître dans les constitutions ou les lois des Etats.

**Moldavie**, 27 août 1994

Article 4 :

**1** Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés de l'homme sont interprétées et appliquées conformément à la DUDH, ainsi qu'aux Pactes et accords internationaux auxquels la Moldavie a adhéré. **2** En cas de divergence entre les conventions et traités internationaux visant les droits fondamentaux de l'homme dont la République de Moldavie est partie et celle des lois nationales, les premiers priment toujours.

Article 8 :

**1** La République de Moldavie assume l'obligation de respecter la Charte de l'ONU et les traités qu'elle a signés, de fonder ses relations avec les autres Etats sur les principes et normes généralement acceptés du droit international. **2** L'entrée en vigueur d'un traité international contenant des dispositions contraires à la constitution devra être précédée d'une révision de cette dernière.

**Nicaragua**, 9 janvier 1987

Article 182 :

La Constitution politique est la charte fondamentale de la république, les autres lois lui étant subordonnées. Les lois, traités, ordonnances ou dispositions qui s'opposeraient ou altèreraient ses dispositions, n'auront aucune valeur.

## **Niger**, 18 juillet 1999

### Article 129 :

Le Président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux.

### Article 130 :

Les traités de défense, de paix, les traités et accords relatifs aux organisations internationales, ceux qui modifient les lois internes de l'Etat et ceux qui portent engagement financier de l'Etat ne peuvent être ratifiés qu'à la suite d'une loi.

### Article 131 :

Si la Cour constitutionnelle saisie par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale ou 1/10<sup>ème</sup> des députés, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

### Article 132 :

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie.

## **Pays-Bas**, 17 février 1983

### Article 91 :

1. Le Royaume ne sera pas lié par des traités et ceux-ci ne seront pas dénoncés sans l'approbation préalable des Etats généraux. La loi détermine les cas où l'approbation n'est pas requise.
2. La loi détermine la façon dont est donnée l'approbation, et elle peut prévoir la possibilité d'approbation tacite.
3. Lorsqu'un traité comporte des dispositions qui dérogent à la Constitution ou contraignent à y déroger, les Chambres ne peuvent donner leur approbation qu'aux deux-tiers au moins des voix exprimées.

### Article 92 :

Des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires peuvent être transférés à des institutions internationales par ou selon un traité, soumis, si nécessaire, aux dispositions de l'article 91.3.

### Article 93 :

Les dispositions des traités et des décisions des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun par leur teneur ont force obligatoire après leur publication.

Article 94 :

Les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun.

Article 95 :

La loi donne des règles sur la publication des traités et des décisions des organisations de droit international public.

**Pérou**, 31 décembre 1993

Chapitre II – Traités

Article 55 : Les traités conclus par l'Etat et en vigueur font partie du droit national.

Article 56 :

Les traités doivent être approuvés par le Congrès avant leur ratification par le Président de la République, s'ils traitent des sujets suivants :

I. Droits de l'homme. II. Souveraineté de l'Etat, territoire ou intégrité. III. Défense nationale. IV. Obligations financières de l'Etat.

Devront aussi être approuvés préalablement les traités qui créent, modifie ou annulent des taxes, ceux qui requièrent une modification ou une dérogation à la loi existante, et ceux qui requièrent des mesures législatives pour être exécutoires.

Article 57 :

Le Président de la République peut signer ou ratifier des traités, ou adhérer à des traités sans l'approbation préalable du Congrès dans les matières qui ne relèvent pas de l'article précédent. Dans tous les cas, le Président doit le notifier au Congrès.

Lorsqu'un traité affecte des dispositions constitutionnelles, il doit être approuvé selon la même procédure requise pour réviser la Constitution, avant sa ratification par le Président de la République.

La dénonciation des traités relève de l'autorité du Président de la République, qui est responsable de sa notification au Congrès. Dans le cas de traités soumis à l'approbation du Congrès, la dénonciation nécessite l'approbation préalable du Congrès.

Dispositions finales et transitoires :

4 Les normes relatives aux droits de l'homme et aux libertés reconnues par la Constitution seront interprétées en conformité avec la DUDH et avec les traités et accords internationaux, portant sur les mêmes matières, ratifiés par le Pérou.

## **Philippines**, 2 février 1987

### Article 2 : (section 2).

The Philippines renounces war as an instrument of national policy, adopts the generally accepted principles of International law as part of the law of the land and adheres to the policy of peace, equality, justice, freedom, cooperation, and amity with all nations.

### Article 7 : (section 21) - executive department.

No treaty or international agreement shall be valid and effective unless concurred in by at least two-thirds of all the Members of the Senate.

## **Pologne**, 17 octobre 1997

### Article 9 :

La République de Pologne respecte le droit international par lequel elle est liée

### Article 133 :

**1** En tant que représentant de l'Etat dans le domaine des relations étrangères, le Président de la République : 1) ratifie et dénonce les traités et en informe la diète et le Sénat, ...**2** Le Président de la République peut demander au tribunal constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la constitution du traité préalablement à sa ratification.

### Article 88 :

Les traités ratifiés en vertu d'une loi d'autorisation sont publiés suivant la procédure appliquée aux lois.

### Article 89 :

La ratification par la République de Pologne d'un traité et sa dénonciation exige l'autorisation exprimée par une loi, si le traité concerne : 1) la paix, les alliances, les accords politiques ou militaires, 2) les libertés, les droits et les devoirs des citoyens prévus par la Constitution, 3) la participation de la République de Pologne à une organisation internationale.

### Article 90.1 :

La République de Pologne peut céder, en vertu d'un traité, à une organisation internationale soit à un organisme international les compétences des autorités du pouvoir d'Etat en matière de questions concrètes.

### Article 91 :

**1** Le traité ratifié, après sa publication...constitue une partie intégrante de l'ordre juridique national et il est directement applicable, sauf si son application relève de la promulgation d'une loi. **2** Le traité ratifié en vertu d'une loi d'autorisation a une autorité supérieure à celle de la loi lorsque celle-ci est incompatible avec les traités. **3** Si cela résulte du traité ratifié par la République

de Pologne instituant une organisation internationale, le droit qu'il crée est directement applicable et a une autorité supérieure en cas d'incompatibilité avec les lois.

## **Portugal**, 2 avril 1976 (révisée en 1997)

### Article 7 : Relations internationales.

1. Le Portugal obéit, en matière de relations internationales, aux principes de l'indépendance nationale, du respect des droits de l'homme, des droits des peuples, de l'égalité entre les Etats, du règlement pacifique des différends internationaux, de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres Etats et de la coopération avec tous les autres peuples pour l'émancipation et le progrès de l'humanité.
2. Le Portugal préconise l'abolition de l'impérialisme, du colonialisme et de toute autre forme d'agression, la domination et l'exploitation dans les relations entre les peuples, ainsi que le désarmement général, simultané et contrôlé, le démantèlement des blocs politico-militaires et l'établissement d'un système de sécurité collective afin de créer un ordre international susceptible d'assurer la paix et la justice dans les relations entre les peuples.
3. Le Portugal reconnaît le droit des peuples à l'autodétermination, à l'indépendance et au développement, ainsi que le droit à s'insurger contre toutes les formes d'oppression.
4. Le Portugal conserve des liens privilégiés d'amitié et de coopération avec les pays de langue portugaise.
5. Le Portugal s'emploie à renforcer l'identité européenne et à intensifier l'action des Etats européens en faveur de la démocratie, de la paix, du progrès économique et de la justice dans les relations entre les peuples.
6. Dans des conditions de réciprocité, dans le respect du principe de subsidiarité et en vue de la réalisation de la cohésion économique et sociale, le Portugal peut passer des conventions sur l'exercice en commun des pouvoirs nécessaires à la construction de l'union européenne.

### Article 8 : Droit international

1. Les normes et les principes du droit international général ou commun font partie intégrante du droit portugais.
2. Les normes figurant dans les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées entrent dans l'ordre interne dès leur publication officielle et restent en vigueur aussi longtemps qu'elles engagent au niveau international l'Etat Portugais.

3. Les normes émanant des organes compétents des organisations internationales auxquelles le Portugal participe entrent directement dans l'ordre interne, dès lors que ceci figure dans leur traité constitutif.

Article 16 :

1. Les droits fondamentaux consacrés par la Constitution n'excluent aucun des autres droits provenant des lois et des règles du droit international applicables.

2. Les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Article 29 : (application de la loi pénale).

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas de réprimer dans les limites de la loi interne, une action ou une omission qui, au moment où elle a lieu, serait considérée comme criminelle au regard des principes généraux du droit international communément admis.

Article .119 :

1 Sont publiés au journal officiel le Diário da República : b) les conventions internationales et leur avis de ratification, ainsi que les autres avis les concernant

Article 134 :

Il appartient tout particulièrement au Président de la République : b) de promulguer et de faire publier les lois, les décrets-lois et les décrets réglementaires, de signer les résolutions de l'Assemblée de la République qui approuvent des accords internationaux et les autres décrets du gouvernement;

Article 135 : Compétence en matière de relations internationales.

En ce qui concerne les relations internationales, il appartient au Président de la République:

a) de nommer les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires, sur proposition du gouvernement et d'accréditer les représentants diplomatiques étrangers;

b) de ratifier les traités internationaux après qu'ils aient été dûment approuvés;

Article 161 : Compétence politique et législative.

Il appartient à l'Assemblée de la République : i) d'approuver les traités, notamment les traités concernant la participation du Portugal à des organisations internationales, les traités d'amitié, de paix, de défense, de rectification des frontières et ceux concernant des questions militaires, ainsi que les accords internationaux portant sur des matières de sa compétence réservée ou que le gouvernement jugera bon de lui soumettre.

Article 197 : Compétence politique.

1. Il appartient au gouvernement, dans l'exercice de ses fonctions politiques:

b) de négocier et de parfaire les conventions internationales;

c) d'approuver les accords internationaux dont l'approbation n'est pas de la compétence de l'Assemblée de la République ou dans le cas où elles ne lui auraient pas été soumises

Article 200 : Compétence du Conseil des Ministres.

1. Il appartient au Conseil des Ministres : d) d'approuver les décrets-lois ainsi que les accords internationaux qui ne sont pas soumis à l'Assemblée de la République

Article 277 : Inconstitutionnalité par action.

2. L'inconstitutionnalité organique ou formelle des traités internationaux régulièrement ratifiés n'empêche pas l'application de leurs normes dans l'ordre juridique portugais, pourvu que ces normes soient appliquées dans l'ordre juridique de l'autre partie, sauf dans les cas où cette inconstitutionnalité résulte de la violation d'une disposition fondamentale.

Article 278.1 :

Le Président de la République peut demander au tribunal constitutionnel d'apprécier de manière préventive la constitutionnalité de toute norme d'un traité international qui lui aura été soumis pour ratification...

Article 279.4 :

Quand le tribunal constitutionnel se prononcera pour l'inconstitutionnalité d'une norme d'un traité, celui-ci ne pourra être ratifié que si l'Assemblée de la République l'approuve à la majorité des deux-tiers des députés présents, pourvu qu'elle soit supérieure à la majorité absolue des députés effectivement en fonction.

## **RDC Congo-Zaïre**, 5 juillet 1990 et décret-loi du 28 mai 1997

Cf. Constitution française pour ratification, valeur et constitutionnalité. Cependant le décret-loi neutralise la Constitution. (art.14 : toutes les dispositions constitutionnelles contraire au présent décret-loi sont abrogées).

## **République Tchèque**, 16 décembre 1992

Article 1.2 :

La République tchèque respecte les engagements internationaux qui lui incombent du droit international.

Article 10 :

Les traités internationaux publiés dont la ratification a été autorisée par le Parlement et qui lient la République tchèque font partie de l'ordre juridique. Si un traité international en dispose autrement que la loi, c'est le traité international qui s'applique.

Article 95 :

Dans ses décisions, le juge est lié par la loi et par le traité international qui fait partie de l'ordre juridique ; il est autorisé à apprécier la conformité d'une ordonnance ou d'un règlement à la loi ou à un tel traité international.

**Roumanie**, 8 décembre 1991

Article 10 :

La République développe ses relations en vertu des principes reconnus par les normes universellement acceptées

Article 11 :

1. L'Etat roumain s'engage à accomplir exactement et de bonne foi les obligations qui lui incombent par les traités auxquels il est partie. 2 Les traités ratifiés par le Parlement, conformément à la loi, font partie du droit interne.

Article 20 :

1. Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens sont interprétées et appliquées en concordance avec la DUDH, avec les Pactes et autres traités auxquels la Roumanie est partie. 2. En cas de non-concordance entre les pactes et les traités portant sur les droits fondamentaux de l'homme auxquels la Roumanie est partie, et les lois internes, les réglementations internationales ont la priorité.

**Russie**, 12 décembre 1993

Article 15.4 :

Les principes et normes universellement reconnus du droit international et les traités internationaux de la fédération de Russie sont parties intégrantes de son système juridique. Si d'autres règles que celles prévues par la loi sont établies par un traité international de la Fédération de Russie, les règles du traité international prévalent.

Article 69 :

La Fédération de Russie garantit les droits des peuples autochtones peu nombreux, conformément aux principes et normes universellement reconnus du droit international et aux traités internationaux de la Fédération de Russie.

Article 86 :

Le Président de la Fédération de Russie : a) Exerce la direction de la politique extérieure de la Fédération de Russie ; b) négocie et signe les traités internationaux de la Fédération de Russie ; c) Signe les instruments de ratification.

Article 106 :

Doivent obligatoirement faire l'objet d'un examen par le Conseil de la Fédération des lois fédérales adoptées par la Douma d'Etat sur les questions : ...d) De la ratification et de la dénonciation des traités internationaux de la Fédération de Russie.

Article 125.2 :

La Cour constitutionnelle ...statue sur la conformité à la Constitution ...d) Des traités internationaux de la Fédération de Russie non encore entrés en vigueur.

Article 125.6 :

Les traités internationaux de la Fédération de Russie non conformes à la Constitution n'entrent pas en vigueur et ne sont pas appliqués.

**Rwanda**, 26 mai 2003

Article 20 :

Nul ne peut être condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas une infraction d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises.

Article 28 :

Tout enfant a droit de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures spéciales de protection qu'exige sa condition, conformément au droit national et international

Article 145.4 :

A la demande du Président de la République, des présidents de chambre du Parlement ou d'un cinquième des membres de la chambre des députés ou des membres du Sénat ; la Cour Suprême contrôle la constitutionnalité des traités et accords internationaux ainsi que des lois et émet des avis techniques avant la décision des instances compétentes.

Article 189 :

Le Président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux. Le Parlement en est informé après leur conclusion. Toutefois, les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs aux organisations internationales, ceux qui engagent les finances et ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'après autorisation du Parlement. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est permise sans le consentement du peuple rwandais consulté par référendum. Le

Président de la république et le Parlement sont informés de toutes les négociations d'accords et traités internationaux non soumis à la ratification.

Article 190 :

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés on, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois organiques et des lois ordinaires, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

**Sénégal**, 7 janvier 2001

Article 88 :

Le Président de la République négocie les engagements internationaux. Il les ratifie ou les approuve éventuellement sur autorisation de l'Assemblée Nationale.

Article 89 :

Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés. Nulle cession, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées. La République du Sénégal peut conclure avec tout Etat africain des accords d'associations ou de communauté comprenant abandon partiel ou total de souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine.

Article 90 :

Si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la constitution.

Article 91 :

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

**Seychelles**, 21 juin 1993

Article 48 :

Le présent chapitre [Charte des droits] s'interprète de façon à ne pas être incompatible avec les obligations internationales des Seychelles en matière de droits et libertés. Les tribunaux appelés à interpréter le présent chapitre

prennent connaissance d'office : a) des actes internationaux qui énoncent ces obligations ; b) des rapports et avis des organismes chargés de l'administration et de l'application de ces actes ; c) des rapports, décisions ou avis des institutions internationales et régionales chargées de l'administration et de l'application des conventions en matière de droits et libertés ; d) des Constitutions des autres Etats ou pays démocratiques et des décisions de leurs tribunaux en matière constitutionnelle.

Article 64 :

3 Le Président est habilité à passer ou à faire passer les traités, accords et conventions au nom de la République. 4 Les traités, accords et conventions à caractère international passés par le Président ou sous son autorité ne lient la République que s'ils sont ratifiés par une loi ou par une résolution adoptée à la majorité du nombre total des députés.

**Suisse**, 19 avril 1874, totalement révisée le 18 avril 1999

Article 140 : (référendum obligatoire).

Sont soumises au vote du peuple et des cantons, ...b) l'adhésion à des organismes de sécurité collective ou à des communautés supranationales.

Article 141 : (référendum facultatif).

Sont soumis au vote du peuple, à la demande de 50000 citoyens ou citoyennes ayant le droit de vote ou de huit cantons ...d) les Traités internationaux qui : 1) sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables ; 2) prévoient l'adhésion à une organisation internationale; 3) entraînent une unification multilatérale du droit.

Article 141.2 :

L'Assemblée fédérale peut soumettre d'autres traités internationaux au référendum facultatif.

Article 166.2 :

Elle [L'assemblée fédérale] approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international.

Article 184.2 :

Il [Conseil fédéral] signe les traités et les ratifie. Il les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale

Article 189 :

Le tribunal fédéral connaît...c) des réclamations pour violation des traités internationaux ou de conventions inter-cantoniales.

Article 191 :

Le tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international.

**Tchad**, 14 avril 1996

Cf Constitution française pour ratification, valeur hiérarchique et constitutionnalité.

**Togo**, 14 octobre 1992

Cf. Constitution française pour la ratification, valeur hiérarchique et constitutionnalité:

Préambule :

Nous, peuple togolais, ...Convaincu qu'un Etat ne peut être fondé que sur le pluralisme politique, les principes de la démocratie et de la protection des droits de l'homme tels que définis par la Charte des Nations unies, la DUDH de 1948 et les Pactes internationaux de 1966, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981 par l'OUA, ...

Article 50 :

Les droits et devoirs énoncés dans la DUDH et dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, ratifiés par le Togo, font partie intégrante de la présente Constitution.

**Tunisie**, 1<sup>er</sup> juin 1959

Article 32 :

Les traités dûment ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de leur application par l'autre partie.

Article 33 :

Les traités sont ratifiés par la loi.

Article 48 :

Le Président de la République promulgue les traités.

**Turquie**, 6 novembre 1982

Article 90 : (Ratification of International Treaties).

(1) The ratification of treaties concluded with foreign states and international organisations on behalf of the Republic of Turkey, shall be subject to adoption by the Turkish Grand National Assembly by a law approving the ratification.

(2) Agreements regulating economic, commercial and technical relations, and covering a period of no more than one year, may be put into effect through

promulgation, provided they do not entail any financial commitment by the State, and provided they do not infringe upon the status of individuals or upon the property rights of Turkish citizens abroad. In such cases, these agreements must be brought to the knowledge of the Turkish Grand National Assembly within two months of their promulgation.

(3) Agreements in connection with the implementation of an international treaty, and economic, commercial, technical, or administrative agreements which are concluded depending on an authorisation given by law shall not require approval by the Turkish Grand National Assembly. However, agreements concluded under the provision of this paragraph and affecting the economic, or commercial relations and private rights of individuals shall not be put into effect unless promulgated.

(4) Agreements resulting in amendments to Turkish laws shall be subject to the provisions of the first paragraph.

(5) International agreements duly put into effect carry the force of law. No appeal to the Constitutional Court can be made with regard to these agreements, on the ground that they are unconstitutional.

## **Venezuela;** 15 décembre 1999

### Article 23 :

Les traités, pactes et conventions relatifs aux droits de l'homme qui ont été conclus et ratifiés par le Venezuela ont rang constitutionnel, et prévalent sur la législation interne, dans la mesure où ils contiennent des dispositions concernant la jouissance et l'exercice de tels droits qui sont plus favorables que ceux établis par cette Constitution et par les lois de la République, et seront immédiatement et directement appliqués par les Cours et autres organes de la puissance publique.

### Article 153 :

Les dispositions adoptées dans le cadre d'accords d'intégration feront partie intégrante de l'ordre juridique en vigueur, seront directement applicables et primeront sur la législation interne.

## **Vietnam (République socialiste du),** 15 avril 1992

### Article 84 :

L'Assemblée nationale a les tâches et compétences suivantes : ...13. Décider des politiques extérieures fondamentales ; ratifier ou rejeter les accords internationaux signés ou auxquels l'adhésion a été décidée sur proposition du président de l'Etat.

Article 103 :

Le Président de l'Etat a les tâches et attributions suivantes : ...10. ...Signer les accords internationaux au nom de l'Etat de la République socialiste du Vietnam avec les Chef des autres Etats ; décider la ratification des accords internationaux et la participation aux traités internationaux excepté le cas où la décision de l'Assemblée nationale est requise.

Article 112 :

Le gouvernement a les tâches et attributions suivantes : ...8. ...Assurer la gestion unifiée des affaires étrangères de l'Etat, signer, ratifier les accords internationaux, adhérer aux accords internationaux au nom du gouvernement ; guider la mise en exécution des accords internationaux signés par la République socialiste du Vietnam ou des traités internationaux auxquels elle participe.



# Table des matières

<b>Principales abréviations</b> .....	<b>9</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>11</b>
I. QUEL SUJET D'ETUDE ? .....	11
II. QUEL SUJET DE DROIT ? .....	15
A. Quelle personnalité juridique ?.....	15
B. Quel individu ?.....	20
III. L'OBJET DU SUJET : METHODOLOGIE.....	22
<b>Partie I : L'application d'une définition de la personnalité juridique internationale à l'individu : incertitudes doctrinales</b> .....	<b>27</b>
CHAPITRE I. DEFINITION MINIMALE : LE SUJET, DESTINATAIRE DIRECT DE NORMES INTERNATIONALES .....	31
Section I. Une condition nécessaire et suffisante : un "lien direct" entre sujet et ordre juridique .....	31
I. L'exigence de normes internationales s'adressant au sujet.....	31
A. Définition du sujet.....	32
1. Définition par approche positive : comparaison entre destinataire et titulaire.....	32
a. Sujet-destinataire et sujet-titulaire : une synonymie apparente .....	32
b. Sujet-destinataire et sujet-titulaire : approche formelle et approche matérielle du droit.....	35
2. Définition par approche négative : opposition entre objet et sujet.....	39
a. L'objet, un destinataire indirect .....	39
b. L'objet, titulaire de droits-réflexes .....	42
B. L'indifférence relative quant aux normes internationales concernées.....	45
1. Indifférence quantitative : la personnalité juridique comme aptitude virtuelle .....	45
2. Indifférence qualitative : équivalence des sources de droits .....	49
II. L'exclusion de la capacité juridique comme condition supplémentaire de la personnalité juridique.....	53
A. La dissociation entre personnalité et capacité.....	53
1. Une exclusion claire de la capacité processuelle.....	54
2. Une exclusion ambiguë de la capacité normative.....	57
a. Distinction entre sujet de droit et créateur de droit .....	57
b. Ambiguïté de la position d'Anzilotti : la notion de participation .....	58
B. Une dissociation contestable entre personnalité internationale et capacité internationale .....	60
1. Une dissociation confuse entre personnalité et capacité processuelle .....	60
a. La difficulté de distinguer droit de réclamation et capacité de réclamation .....	60
b. Les problèmes d'interprétation de l'avis de la CIJ du 11 avril 1949.....	63
2. Un problème de méthode philosophique : les rapports logiques d'antériorité-postériorité..	65
Section II. Des applications doctrinales divergentes à l'individu .....	71
I. Causes juridiques : les rapports de système (dualisme v. monisme) .....	71
A. Conséquences négatives du dualisme pour l'individu.....	72

1. La médiation étatique incontournable : l'impossibilité d'être destinataire.....	72
2. Le principe de la transformation des normes : l'impossibilité d'être titulaire .....	75
B. L'écran étatique franchi par les monistes : l'individu sujet de droit international ? .....	77
1. La négation de la transformation des normes .....	78
2. L'individu, sujet exceptionnel ou potentiel .....	79
II. Causes politico-idéologiques : étatismes v. humanisme .....	81
A. Négation de l'individu-sujet : l'étatisme politique .....	81
B. Affirmation de l'individu sujet : la finalité humaine du droit international .....	83
CHAPITRE II. DEFINITION MAXIMALE : LE SUJET, AUTEUR DE NORMES INTERNATIONALES ...	91
Section I. Une condition normative supplémentaire et indispensable : la "capacité juridique générale" .....	91
I. La volonté, source de personnalité juridique.....	92
A. L'inclusion de la capacité dans la définition de la personnalité.....	92
1. L'insuffisance du critère du destinataire .....	92
2. L'ajout d'un critère supplémentaire : créer du droit .....	95
a. La volonté normative du sujet .....	95
b. La participation du sujet au cycle de création du droit .....	98
B. Les différentes utilisations doctrinales de la notion de capacité juridique.....	100
1. Les "capacités de..." : diversité des termes utilisés.....	101
2. La particularité de l'école scellienne .....	103
a. Notions de compétence et d'agent juridique.....	104
b. Comparaison entre Scelle et les ultra-volontaristes : la lutte contre les fictions juridiques .....	105
II. Les capacités juridiques internationales exigées par la doctrine volontariste .....	107
A. Trois critères d'expression juridique de la volonté subjectivante en droit international.....	107
1. Diversité des capacités internationales inhérentes à la personnalité juridique internationale .....	107
2. Trois dénominateurs doctrinaux communs .....	110
a. Une capacité normative internationale : la conclusion de traités .....	110
b. Une capacité processuelle internationale : les mécanismes de la responsabilité internationale.....	111
c. Une capacité relationnelle internationale : les relations diplomatiques .....	112
B. Des critères cumulatifs ou alternatifs ? .....	114
1. Conception cumulative : les excès du volontarisme .....	114
2. Conception alternative et hiérarchie des capacités.....	116
Section II. Une application doctrinale largement défavorable à l'individu .....	120
I. L'individu co-auteur de la normativité internationale ? .....	120
A. Négation doctrinale de l'individu normateur international .....	120
1. L'absence de participation directe à la création de normes internationales .....	121
2. L'insuffisante participation aux mécanismes de la responsabilité internationale .....	122
B. Affirmation marginale de l'individu normateur international .....	124
1. La possible participation de l'individu à la fonction législative internationale .....	125
a. Une participation directe selon Scelle .....	125
b. Une participation indirecte envisagée .....	126
2. La participation indirecte de l'individu à la fonction judiciaire internationale.....	128

II. Raisons de la négation de l'individu sujet de droit international : une assimilation excessive entre sujet de droit et auteur de droit .....	130
A. Analogies erronées entre sujet interne et sujet international .....	131
1. Personnalité interne et personnalité internationale .....	131
2. Capacités internes et capacités internationales.....	133
B. Analogies dépassées avec les sujets reconnus de droit international.....	135
1. Individu, Etat et organisation internationale.....	135
a. La personnalité internationale de l'Etat.....	135
b. La personnalité internationale de l'organisation internationale.....	138
2. L'absence de réactualisation d'une théorie générale des sujets de droit international .....	139
CHAPITRE III. DEFINITION INTERMEDIAIRE : LE SUJET, ACTEUR DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL .....	145
Section I. Le second critère déterminant de la personnalité : la capacité processuelle internationale .....	145
I. Nécessité de l'inclusion de la capacité processuelle dans la définition de la personnalité .....	145
A. L'exigence d'un sujet actif et responsable .....	146
1. Réfutations des deux précédentes définitions de la personnalité juridique.....	146
a. L'insuffisance du sujet-destinataire .....	146
b. L'exigence excessive du sujet-auteur .....	148
2. Deux approches doctrinales de "l'acteur" international .....	149
a. Approche anglo-saxonne : l'acteur-participant.....	150
b. Approche européenne : le sujet-acteur .....	155
B. L'exigence d'une capacité processuelle internationale.....	157
1. La non pertinence d'une capacité interne .....	157
2. La nécessité d'une capacité purement internationale .....	158
II. Délimitation de la capacité processuelle internationale.....	160
A. Nature des procédures composant la capacité processuelle internationale.....	160
1. De la nécessité de l'intervention d'une juridiction internationale .....	161
a. Faire valoir un droit : relation entre violation d'un droit, responsabilité, et juridiction.....	161
b. Conséquences : la capacité processuelle est-elle nécessairement contentieuse ?.....	164
2. Le non-choix de la doctrine .....	167
B. Une capacité à double visage .....	170
1. Sujet-victime et sujet-responsable.....	170
2. Des conditions cumulatives ou alternatives ? .....	175
Section II. Une application doctrinale consensuelle : l'individu, sujet exceptionnel et dérivé .....	181
I. L'individu, sujet du « troisième type » ?.....	181
A. L'individu et les deux conditions de la personnalité internationale.....	181
1. Une reconnaissance implicite de la première condition .....	181
2. Une reconnaissance hésitante de la seconde condition.....	183
B. La spécificité de la personnalité internationale individuelle.....	186
1. Une personnalité dérivée et subsidiaire.....	187
2. Une personnalité fonctionnelle et relative .....	188
II. Le développement des positions intermédiaires : une évolution doctrinale inachevée.....	191
A. Des incertitudes persistantes quant au concept de sujet de droit international.....	191

1. Les tenants et aboutissants du choix d'une définition intermédiaire .....	191
a. Les tenants : la fin des dogmatismes, l'ère du pragmatisme ?.....	192
b. Les aboutissants : l'insatisfaction face au terme d'acteur juridique .....	195
2. Du "sujet-acteur" juridique au "sujet-opérateur" juridique?.....	199
a. Pourquoi l'opérateur ? Pour une définition opératoire du sujet de droit.....	199
b. Comment l'opérateur ? Sa place dans le processus normatif international.....	203
B. Conséquence paradoxale : des incertitudes persistantes quant à la personnalité internationale de l'individu .....	206
1. Quant à la titularité de droits et obligations internationaux, premier critère de la personnalité juridique internationale .....	206
2. Quant à la capacité d'agir internationale, second critère de la personnalité juridique internationale.....	209

**Partie II : Consistance de l'écran étatique et "réception" du droit international par l'individu : l'applicabilité directe du droit international ..... 221**

TITRE I. MEDIATION ETATIQUE ET INTEGRATION DES NORMES INTERNATIONALES DANS L'ORDRE INTERNE : LES CHOIX CONSTITUTIONNELS ..... 223

Chapitre I. L'intégration des traités : de l'insertion automatique à la transformation des normes ..... 225

Section I. Des oppositions apparentes entre monisme et dualisme : la médiation étatique, entre fiction et réalité ..... 227

I. Le traité intégré par le système moniste : l'individu destinataire de normes internationales ... 227

A. L'insertion "automatique" : signification des clauses constitutionnelles d'insertion ..... 227

1. Diversité des clauses constitutionnelles d'insertion automatique..... 228

    a. Les clauses courantes ..... 228

    b. Les clauses particulières..... 231

2. Une simple répartition interne des compétences internationales ..... 234

    a. Répartition des compétences entre exécutif et législatif : le parlement, chambre d'enregistrement des traités..... 235

    b. Autorisation parlementaire préalable : variations selon les traités..... 237

B. La valeur du traité dans la hiérarchie des normes moniste ..... 241

1. Homogénéité des règles générales : valeur supra-légale et infra-constitutionnelle des traités ..... 242

    a. La hiérarchie encadrée par la Constitution..... 242

    b. Silence constitutionnel : la hiérarchie décidée par les juges..... 245

2. Complexification des règles : hiérarchie entre les traités ..... 247

    a. La spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme ..... 247

    b. La spécificité des traités auto-exécutoires ..... 249

II. Le traité transformé par le système dualiste : l'individu destinataire de normes internes d'origine internationale ..... 251

A. Des modalités de transformation diverses et complexes..... 251

    1. Clauses constitutionnelles dualistes de réception des traités..... 252

    2. Modalités pratiques de réception des traités ..... 254

B. La valeur du traité dans la hiérarchie des normes dualiste..... 258

    1. Le traité a la valeur de l'acte de réception..... 258

2. L'évitement des conflits entre norme interne et "norme interne d'origine internationale"	260
Section II. Des oppositions dépassées par la pratique : des effets similaires pour l'individu.....	263
I. Les contradictions internes des systèmes : faux monismes et faux dualismes .....	263
A. La nature de la norme internationale inchangée : une fausse médiation étatique .....	264
1. Similitude du traitement interne des normes conventionnelles internationales .....	264
a. Confusion dualiste entre réception et exécution des traités.....	264
b. Rapprochement moniste et dualiste dans les procédures d'exécution des traités .....	267
2. L'interdiction commune de dénaturer le traité .....	269
a. Lors de l'insertion : interdiction d'amender le traité.....	269
b. Lors de l'application judiciaire : règles d'interprétation internationales .....	271
B. La valeur de la norme internationale : une fausse dissemblance de la hiérarchie des normes .....	272
1. Les contradictions du dualisme européen face à la CEDH et au droit communautaire ..	273
a. Exemple anglais.....	273
b. Exemple italien .....	275
2. Les contradictions du monisme : monisme constitutionnel de principe, dualisme des juges .....	277
II. L'internationalisation des constitutions internes : le développement relatif du monisme.....	279
A. L'essor du constitutionnalisme sous influence internationale .....	279
1. Une perméabilité accrue de la frontière entre ordres juridiques nationaux et ordre international .....	280
a. La modification de la physionomie des textes constitutionnels .....	280
b. L'influence des traités internationaux sur l'exercice des pouvoirs internes.....	282
2. Une perméabilité réelle : la valeur juridique croissante des constitutions .....	283
B. Bilans régionaux de la pratique constitutionnelle, entre optimisme et pessimisme .....	286
1. Version optimiste : un chantier constitutionnel mondialisé .....	287
a. Les PECO .....	287
b. L'Afrique.....	288
2. Version pessimiste : les mots et les conduites.....	289
a. Décalages entre théorie et pratique : Amérique latine, Afrique, PECO.....	289
b. Indifférence et rejet : Asie, Moyen-Orient .....	291
Chapitre II. L'intégration du droit international non conventionnel : les lacunes constitutionnelles.....	297
Section I. L'impossible réception constitutionnelle du droit international non écrit ?.....	298
I. L'insertion de la coutume : incertitudes et diversité .....	298
A. Une approche interne particulière de la coutume internationale .....	298
1. Insaisissabilité du droit international non conventionnel .....	298
2. Pertinence relative de l'opposition monisme-dualisme .....	300
B. Variété des choix constitutionnels .....	302
1. Diversité des textes.....	303
2. Diversité des pratiques.....	306
a. Pratique favorable à la réception dualiste de la coutume.....	306
b. Pratique favorable à l'insertion moniste de la coutume.....	309
II. La valeur hiérarchique de la coutume : incertitudes et diversité .....	311
A. Une primauté rarissime.....	311

1. De par les textes .....	311
2. De par la pratique.....	313
B. La coutume, entre valeur aléatoire et absence de valeur .....	315
1. La coutume, à côté de la hiérarchie des normes ?.....	315
2. Valeur aléatoire, entre infra-légale et constitutionnelle : le cas français.....	317
Section II. La rareté des choix constitutionnels pour les actes internationaux unilatéraux .....	320
I. Modes d'insertion des actes internationaux unilatéraux .....	320
A. Rareté des dispositions constitutionnelles.....	321
1. Les actes des organisations internationales universelles.....	321
2. Particularité du droit dérivé d'intégration régionale.....	324
B. Absence d'homogénéité des pratiques d'insertion .....	327
II. Faible portée des actes unilatéraux dans l'ordre interne .....	331
A. Place des actes unilatéraux dans la hiérarchie des normes.....	331
B. Conséquence : peu d'effet pour l'individu.....	334
TITRE II. MEDIATION ETATIQUE ET INVOCABILITE INTERNE DES NORMES	
INTERNATIONALES : LES CHOIX DES JUGES .....	343
Chapitre I. L'applicabilité directe du droit international aux individus .....	344
Section I. Tentative de clarification des critères de l'applicabilité directe.....	344
I. Clarification sémantique .....	344
A. Sémantique francophone .....	345
B. Sémantique anglophone .....	353
1. Signification dans les usages anglophones .....	353
2. Usage par les auteurs francophones .....	358
II. Clarification des compétences juridictionnelles d'identification de l'applicabilité des normes internationales .....	360
A. Le pouvoir d'interprétation des normes internationales .....	360
1. Règles générales d'interprétation des traités.....	361
2. Pouvoir d'interprétation des normes internationales par les juges internes.....	364
B. Le pouvoir croissant sur les critères préalables d'invocabilité : exemple français .....	367
1. Le contrôle de la validité externe des normes internationales .....	367
2. Publication et réciprocité .....	369
Section II. Le cœur de l'invocabilité : l'effet direct des normes internationales .....	375
I. Les critères de l'effet direct, guidés par la Convention de Vienne.....	375
A. A la recherche de l'effet direct : absence d'accord doctrinal .....	375
1. Interprétation des positions des juridictions françaises .....	376
2. Positions de la doctrine .....	378
B. Les critères retenus : objet et précision de la norme internationale .....	380
1. L'objet de la norme d'effet direct : l'individu-destinataire.....	380
2. La nature précise et complète de la norme .....	382
II. L'utilisation de différentes méthodes d'interprétation selon les Etats .....	384
A. Un respect relatif des méthodes de la Convention de Vienne par les juges nationaux.....	385
B. L'utilisation de critères alternatifs .....	388
1. Les critères d'interprétation des normes internationales aux Etats-Unis .....	389
2. L'utilisation de critères internes.....	391
Chapitre II. L'invocabilité des normes internationales : bilan contemporain .....	397
Section I. Bilan conceptuel : l'évolution des critères de l'invocabilité des normes internationales.....	398

I. Vers une présomption d'effet direct ? .....	398
A. Une évolution favorable à l'effet direct des normes internationales .....	398
1. Une évolution favorable des opinions doctrinales .....	398
2. Une évolution favorable de la pratique étatique .....	400
B. L'absence de présomption générale d'effet direct.....	402
1. Obstacles persistants à l'internationalisation de l'effet direct .....	403
2. Des résistances internes persistantes .....	405
II. Vers une dissociation entre effet direct et invocabilité ?.....	407
A. Une dissociation avérée : le cas des directives communautaires .....	407
1. L'invocabilité exceptionnelle de normes dénuées d'effet direct.....	407
2. Des effets "réflexes" multiples et subtils sur les individus.....	409
B. Une dissociation envisagée : l'invocabilité du droit international dénué d'effet direct .....	412
1. Propositions doctrinales d'élargissement de l'invocabilité des normes internationales.....	412
2. Pour une approche objective de l'effet direct des normes internationales ? .....	415
Section II. Bilan pratique : Les degrés d'invocabilité des normes internationales.....	419
I. Invocabilité croissante des normes conventionnelles .....	419
A. Domaine emblématique de l'invocabilité : les droits civils et politiques.....	419
B. Développement des domaines d'invocabilité des normes internationales .....	425
1. Vers l'invocabilité des droits économiques et sociaux ? .....	425
2. Diversité des conventions invocables .....	430
II. Invocabilité hésitante des normes non conventionnelles .....	432
A. Reconnaissance timide de la coutume.....	432
B. Non prise en compte des actes unilatéraux : une évolution possible.....	436

**Partie III : Consistance de l'écran étatique et action de l'individu dans l'ordre international..... 451**

**TITRE I. LA RESISTANCE DE L'ECRAN ETATIQUE : LA PLACE DE L'INDIVIDU DANS LA THEORIE DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT .....** 453

**Chapitre I. La protection diplomatique : une action indirectement internationale de l'individu .....** 455

**Section I. Résistance des règles classiques : l'allégeance de l'individu à l'Etat.....** 458

**I. Nature d'une fiction juridique contestée : la protection diplomatique, un droit exclusif de l'Etat .....** 458

**A. Du préjudice individuel au préjudice étatique : logique dualiste de l'endossement. ....** 458

**1. Préjudice substantiel et préjudice juridique : dissociation du droit individuel et du droit étatique.....** 459

**2. A l'origine de l'action : la violation du standard minimum de traitement des étrangers ...** 463

**B. Les contestations : la protection diplomatique, un droit de l'individu ? .....** 467

**1. Contestation doctrinale de la protection diplomatique en tant que droit exclusif et discrétionnaire de l'Etat : l'emprise de l'individu sur la procédure.....** 467

**2. L'exercice de l'action conditionné par le comportement individuel : des critiques dépassées par la codification.....** 470

**a. Le paradoxe logique de la Clause Calvo.....** 470

**b. Les "mains propres" de l'individu.....** 473

**II. Assouplissement relatif du lien d'allégeance : évolution des conditions de recevabilité relatives à la nationalité.....** 475

A. Evolution du critère de la nationalité des réclamations .....	475
1. Règles classiques : l'endossement permis par le lien de nationalité.....	476
2. Règles contemporaines : assouplissements et dérogations au lien de nationalité .....	480
B. Evolution de l'exigence d'un lien continu d'allégeance.....	482
1. Règles classiques : le paradoxe logique de la règle de la continuité.....	482
2. Règles contemporaines : assouplissement de la continuité de la nationalité.....	484
Section II. Les règles contemporaines : l'association des droits étatiques et individuels, un pas vers la réalité .....	488
I. Evolution de la fonction de la protection diplomatique : la reconnaissance des droits individuels, entre règles primaires et secondaires .....	488
A. Les droits individuels, de la protection consulaire à la protection diplomatique .....	489
1. Reconnaissance interne et internationale d'un droit individuel à la protection.....	489
2. Protection consulaire et protection diplomatique : problèmes d'identification .....	493
B. Les droits procéduraux individuels dans la protection diplomatique.....	498
1. Un droit de demander l'octroi de la protection diplomatique : vers un contrôle de légalité des décisions d'octroi et de refus .....	498
2. Un droit individuel à réparation ?.....	501
II. Evolution du champ d'application de la protection diplomatique : extension ou restriction ? .....	505
A. Influence des droits de l'homme sur la protection diplomatique .....	505
1. Champ d'application matériel : protection diplomatique et droits de l'homme, de l'autonomie à l'interdépendance .....	506
a. Complémentarité : influence des droits de l'homme sur la protection diplomatique.....	506
b. La protection diplomatique comme instrument limité de protection des droits de l'homme.....	510
2. Champ d'application procédural : rapport entre protection diplomatique et régimes auto-suffisants .....	512
B. Diversification de la nature de l'action, entre substitution et représentation.....	515
1. Action en substitution et action en représentation : positions doctrinales actuelles .....	515
2. Deux actions différentes, ou évolution de la protection diplomatique ?.....	519
Chapitre II. L'épuisement des voies de recours internes : une action subsidiairement internationale de l'individu.....	527
Section I. Nature de la règle et conséquences sur la position de l'individu dans le contentieux international.....	529
I. Règle de fond : une condition d'existence de la responsabilité internationale de l'Etat.....	530
A. Une responsabilité internationale étatique différée.....	530
1. La typologie des obligations internationales .....	530
2. La violation de l'obligation : le fait étatique complexe .....	533
B. Conséquence sur la victime de la violation : négation du droit internationalement conféré à l'individu.....	535
1. Les paradoxes théoriques d'une vision dualiste de la responsabilité.....	535
2. Les paradoxes pratiques de la responsabilité pour violation d'une obligation de comportement.....	538
II. Règle de procédure : une condition de recevabilité du recours international.....	539
A. Une responsabilité étatique assumée.....	540
B. Vers une codification favorable à l'individu.....	542

1. La règle dans la codification de la responsabilité étatique.....	543
2. La règle dans la codification de la protection diplomatique .....	545
Section II. Champ d'application contemporain de la règle : le maintien temporaire de l'individu dans l'ordre interne.....	550
I. Domaines d'application : droits de l'homme et protection diplomatique.....	550
A. Identification du contenu de la règle dans le domaine des droits de l'homme.....	551
1. Règle conventionnelle et nature subsidiaire de l'action internationale.....	551
2. Contours de l'obligation internationale de l'individu .....	553
B. Comparaison avec le contenu de la règle dans la protection diplomatique.....	554
1. La codification de 2004 : un contenu similaire .....	555
2. La pratique récente des juridictions internationales : variation contextuelle sur une même règle. ....	557
II. L'épuisement des recours internes, critère de distinction des catégories de réclamations internationales .....	560
A. Inapplicabilité de la règle de l'épuisement pour l'action directe étatique.....	560
1. Inapplicabilité au recours interétatique dans le contentieux des droits de l'homme.....	561
2. Inapplicabilité pour le recours étatique en protection diplomatique ?.....	562
B. Application aléatoire de la règle dans les actions "mixtes" : le principe de la prépondérance .....	564
1. La codification du principe de la prépondérance .....	564
2. Vers une pratique contraire à la codification proposée ? .....	566
TITRE II. LE FRANCHISSEMENT DE L'ECRAN ETATIQUE : DIVERSITE DES CAPACITES D'ACTION DIRECTEMENT INTERNATIONALE DE L'INDIVIDU .....	573
Chapitre I. Capacité processuelle passive : la responsabilité pénale de l'individu.....	575
Section I. De l'obligation à la responsabilité : le crime international de l'individu.....	577
I. Les obligations internationales de l'individu : les normes primaires .....	577
A. Obligations étatiques et obligations individuelles : dissociation ou association ? .....	577
1. Catégories d'obligations internationales : les obligations étatiques.....	578
2. Les obligations de l'individu, entre norme interne et norme internationale .....	581
B. La codification partielle des règles primaires définissant les obligations individuelles .....	584
1. Le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité .....	584
2. Les obligations internationales relatives au terrorisme.....	586
II. La responsabilité internationale pénale de l'individu .....	589
A. L'imputation du crime de l'individu : responsabilité individuelle ou responsabilité étatique ? .....	590
1. Responsabilité de l'individu en tant que personne privée ou agent étatique.....	590
2. Crime d'Etat et personnalité internationale de l'individu .....	593
B. Responsabilité interne ou responsabilité internationale : problématique de la compétence universelle.....	596
1. Mise en œuvre de la responsabilité individuelle par des juridictions internes : la compétence universelle .....	597
2. Pertinence limitée de la compétence universelle pour la capacité internationale de l'individu .....	601
Section II. Une mise en œuvre renforcée de la responsabilité internationale individuelle devant les juridictions internationales .....	604
I. L'extension de la capacité passive de l'individu, de Nuremberg à La Haye.....	604

A. Du TMI à la CPI : évolution des compétences matérielle et personnelle des tribunaux pénaux .....	604
1. Extension des compétences <i>ratione materiae</i> des juridictions pénales internationales.....	605
2. Les compétences <i>ratione personae</i> des juridictions pénales internationales.....	607
B. les limites de la compétence <i>ratione fori</i> de la CPI : une vocation universelle mais subsidiaire .....	609
1. Une compétence soumise au consentement des Etats : conditions de saisine de la CPI..	609
2. Une compétence complémentaire ou subsidiaire.....	613
II. La capacité passive de l'individu devant les tribunaux internationalisés .....	614
A. Une justice de proximité et de compromis .....	615
1. Les compétences des tribunaux internationalisés .....	615
2. Des tribunaux internationaux ?.....	618
B. Un renforcement durable de la responsabilité pénale individuelle ? .....	619
1. Un renforcement de la personnalité passive de l'individu .....	620
2. Quel avenir pour cette troisième génération ? .....	621
Chapitre II. Capacité processuelle active : l'individu, victime internationale .....	627
Section I. Délimitation des critères de la capacité processuelle .....	628
I. Identification générale de l'action processuelle.....	628
A. Du droit à l'action : la recevabilité .....	629
1. Intérêt pour agir et qualité pour agir .....	629
2. Intérêt et qualité pour agir en droit international.....	632
B. Du droit dans l'action : le fond.....	636
1. Intérêt pour agir et intérêt juridiquement protégé .....	636
2. Intérêt juridiquement protégé et droit subjectif : contentieux objectif et contentieux subjectif .....	639
II. Identification de l'action processuelle internationale.....	642
A. Le contentieux international, entre contentieux subjectif et objectif.....	642
1. De l' <i>actio popularis</i> en droit international.....	642
2. Le contentieux international actuel, entre responsabilité et légalité .....	644
B. L'individu : l'intérêt sans qualité ? .....	647
1. La création de l'intérêt par l'action : pour une relecture des normes internationales .....	647
2. L'absence de <i>locus standi</i> universel devant la CIJ : un obstacle incontournable pour la capacité individuelle ?.....	650
Section II. L'essor de la capacité processuelle internationale de l'individu .....	655
I. Diversité des actions juridictionnelles internationales de l'individu .....	655
A. L'individu devant les juridictions régionales : une capacité en progression constante.....	655
1. L'accès de l'individu aux juridictions de protection des droits de l'homme.....	656
a. Un modèle abouti : la Cour européenne des droits de l'homme .....	656
b. Un modèle en évolution : la Cour interaméricaine des droits de l'homme.....	658
c. Un modèle qui doit faire ses preuves : la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.....	660
2. L'accès de l'individu à la juridiction de l'Union européenne .....	663
B. L'individu devant des juridictions arbitrales : l'internationalisation du droit économique. .	666
1. Les différends économiques entre Etats et personnes privées : un règlement appartenant à l'ordre juridique international .....	667

2. De la contractualisation à la conventionnalisation des droits individuels : la pratique du CIRDI.....	670
II. La prise en compte d'une capacité processuelle élargie de l'individu.....	675
A. Les “chimères juridiques” : phénomène en voie de développement ? .....	675
1. Le Tribunal des différends irano-américains.....	675
2. La commission d'indemnisation des Nations unies .....	677
3. Le Panel d'inspection de la Banque Mondiale .....	680
B. Une capacité non juridictionnelle accessoire ? .....	683
1. De la pertinence du droit de pétition dans la capacité processuelle.....	683
2. De la non-pertinence de l' <i>amicus curiae</i> dans la capacité processuelle .....	687
<b>Conclusion générale .....</b>	<b>697</b>
I. UNE PERSONNALITE INTERNATIONALE POSSIBLE.....	697
II. UNE PERSONNALITE INTERNATIONALE UTILE ? .....	701
<b>Bibliographie .....</b>	<b>705</b>
I. MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX.....	705
II. OUVRAGES SPECIALISES, THESES.....	706
III. OUVRAGES COLLECTIFS, MELANGES.....	708
IV. COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE .....	710
V. ARTICLES.....	712
VI. SITES INTERNET .....	723
<b>Annexe : Dispositions constitutionnelles relatives au droit international .....</b>	<b>725</b>

## **RECHERCHES SUR LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE INTERNATIONALE - L'INDIVIDU, ENTRE ORDRE INTERNE ET ORDRE INTERNATIONAL**

L'appréciation de la position de l'individu face au droit international fait l'objet de développements doctrinaux abondants mais qui offrent rarement des réponses claires. La problématique s'articule autour de la notion de personnalité juridique internationale : l'individu est-il un sujet de droit international ? La variété des opinions doctrinales, parfois opposées, révèle l'absence d'un point de départ clairement défini : qu'entend-on par personnalité juridique internationale ? Avant toute démarche d'analyse du droit positif, il semble nécessaire de clarifier le concept, qui est loin d'être univoque. Un bilan de la doctrine du 20<sup>ème</sup> siècle permet en effet de dégager trois définitions différentes de la personnalité internationale, qui varient en fonction du degré d'exigence des critères qui la composent. Dès lors, on comprend que la définition choisie influence la solution appliquée à l'entité considérée, ici la personne physique individuelle. Le point de départ théorique choisi pour cette étude utilise une définition de la personnalité internationale composée de deux critères : d'une part, la titularité de droits et d'obligations internationaux. D'autre part, la capacité processuelle de faire valoir les premiers et d'assumer les seconds. L'analyse pratique du statut contemporain de l'individu doit alors s'effectuer en deux temps. L'individu, avant tout sujet de droit interne, ne peut être étudié indépendamment de son appartenance à un ordre juridique interne. Ses rapports avec l'ordre juridique international sont indissociables de la notion d'écran étatique. Ce dernier se manifeste doublement. Dans un mouvement descendant, il résiste à l'entrée du droit international qui doit atteindre l'individu dans l'ordre interne. A l'inverse, dans un sens ascendant, il empêche l'individu de sortir de l'ordre étatique pour agir directement dans l'ordre juridique international. L'objectif de la thèse est donc de présenter la consistance actuelle de ce double écran étatique entre l'individu et le droit international. Entre résistance et transparence, l'évolution de cet écran est significative : le contact direct entre individu et droit international est plus fréquent. D'un côté, l'applicabilité directe du droit international aux individus est en progrès. De l'autre côté, les possibilités d'action internationale de l'individu s'élargissent. Depuis une quinzaine d'années, il semble que le statut international de l'individu soit nettement renforcé.

---

### **A RESEARCH ON THE INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY - THE INDIVIDUAL, BETWEEN DOMESTIC ORDER AND INTERNATIONAL ORDER**

The position of the individual in international law has been the object of abundant doctrinal developments, which seldom offer clear answers. Problems are articulated around the concept of international legal personality: is the individual a subject of international law? The diversity of doctrinal opinions, sometimes opposed, reveals the absence of a clear starting point: what does international legal personality mean? Before analysing substantive law, it is necessary to clarify the concept of international legal personality, which is far from being univocal. An assessment of the doctrines of the 20th century indeed makes it possible to release three different definitions of international personality, which change according to the degree of requirement of its own criteria. Consequently, the definition chosen will influence the solution applied to the entity/subject considered, here the physical individual. The theoretical starting point that has been chosen for this study is articulated around two criteria of international personality: on the one hand, who is the titular of international rights and obligations? On the other hand, which is the procedural capacity to claim the rights and to assume the obligations? Then, the practical analysis of the contemporary statute of the individual must be carried out in two times. The individual, subject of domestic law, cannot be studied independently of its belonging to a domestic legal order. Its relations with the international legal order are linked with the concept of State screen. It appears on a double perspective. Firstly, in a descending direction, it resists the penetration of the international law, which must reach the individual in the domestic order. Conversely, in an ascending direction, it prevents the individual from leaving the domestic order to act directly in the international legal order. The aim of this thesis is thus to show the current consistency of this double domestic screen between the individual and international law. Between resistance and transparency, the evolution of this screen is significant: the direct contact between the individual and international law is more frequent. On the one hand, the direct applicability of international law to individuals is progressing. On the other hand, the possibility of international actions undertaken by individuals is wider. Since about fifteen years, it seems that the international statute of the individual is clearly reinforced.

---

**DISCIPLINE** : Droit public - **SPÉCIALITÉ DOCTORALE** : Droit international

---

**MOTS-CLÉS** : Droit international - Droit constitutionnel - Individu - Personnalité juridique - Droit subjectif - Applicabilité directe - Effet direct - Monisme - Dualisme – Capacité d'agir – Responsabilité internationale – Protection diplomatique – Epuisement des recours internes

---